

La norma jurídica y el Derecho de Familia

SUMARIO: *Consideraciones generales.—El Derecho de Familia y el no derecho: esbozo histórico.—Las reglas jurídicas internas o autónomas que crea la propia familia y las externas o heterónomas que dicta el Estado.—Clases de reglas jurídicas internas de la familia.—Usos sociales familiares y su conversión en costumbre jurídica: el desuso y la norma de Derecho de Familia.—La ética y el Derecho de la Familia.—Fuentes del Derecho externo de la Familia: el Código civil de 1888-1889.—Otras fuentes de Derecho externo de la Familia: 1) Derecho mercantil de la Familia. 2) Derecho administrativo familiar. 3) Derecho jurisdiccional familiar.—Los principios generales del Derecho y el Derecho de Familia: 1) Importancia de los principios generales del Derecho en el Derecho de Familia. 2) ¿Existen principios generales característicos del Derecho de Familia, separados o autónomos del resto de los principios generales del ordenamiento jurídico. 3) Conexión del Derecho de Familia con los principios generales del Derecho relativos a la persona humana y al Derecho patrimonial. 4) Funciones de los principios generales del Derecho en el ordenamiento jurídico familiar.*

CONSIDERACIONES GENERALES

Cualquier jurista dogmático que aplicando su peculiar método pretenda captar la realidad del funcionamiento de la norma de Derecho de Familia, su efectiva incidencia en la vida de los componentes del grupo, se verá defraudado porque su análisis se perderá en el vacío: la familia se rige muy incidentalmente por normas jurídicas, que casi sólo presiden los actos solemnes de su fundación—por ejemplo, la celebración del matrimonio, los contratos matrimoniales, la atribución del título de estado civil de hijo legítimo por su nacimiento en el seno de un matrimonio—y su extinción: disolución del matrimonio, y sus consecuencias patrimoniales.

El jurista tendrá que recabar el auxilio de la Psicología, de la Sociología de los grupos institucionalizados, de la Ética, de la Etnografía, de la Antropología—dialéctica, cultural, social—, incluso de la Religión do-

minante en el grupo a considerar, y, por supuesto, de la Filosofía si quiere captar la compleja realidad de la regulación de la vida familiar.

El enfoque interdisciplinario es absolutamente preciso, ya que la dogmática jurídica le ofrecerá un seco esqueleto de derechos y deberes que ligan entre sí a los miembros de la familia. Creyendo captarlo todo, no habrá captado nada, ni siquiera lo puramente jurídico de dicha vida.

Se objetará a dichas consideraciones que al jurista sólo interesa el aspecto jurídico, cogente, de esos fenómenos. Que al Derecho no le interesa toda la Ética de la familia, sino sólo el mínimo que exige el Estado para el recto funcionamiento de la institución. Que el carácter ético de las reglas familiares es un postulado que todo Derecho familiar civilizado acata, en el que no tiene por qué profundizar, ya que el jurista no tiene por qué ser un moralista.

Sin embargo, todas estas objeciones al enfoque interdisciplinario de la norma de la vida de la familia no pueden oscurecer el hecho fundamental de que no es posible afirmar que este Derecho se funda sobre la moral, que «en ningún otro campo influyen como en éste la religión, la costumbre, la moral. Antes que jurídico, la familia es un organismo ético; de la ética, en efecto, proceden los preceptos más esenciales que la ley presupone y a los cuales hace constante referencia, apropiándose los a veces y transformándolos de este modo en preceptos jurídicos» (1) y no explorar esas realidades que sirven de sustrato a la norma jurídica familiar.

Ello, además, supondría, en nuestro Derecho positivo, un enorme error por cuanto el mismo concede un papel primordial a los principios generales del Derecho (art. 6. C. c.), que obviamente, hacen referencia a esas realidades infraestructurales (2) de la norma jurídica familiar.

Por ello la concepción tridimensional del Derecho permite una aproximación fructuosa a la comprensión de la estructura y funcionamiento de la norma de Derecho de familia.

Para esta concepción, la realidad jurídica familiar debe ser explorada al triple nivel del Derecho considerado: como hecho social—objeto de estudio por la Sociología jurídica—, como norma—por la Dogmática jurídica—y como objeto de un juicio de valor—por la Filosofía jurídica.

Las Ciencias humanas en general, como disciplinas auxiliares, han de prestar a las Ciencias normativas una inapreciable ayuda para captar totalitariamente la realidad familiar, un parte minúscula de la que es su realidad jurídica.

(1) ALBALADEJO y LACRUZ BERDEJO: *Derecho de Familia: el matrimonio y su economía*, Librería Bosch, Barcelona, 1963, pág. 19.

(2) En el sentido vulgar, de sustrato o base, no en el sentido técnico en que se utiliza tal palabra por el materialismo histórico.

Por supuesto, que al jurista como tal no puede exigírsele una verdadera especialización en tales Ciencias humanas, pero sí como afirma ANGEL LATORRE (3) «... es preciso tener una formación inicial en ciencias sociales, que no irá dirigida, naturalmente, a convertirle en un especialista de ellas, sino a hacerle adquirir la actitud mental necesaria para captar la dimensión sociológica del Derecho y a darle un conocimiento claro, aunque sea forzosamente elemental, de los principios básicos del método de trabajo de estas ciencias».

Creo, por tanto, que un análisis de la norma familiar por la Sociología jurídica y su enjuiciamiento por la Filosofía del Derecho arrojará luces inesperadas que dotarán de sentido, de cálida carne y sangre, al seco esqueleto de derechos y obligaciones que vinculan a los singulares miembros de la familia y que desvela la Dogmática jurídica.

EL DERECHO DE FAMILIA Y EL NO DERECHO: ESBOZO HISTORICO

La regla de la vida familiar es, antes que una regla jurídica, una regla de vida. Las consideraciones de Sociología jurídica acerca de la norma familiar son por ello fundamentales: intentan hallar el sustrato sociológico de la norma jurídico-familiar.

«Los juristas dogmáticos—afirma CARBONNIER (4)—piensan que si no todo es Derecho, al menos que el Derecho tiene vocación a estar en todo, a envolverlo todo, a sostener, como un dios, todo el universo habitado. Hay en el Derecho dogmático, a la vez un ideal y un postulado del pan-juridismo...

La Sociología del Derecho, al tiempo que daba sus primeros pasos, se inclinó a la misma actitud. Por cuanto veía en lo jurídico la forma de lo social, a causa de la sanción organizada, le parecía que, siendo la sociedad todo, el Derecho no debía estar ausente de nada, y lo conceptuaba como un continuo sin falla.

Llevada por la madurez a más comprensión, la sociología jurídica de hoy ha cesado de reivindicar para el Derecho esta ubicuidad divina. Reconoce que todo lo social no es jurídico, aparte de que en las relaciones entre los hombres, se encuentran quizá los que escapan al derecho porque ellos mismos no están socializados. La Sociología admite que el Derecho

(3) *Introducción al Derecho*, Ediciones Ariel, Esplugues de Llobregat (Barcelona), 1971, págs. 228-229.

(4) *Flexible Droit. Textes pour une Sociologie du Droit sans rigueur*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1971, pág. 20.

no llena toda la atmósfera humana y pone, al menos como una hipótesis, al lado del Derecho, el no Derecho.

El no Derecho, si es preciso dar de él una primera aproximación, es la ausencia del Derecho en un cierto número de relaciones humanas donde tendría la vocación teórica de estar presente.»

La aplicación práctica de tal doctrina es el carácter secundario de los fenómenos jurídicos. «El no Derecho no es la nada ni el caos. Es un mundo de relaciones que el Derecho no abandona, cuando se retira, a la disolución y al desorden... El terreno que evacua será simplemente ocupado de nuevo por los antiguos ocupantes...

Tales principios fluyen, ante todo, de todo lo social no jurídico, que tiene vocación, en cierta zona a tomar el relevo del Derecho, de todos los sistemas de normas que no son sistemas de Derecho: *folkways*, *mores*, por hacer referencia a las categorías de la sociología americana; ...o simplemente, reglas de costumbres, de conveniencia, de cortesía, imperativos de la ética y de la religión...» (5).

Finalmente, muchas de las relaciones interindividuales escapan de las reglas sociales y se rigen por la ternura, por la simpatía por el semejante, por la amistad.

Aplicando estas consideraciones al Derecho de familia histórico, se aprecia que el pater familias romano no tenía freno alguno a su poder omnímodo. Freno jurídico, se entiende... «Antes que hubiera Estado—afirma ANGEL SÁNCHEZ DE LA TORRE—era la familia... Efectivamente, la familia dictaba la ley... Y dentro de cada familia alguna autoridad (el patriarca, el padre)» (6). «En la economía primitiva... se confundía el poder de disponer de las personas y el poder de disponer de las cosas, pues unas y otras tenían valor pecuniario. Para el jefe de la *domus*... ningún freno legal constituía para él la opinión de los componentes de la familia» (7).

Las *mores*, y la institución consoria introdujeron limitaciones morales a tal poder absoluto, y sólo en una época relativamente tardía puede pensarse en una limitación jurídica a dicha potestad. Parece, pues, que en Roma primero fue el no Derecho, en las relaciones familiares: sólo en un período posterior, relativamente tardío, el Derecho estatal introdujo algunas reglas jurídicas donde antes sólo había *mores*.

Sin embargo, tal tesis, aparentemente clásica e incontrovertida, no deja de presentar dificultades. Jurídica era la *manus* del pater familias romano, siquiera sin límites jurídicos. Al hacer uso del *ius vitae necisque*, sobre la mujer o el hijo *in potestate*, repudiar a la esposa, o ejercitar, en general,

(5) Idem, *id.*, pág. 34.

(6) *Introducción al Derecho*, Ediciones Anaya, S. A., Salamanca, 1971, página 110.

(7) Idem, *id.*, pág. 111.

las facultades inherentes a la *manus*, el Derecho estatal consideraba legal su actuación. Decir que nos hallamos en la esfera del no Derecho parece excesivo. No Derecho era la limitación a dichos poderes introducida por las *mores*, no el ejercicio de la *manus* en sí.

La prueba la tenemos en la brillante afirmación de SCHULZ—criticada por SANTA CRUZ TEIJEIRO, que sigue la vieja tesis de IHERING—de que «El Derecho Clásico del Matrimonio es, sin duda, el logro más impresionante del genio jurídico de Roma. Ya en los primeros tiempos de la historia de la civilización apareció un Derecho matrimonial humano, esto es, basado en la idea humana del matrimonio concebido como unión libre y disoluble en que viven ambos cónyuges en pie de igualdad...» (8). La alta sociedad romana rehusaba celebrar matrimonios con *manus*; prefería el matrimonio libre.

¿No es esto un retroceso del Derecho al no Derecho, al menos desde el punto de vista del matrimonio *cum manu*? La carga jurídica que llevaba inherente la posición del pater familias y la sujeción de la esposa *in manu* a la potestad de aquél, fueron aligeradas, suprimidas más bien con la concepción humanista del matrimonio *sine manu*, fundado en la filosofía estoica y en las *mores* más libres del Derecho Romano Clásico.

Sin embargo, hay un claro desfase entre este Derecho matrimonial clásico, fundado en la humanitas, amparado en las *mores* y difícilmente equiparable al primitivo, y el Derecho de la filiación. Cualquier tipo de matrimonio legítimo, *cum manu* o *sine manu*, atribuía al pater familias la patria potestad sobre los hijos habidos de la unión. La patria potestad era la esencia del Derecho de Familia romano, y no dejó de serlo en ningún momento.

El matrimonio perdió, pues, en el tránsito del Derecho Romano arcaico al Clásico, parte de su carga jurídica, y en cierto modo derivó hacia el no Derecho, hacia las *mores* familiares humanas, pero la patria potestad, en lugar de humanizarse por el influjo de costumbres que pasaran a ser luego Derecho Civil, lo fue por una legislación protectora postclásica de clara influencia cristiana.

En suma: en ningún momento la patria potestad dejó de ser una institución preponderantemente jurídica, a diferencia del matrimonio.

Resulta sumamente difícil discriminar el peso relativo del Derecho y del no Derecho a lo largo de la Historia del Derecho de Familia. Habría que distinguir cada una de las sociedades civilizadas que conocemos y cada una de las instituciones familiares en ellas, pues la peculiaridad del Derecho Romano que he apuntado no es posible predicarla de las restantes.

(8) *Derecho Romano Clásico*, Barcelona, Bosch, 1960. pág. 99.

Pero siempre habrá que rechazar la tesis aparentemente obvia de que en el principio fue el no Derecho, y como por condensación de una nebulosa, las costumbres prejurídicas de una sociedad dieron lugar al nacimiento del Derecho. Tal tesis tiene en contra de sí la autoridad de la Antropología de CLAUDE LÉVY STRAUSS.

En efecto, para este autor, las únicas características humanas absolutamente universales residen en la prohibición, en un grado más o menos amplio, de las relaciones incestuosas. Para este autor, esta prohibición constituye el rasgo cuya impronta marca todas las formas conocidas de sociedades humanas y que parece diferenciar naturaleza y cultura. Al regular de alguna forma las relaciones sexuales y por lo mismo, las relaciones sociales, la cultura se superpone al estado de naturaleza, en la que las relaciones sexuales son, por el contrario, la principal fuerza de cohesión de la sociedad (9).

Pues bien; si la internalización en el subconsciente colectivo del tabú del incesto forma parte esencial, es ingrediente constitutivo del proceso de hominización de una horda de primates homínidos, es claro que en su origen fue primero el Derecho, y el no Derecho fue posterior.

CARBONNIER (10) no deja de plantearse el problema, afirma que para LÉVY STRAUSS, en el tabú del incesto reside el origen de todo derecho, y aunque reconoce la objeción que a tal tesis puede oponerse—el tabú tiene un contenido religioso, no jurídico—no deja de desatarla: «nuestra separación neta de la religión y el Derecho no tiene sentido para las sociedades que practican el tabú».

En términos más generales, el mismo CARBONNIER (11) afirma que «La etnología seduce en contra de la pretendida pobreza de los derechos primitivos. Estos derechos son por el contrario, de una gran riqueza, no solamente por su formalismo, sino por la sutileza de sus combinaciones. Más cerca de nosotros, ¿no es acaso patente que el Derecho antiguo ha sido más complicado, más lujurante que el Derecho del Code Civil? No es uno de los menores defectos del esquema hacer a nuestra Revolución infaliblemente ridícula... porque, soñando en un Código lapidario y despojado de técnica, sustituyendo a veces la conciliación a la justicia, ha ensayado otorgar a los franceses las primicias del No Derecho.»

En la sociedad contemporánea sería erróneo entender que las relaciones familiares jurídicamente establecidas son más numerosas, estadística-

(9) Citado en S. ZUCKERMANN: *La hominización de la familia y de los grupos sociales*, obra colectiva de H. VALLOIS, A. VANDEL y otros, titulada *Los procesos de hominización*, Colección Grijalbo, S. A., Méjico, 1969, págs. 90-91.

(10) *Ob. cit.*, págs. 66 y 67.

(11) *Ob. cit.*, págs. 38 y 39.

mente hablando, que las no jurídicas: Es cierto, dice el autor, que los matrimonios, las separaciones personales de los cónyuges, las adopciones *de iure*, son más numerosos, a veces de un modo estadísticamente aplastante, que los concubinatos, las separaciones de hecho, las adopciones jurídicas. «No debiera sorprendernos *a priori* tal fenómeno, porque la presión social arroja todo su peso en favor de las situaciones jurídicas. En el Estado burocrático, es diariamente más simple, para el individuo, vivir en situaciones de Derecho, con los «papeles bien en regla». Sería temerario concluir que las situaciones de derecho tienen algo sociológicamente de más normal que las situaciones de hecho; y sobre todo, de figurarse que han llegado a ser para el hombre en sociedad, como una nueva naturaleza» (12).

Significa todo esto que el jurista dogmático difícilmente conocerá a la familia y el Derecho de Familia si no atiende a estos fenómenos de no Derecho que en modo alguno son marginales, ni históricamente superados: fenómenos de todos los días, de los hogares felices, «los hogares felices no conocen el Derecho»—mejor el Derecho estatal, pues luego veremos cómo crean verdadero Derecho.

Resulta muy cómodo para el jurista dogmático parapetarse en el conocido estribillo: el Derecho de Familia no es el único regulador de la familia, pues la Religión, la moral, la costumbre influyen en él; los preceptos éticos son a veces apropiados por el Derecho y transformados en preceptos jurídicos.

Pero ¿qué papel juegan la ética, la costumbre, la religión, en la fundamentación del Derecho de Familia? ¿Cómo se distinguen tales conjuntos de reglas no jurídicas entre sí, y de las que luego llamaré «reglas internas de la familia», jurídicamente vinculantes, que la misma se dicta en uso de su propia potestad autónoma? ¿Cómo distinguir el uso convencional o uso no jurídicamente vinculante de la costumbre jurídica? ¿Cabe evolución en los preceptos éticos de la familia o debemos sólo estudiar la familia «cerrada», «institucionalizada», anclada en el pasado, sacralizador del tiempo pasado y de las reglas pasadas?

Preguntas éstas a las que responderá no sólo el sociólogo de la familia, sino el filósofo del Derecho, pues no hay otro campo del Derecho de Familia en que se aprecie con mayor claridad la necesidad de una reflexión radical sobre la regla de la vida de la familia, en su triple vertiente dogmático—jurídica, sociológica y filosófico-jurídica.

(12) *Ob. cit.*, pág. 36.

**LAS REGLAS JURIDICAS INTERNAS O AUTONOMAS
QUE CREA LA PROPIA FAMILIA Y LAS EXTERNAS O
HETERONOMAS QUE DICTA EL ESTADO**

BONET RAMÓN (13) distingue brillantemente entre Derecho interno y Derecho externo de la familia. «No hay duda—dice el autor—que la familia vive un Derecho propio suyo, que en derredor de esa entidad social se agrupan una porción de derechos de que la familia es sujeto o que ejecutan los miembros en cuanto tales. Y por encima de esas relaciones flota su norma propia y su regla de la que aquellos derechos no son más que emanación o manifestación»... «Surge la cuestión de si abdica por completo el Estado de su inalienable prerrogativa de soberanía, como órgano supremo del Derecho, y deja a las familias pleno e intacto su círculo jurídico, o si entra allí también para dictar sus leyes y normas obli-injerencia».

La solución de tal dilema es la distinción antes apuntada: el Derecho interno, «el que la familia vive, concibe y practica sin intervención extraña; el externo, el que dándose también en las relaciones interiores o exteriores de la familia marca la intervención de extraño poder o ajena ingerencia».

La misión del Estado, en cuanto a Derecho interno de la familia, «es reconocer toda esta esfera autárquica en que se mueve la familia. Pero, en cambio, en esas mismas relaciones habrá de cuidar y garantizar y protegerlo en las transgresiones y por otra parte, tendrá que condicionar su efectividad en el exterior para que no sean negadas por nadie».

Dos observaciones respecto de la teoría del profesor Bonat, por lo demás fundamentalmente exacta. Primera, que hay que distinguir la esfera del Derecho interno de la familia, del no Derecho familiar. Conceptualmente es fácil la distinción, pues mientras el primero lo constituyen las reglas jurídicas autónomas que vinculan a los miembros de la familia entre sí y con el grupo familiar, la esfera del no Derecho es el vacío jurídico, entregado a reglas no coactivas (de etiqueta, usos sociales, normas éticas o religiosas-matrimonio canónico en los regímenes matrimoniales de matrimonio civil obligatorio). Ciertas prácticas familiares—las personas con las que los padres permiten casar a los hijos, verbi gracia—suelen emigrar del no Derecho, de la simple coacción moral, consejo, acto singularizado, a la costumbre familiar. Un estudio sociológico de

(13) *Compendio de Derecho Civil*, tomo IV, *Derecho de Familia*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960, págs. 16 y 17.

las familias de la nobleza permitiría apreciar la existencia de tales leyes no escritas, que tienden a convertirse en Derecho interno familiar.

Sin que ello prejuzgue la tesis antes expuesta sobre la prioridad cronológica del Derecho sobre el no Derecho, no cabe duda que históricamente una de las fuentes del Derecho familiar debió ser la conversión del no Derecho en Derecho.

De costumbres extrajurídicas—verbi gracia, constituir un mayorazgo—que se exteriorizaban mediante actos jurídicos singulares—contrato, testamento, capítulos matrimoniales, etc.—sin que nadie obligara a los padres a vincular los bienes en provecho del varón de mayor edad, se pasó a una regla, consuetudinaria de las familias hidalgas castellanas, que la consideraban como jurídicamente vinculante.

Finalmente, la regla interna familiar pasó a ser Derecho Familiar externo: juzgó el legislador de Toro que convenía a la paz de las familias dictar reglas coactivas que dirimieran las contiendas que se suscitaban en la sucesión de los bienes amayorazgados.

El estudio de las reglas internas de la familia obligaría a una interpretación historicista de nuestro Derecho Familiar que ni siquiera está esbozada por nuestros investigadores.

Otra observación importante a la tesis de BONET RAMÓN es que el Estado—en nuestro ordenamiento jurídico—o el poder público o los centros decisores o políticos que se atribuyen el poder supremo en cada ordenamiento, deben fijar límites a la autonomía de la familia. Es imposible que la familia sea absolutamente autónoma, y se dicte sin ninguna traba la ley que más convenga a la peculiar filosofía de sus miembros. Es obvio, pues el orden público español lo impide, que no cabe un matrimonio polígamo o a prueba, o «en arriendo», o con pacto de impedir la concepción, o de separarse a capricho, o una familia en que no se admita ninguna potestad a los padres sobre los hijos menores, etc.

Pero es menos obvia la ilegalidad del pacto de educar a los hijos en el odio o lucha de clases, o en el elitismo absoluto (14) o de no acudir a los remedios de la ciencia médica en el cuidado de los hijos enfermos (15), o de no seguir en la educación de los mismos las pautas mínimas de escolarización que impone la ley.

(14) AMANDO DE MIGUEL, en *España, marca registrada*, Editorial Kairós, Sociedad Anónima, Barcelona, 1972, págs. 121 y 122, transcribe las páginas de un llamado *Manual de educación cristiana* en que se leen cosas como éstas, verdaderamente reglas de etiqueta familiar, tendentes a convertirse en reglas internas de las relaciones amo-criado de la España de los años 20 de este siglo: «Jamás usaré de franqueza con los criados. Entre el hijo y el criado debe mediar una respetable distancia... El joven que a ciegas se confía a un criado no hace más que empezar a bajar la escalera del crimen...» (!!).

(15) La jurisprudencia francesa ha condenado por malos tratos a los padres miembros de extrañas sectas que confiaban los hijos enfermos a un curandero.

La delimitación de la autonomía familiar debe realizarse con la debida cautela.

El Estado no debe negar el legítimo pluralismo de las reglas internas familiares: siempre que éstas permitan el despliegue de las personalidades de los miembros de la familia en el seno del orden público, esto es, la convicción moral dominante y progresiva de la comunidad, deberá acatarlas, respetarlas y sancionar su inviolabilidad. Pero donde el plan de la sociedad y la convicción dominante, la opinión jurídica de la mayoría entendida en un sentido progresivo, evolutivo rechacen los pactos del Derecho interno familiar, será legítima la intervención del Estado, «ayudando, supliendo o corrigiendo» las reglas de dicho Derecho interno.

¿Cuáles son las fuentes del Derecho interno familiar? Reconocida la legitimidad del concepto por la Filosofía jurídica; que declara prioritario el orden público del país donde radique la familia, urge estudiar las posibles fuentes de tal Derecho. Pero es aquí donde de nuevo hemos de apelar a la Sociología jurídica.

En efecto, la respuesta de la dogmática jurídica es muy simple: no cabe Derecho interno familiar, con el carácter de fuente del Derecho. No hay más Derecho positivo que la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho: el Derecho interno familiar no es ninguna de tales figuras jurídicas, luego no cabe hablar sino de Derecho paccionado familiar, o de costumbre familiar individualizada.

Pero respecto de esta última, nuestro Derecho sólo admite la costumbre del lugar, no la costumbre de un grupo social individualizado de ese lugar como por definición es la familia. El pacto familiar—verbi gracia, las capitulaciones matrimoniales en las regiones de Derecho Civil especial—no tiene eficacia jurídica organizadora, luego no puede ser fuente de Derecho interno familiar. En tanto será Derecho tal pacto, en cuanto el Estado reconozca su validez al establecer que los contratos «tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos» (art. 1.091 C. c.). Las reglas del Derecho interno familiar tienen un carácter vicario, en cuanto nacen de un pacto—expreso o tácito—que es reconocido por la ley del Estado.

No es admisible tampoco la *potestas statuendi* de un grupo familiar, como a fines del siglo XIX defendió GIERKE para las familias de la alta nobleza alemana (16).

Tal teoría demoledora del Derecho interno familiar es filosóficamente errada, plantea un pseudoproblema al tener presentes sólo las fuentes de origen de la norma suprema de la comunidad jurídica moderna, despre-

(16) FEDERICO DE CASTRO en *Derecho Civil de España*, tomo I, vol. I, Instituto de Estudios Jurídicos, Madrid, 1949, pág. 338.

ciando la existencia de normas de inferior categoría—vinculantes para los miembros de los grupos infraestatales—y propende a destruir la familia, pues consagra un absoluto totalitarismo estatal, que asfixia toda posibilidad de reglas jurídicas privativas de los grupos sociales infraestatales. O lo que es peor, permite que sean las «familias cerradas» (17) las que dicten las pautas de vida de la familia, e influyan en las restantes para que tales pautas se difundan en la sociedad. El resultado de tal práctica, unido quizá a una política familiar de signo clientelista—promocionar aquellas familias que constituyan la base sociológica del grupo dominante del poder político, olvidando a las restantes—, puede dar lugar a una exacerbación de la estratificación elitista de la sociedad.

Sólo una recta autonomía familiar, enmarcada en el ámbito de un genuino Estado de Derecho (18), puede ser factor de auténtica promoción de las singulares familias que integran el cuerpo social. Autonomía que no excluye, sino presupone, la existencia de una política familiar, sin que sean de admitir las opiniones de algunos conservadores que consideran que la existencia de tal política pueda constituir una mengua de la autonomía familiar. Tal mengua es inconcebible si el Estado de Derecho funciona adecuadamente: el análisis sociológico de la realidad familiar niega tal control totalitario de la vida familiar por el Estado de bienestar.

Además, para el sociólogo del Derecho, tales consideraciones dogmatocjurídicas carecen de trascendencia, pertenecen a otro orden de consideraciones del que es habitual a su orbe mental. «Todo grupo de alguna consistencia puede darse—y a menudo se da—normas de gobierno que pueden exceder el carácter de simples reglamentos para adquirir el alcance de verdaderas normas jurídicas...» (19). «Cuando en el seno de una sociedad global una agrupación se da normas diferentes de las observadas comúnmente y cuando estas normas se aplican sin oposición por parte de los interesados, nos encontramos en presencia de normas jurídicas que permanecen a menudo en estado latente o aun clandestino,

(17) «... Como toda sociedad cerrada, la familia tiene sus tentaciones propias, de forma que el imperialismo familiar—que a menudo no es más que un egoísmo colectivo y que es la principal tentación de la familia numerosa—supone peligros para la ciudad misma...» «Una comunidad abierta a lo Absoluto personaliza al hombre; una sociedad cerrada sobre sí mismo lo deshumaniza... La familia sólo puede desempeñar su oficio si permanece abierta: abierta a lo Absoluto, sin duda, pero también abierta a las otras comunidades...» (JEAN LACROIX: *Fuerza y debilidades de la familia*, Editorial Fontanella, Barcelona, 1967, páginas 135 y 139).

(18) Para la noción de estado de Derecho—burgués liberal, social y democrático—, véase ELÍAS DÍAZ: *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Editorial Cuadernos para el Diálogo, S. A., Madrid, 1969.

(19) LÉVY BRÜHL: *Sociología del Derecho*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, septiembre de 1971, pág. 13.

pero que otras veces adquirirán gran importancia y serán incorporadas al conjunto del sistema jurídico» (20).

Para ANGEL SÁNCHEZ DE LA TORRE (21) «la pregunta: ¿Quién hace la ley? ha de trasformarse en esta otra pregunta, compuesta de dos términos distintos. Primero: ¿Hay clases de disposiciones normativas jurídicas que constituyen como diversas modalidades y alcances de la ley? ¿Qué denominaciones más particulares tienen esas disposiciones normativas, según cuál sea el tipo de poder de que procedan?»

«El ordenamiento jurídico está expresado en «leyes». Estas son de muy variado origen, pues son múltiples los centros de organización del poder que existen simultáneamente en una sociedad determinada. Ahora bien: «ley» en sentido estricto, será algo así como «ley de leyes», la ley del poder supremo de la organización estatal, una «superley». Actualmente decimos que esta «ley» es la procedente del poder legislativo del Estado. Pero esto sólo es cierto ahora y actualmente. Por ello todas las manifestaciones de un poder legislador, de nivel actualmente subordinado, nos merecen tanta atención como las del poder legislativo estatal. Pues si ésta ha prevalecido al llegar al momento actual del desarrollo social, otras han prevalecido en otros momentos, y otras nuevas o renovadas podrán prevalecer en el futuro.»

Sigue afirmando dicho autor que el ordenamiento jurídico actual está fraguado bajo la preeminencia de las normas estatales, las cuales fijan a veces el ámbito de aplicación de las restantes y a veces afirman o niegan la cualidad jurídica de las mismas. El ordenamiento positivo no es más que la expresión momentánea que refleja el punto actual de equilibrio de los poderes sociales. Puede muy bien suceder que la positividad futura será una positividad de una organización supraestatal de tipo federal, implicando un descenso correlativo de la hegemonía de cada Estado particular, en cuyo seno los actuales centros de poder actualmente minimizados y casi estrangulados por el centralismo, absorbente en la intención, pero casi inoperante en la ejecución, resurgirán de sus propias cenizas, y volverán a mostrar en forma renovada y renovadora muchas aportaciones jurídicas, orgullo en otro tiempo de las Corporaciones, de las Diputaciones, de los Ayuntamientos...

La simplificación seudocientífica del jurista positivo cuando piensa que sólo importan ciertas manifestaciones de la legalidad jurídica, puede ser un expediente cómodo para sus actuaciones ante los Tribunales, y sólo si éstos se hallan excesivamente sometidos a las organizaciones gubernativas. Siendo así que tal sistema judicial no es ni tan seguro, tan

(20) *Ob. cit.*, pág. 15.

(21) *Ob. cit.*, pág. 90.

bueno o duradero como creen los que no han reflexionado sobre el asunto, más vale que preveamos un horizonte plenario de positividad capaz de abarcar todas las futuras evoluciones de la positividad actual y sin olvidar tampoco a ésta.»

Para el autor, «El Derecho mira a la familia como una entidad autónoma... El ordenamiento jurídico no ordena interiormente la vida familiar, sino que, cuando la familia está desordenada y funciona desordenadamente, viene desde fuera el Derecho a imponer una serie de derechos y deberes, que traten de solucionar el problema aplicando a los afectados una serie de normas que tienden a asegurar el núcleo esencial de las finalidades objetivas del grupo familiar: el bien de la prole... pero sin inmiscuirse arbitrariamente cuando las cosas marchan ya adecuadamente... La familia es autónoma y crea sus propias normas de funcionamiento» (22).

Creo que la argumentación de SÁNCHEZ DE LA TORRE es certera y pone al descubierto todas las contradicciones internas del positivismo dogmático jurídico que se abstiene de reconocer la recta autonomía familiar. Que la familia crea Derecho en su funcionamiento interno, es indudable. Y está mal planteado el problema de su jerarquía, en relación con la legislación estatal: allí donde el orden público familiar no lo exija, el Derecho interno que crea la familia es preferente al estatal.

Otra cuestión distinta, que en parte deriva de la concepción que se tenga del puesto de la familia en relación con el Estado, es cuáles sean los límites del orden público familiar.

Creo que las modernas concepciones de libertad civil de los ciudadanos y pluralismo de los organismos y cuerpos intermedios de la sociedad, deben inducirnos a ser cautos y no crear una presunción de ser imperativas las normas externas de Derecho de Familia. El carácter imperativo o no de dichas normas dimanará del carácter organizativo primario de que haya querido dotarles el Estado. Salvado el *minimum ético* que deba ser tenido en cuenta por el ordenamiento jurídico general—obligaciones de fidelidad, convivencia y mutuo auxilio de los esposos, obligaciones de asistencia y educación de los padres hacia los hijos menores, obligaciones de los parientes hacia los alimentistas, verbi gracia—la libertad civil y la autonomía de la familia deben primar sobre las normas del Estado.

¿Quién dicta la norma interna en el seno de la familia? Porque la expresión «normas internas de la familia» encubre la realidad de que la familia no es una persona moral a la que puedan atribuirse tales reglas jurídicas, sino un conjunto de personas naturales que no ostenta personalidad jurídica. Decir norma autónoma de la familia es decir norma

(22) *Ob. cit.*, págs. 59 y 60.

impuesta por ciertos miembros de la misma, a los que el ordenamiento jurídico, en cada época, confiere el mando en la esfera familiar de que se trate.

Con lo dicho, queda prejuzgada la cuestión. El ordenamiento jurídico, en cada caso, atribuye a unos u otros miembros la facultad de dictar tales reglas autónomas.

En los Derechos primitivos, de contextura patriarcal, es al patriarca, al jefe de la familia—*pater familias*—, a quien compete el mando absoluto, despótico, de la vida familiar (*manus Munt*). El ordenamiento jurídico reconoce tal potestad patriarcal, y remite la ordenación familiar a su libre arbitrio. No obstante, al menos en Roma, era preciso para resolver los casos más graves que se presentaban en la vida de la familia, convocar el consejo de parientes, en el que tenían cabida los parientes cognaticios o de sangre de la persona afectada (verbi gracia, para imponer castigos graves a la mujer casada *in manu*, debía convocarse tal consejo).

Posteriormente, el matrimonio *sine manu* funcionó bajo la regla del libre acuerdo de los esposos, si bien la patria potestad sobre los hijos habidos de dicha unión se atribuyó en exclusiva al esposo.

En la familia nuclear moderna, de corte patriarcal individualista (la regida por el Code Civil francés de 1804 y por la familia de Códigos que de él derivan), es al jefe de familia, al que deben obediencia mujer e hijos no emancipados, a quien compete dictar tales normas internas y regir la vida de la familia.

Las modernas tendencias igualitarias—vigentes en las legislaciones de toda Europa, occidental o socialista, con la excepción de Luxemburgo, Portugal, España e Italia—establecen el principio diárquico para el régimen de la familia y la educación y representación de los hijos: marido y mujer deben actuar de mutuo acuerdo, y en defecto de tal acuerdo, decide el juez, a petición de cualquiera de los esposos.

Creo que el final de la evolución jurídica será—en un futuro no demasiado alejado—que los hijos aún no emancipados, dotados de suficiente juicio y desarrollo, tendrán una participación en las decisiones de sus padres, sobre todo aquellas que les afecten personalmente, y eventualmente podrán vetarlas.

Lo que la Sociología jurídica advierte ya—una dulcificación de la patria potestad, una coparticipación fáctica de todos los miembros de la familia en las graves decisiones de los padres—, el Derecho interno familiar lo consagrará en no muchos decenios, dada la aceleración del ritmo de la historia, el imparable cambio social e ideológico de la sociedad de la revolución científico técnica de nuestras décadas.

Cuáles sean los límites de tal coparticipación y veto de decisiones,

y eventuales recursos judiciales que competen a los singulares miembros de la familia frente a la voluntad de los demás, de qué manera puedan articularse estas consideraciones con la conservación en la familia de un mínimo de autoridad, esencial para su recto funcionamiento, es un difícilísimo tema en que los esfuerzos mancomunados de sociólogos, juristas dogmáticos y filósofos del Derecho deberán dar la medida de su formación y vocación jurídica.

Porque el problema está ahí, y de nada sirve reforzar la autoridad paterna—siquiera con la complicidad de la madre, tardíamente ganada para la causa de la familia patriarcal autoritaria—. Es imposible emancipar a la mujer y hacerla copartícipe de las decisiones familiares, sin emancipar a los hijos que tengan suficiente discernimiento. La democratización de todas las relaciones familiares es, a largo plazo, imparable e indivisibles sus efectos.

CLASES DE REGLAS JURIDICAS INTERNAS DE LA FAMILIA

El fundamento de la necesaria autonomía de la familia para establecer sus propias reglas jurídicas se basa en los propios fines de la institución en la sociedad procrear, educar y socializar a los hijos: satisfacer las necesidades afectivas de todos sus miembros, y las sexuales de los originadores del grupo. Los fines de éste—funciones, en términos sociológicos—fundamentan que el Derecho estatal deba retroceder ante la familia bien ordenada y reconocer el ámbito de su autonomía.

Para SÁNCHEZ DE LA TORRE, «estos dos principios, el del ámbito autónomo de la familia, constituida y constituyente de reglas internas y el principio de libre determinación de los individuos para constituir un nuevo grupo familiar conforme a sentimientos, perspectivas y proyectos existenciales propios, aunque compartidos en el seno de la vinculación sexual y paterno filial, son los dos polos explicativos de la distinta configuración interna que puede alcanzar el grupo familiar. Unas reglas proceden de la propia finalidad del grupo (reglas de la familia en cuanto institución). Otras surgen en la concreta determinación de sus componentes (reglas de la familia en cuanto contrato). Esta doble tensión, que responde a sendos focos de influencia social, como son el grupo social y las personas individuos, explican las diversas evoluciones que consigo lleva la institución del matrimonio (indisolubilidad o licitud del divorcio, patria potestad unilateral o conjunta de ambos cónyuges)» (23).

(23) *Ob. cit.*, pág. 112.

Lo que para el jurista dogmático, ajeno a consideraciones de sociología familiar resulta un arduo problema—el influjo de la autonomía de la voluntad en el ámbito del Derecho de Familia; la posibilidad del negocio jurídico familiar; el espinoso problema del negocio familiar atípico—, se resuelve por sí solo—o al menos encuentra una buena base de solución—a la luz de la fecunda distinción entre Derecho interno y Derecho externo de la familia.

Es obvio que si el Derecho externo de la familia sólo regula las grandes líneas de aquel *minimum* ético que ha de presidir las relaciones familiares, si pretende salvar de la desunión, del conflicto, del desamor a los miembros de la familia con unas normas que nunca serán tan cálidas como las internas de la familia, su regulación presentará cierta dificultad para la derogación.

Sin embargo, el Derecho interno familiar es infinitamente más dúctil que el externo a la acción de las voluntades de sus miembros. La ley del amor está mucho más cerca de tales reglas, que aun siendo jurídicas, y por tanto distintas del no derecho familiar—amor, ética, amistad, costumbres, religión—están todavía más empapadas de ética que los fríos preceptos de los Códigos Civiles. Por eso cabe que los miembros de la familia pacten entre sí lo más conveniente a sus intereses.

En ocasiones tal pacto será un simple «pacto entre caballeros», expresión de esas relaciones afectivas, amistosas entre los miembros de la familia. Difícilmente entrarán tales pactos en el campo jurídico: los servicios laborales teñidos de contenido familiar, en principio están excluidos del campo del Derecho del trabajo. En principio, y cuando la legislación no está demasiado atenta al nacimiento de los problemas sociológicos modernos. Sin embargo tales servicios o prestaciones laborales que redundan en beneficio de una explotación familiar, han tenido que ser regulados en Francia bajo la forma del llamado «contrato de trabajo con salario diferido» (24).

Prácticamente, igual presta servicios de asistencia a sus padres ancianos que lo hace sin contrato ni contraprestación alguna, como quien concierta un contrato de asistencia remunerada—cesión de bienes en nuda o en plena propiedad, cesión de bienes a cambio de asistencia y alimentos—. Pensar que tal relación de asistencia estipulada contractualmente, deja de ser «no Derecho» familiar y pasa a ser un contrato más

(24) Un Decreto-ley de 29 de julio de 1939 establece que «los descendientes de un empresario agrícola de más de dieciocho años de edad que participan directa y efectivamente en la explotación, sin estar asociados en los beneficios y en las pérdidas y que no reciben salario en dinero en contrapartida de su colaboración, son reputados legalmente beneficiarios de un contrato de trabajo con salario diferido». Tal crédito se hace efectivo al abrirse la sucesión del empresario familiar.

de Derecho Patrimonial, que pierde toda relación con el Derecho de Familia, creo que es operar con una mente dogmática que desconoce la naturaleza de las cosas.

Los principios del Derecho Familiar—otro problema será el determinar la especificidad o no de tales principios en el seno del Derecho Civil general—, deben inspirar multitud de atribuciones patrimoniales teñidas de un móvil familiar que de otro modo serían regulados exclusivamente por el Derecho Patrimonial puro (25).

El móvil causalizado en tales casos es una consideración de carácter familiar que desvía la atribución patria normal del cuadro típico de reglas del Derecho Patrimonial.

Pero—se objetará—que si bien la regla familiar interna tiene su aplicación en el campo del Derecho patrimonial familiar, no así en las relaciones personales de los cónyuges y de los padres e hijos, en los que rige inviolablemente la ley del Estado.

¡Peligrosa ilusión, característica de la mente de un jurista dogmático! La autonomía familiar, como el agua en una cesta, se filtra a través de las mallas de la legalidad estatal. El problema para el legislador familiar no es que ésta o aquella familia «legisle» por su cuenta y derogue, mal que le pese al Estado, mezclando no Derecho y reglas internas, instituciones fundamentales de la relación familiar. El problema existe cuando todas o la mayoría fundamental, progresiva de las familias de la sociedad, adopten un determinado talante y decidan darse—derogando tácitamente las reglas estatales que le son adversas, desacatando la regla de la potestad marital o de la patria potestad unilateral del varón—un nuevo Derecho más humano, más conforme con las funciones modernas de la familia (26).

(25) Cuando se ha pactado una pensión de alimentos convencionales, parece que no debe aplicarse la regla del artículo 147—aumento de la pensión en función de las necesidades del alimentista—, que sólo se aplica a los alimentos propiamente legales. Sin embargo, el matiz familiar que tiñe el pacto y la consideración de que, en definitiva, el mismo sólo se limita a concretar en un momento histórico determinado el nivel de vida del alimentista, pero sin hipotecar su futuro, impiden la aplicación rigurosa del *pacta sunt servanda* y la congelación de la capacidad adquisitiva del alimentista. Una participación en el nivel creciente de vida del obligado a prestar alimentos parece, pues, justa y necesaria—prescindiendo de la necesaria revalorización monetaria de la pensión, que es problema aparte.

El móvil familiar, el «regocijo familiar», hace lícita la donación entre cónyuges que de otro modo sería ilícita (art. 1.334).

La atribución patrimonial realizada a un hijo varón al tiempo de contraer matrimonio, por creer erróneamente el padre que estaba obligado a dotarlo, no es repetible, pese al error sufrido, pues es honesto y acostumbrado que se realice tal atribución: el hijo puede aducir la «justa causa»—norma interna de todas las familias—de que habla el artículo 1.901.

(26) Todos los sociólogos que estudian la familia española advierten que se ha producido una democratización de relaciones en el seno de la misma. La autoridad, la división de las tareas y la formación de decisiones en el seno de la

No cabe duda que la costumbre contraria a la ley estatal ha empezado primero por ser una regla de no Derecho familiar: las familias felices no hacen uso del Derecho. Luego por un proceso de interiorización, la familia moderna ha juzgado que las reglas que en el campo del Derecho familiar le estorbaban, debían ser desechadas y sustituidas por otras más humanas.

Nos guste o no, la realidad es que la costumbre en contrario o el desuso, pese al Código civil (art. 5.º), destruye el plan orgánico del Estado—el antiguo plan—y reconstruye un edificio de perfiles más humanos, más adecuados a las nuevas funciones familiares.

«Se acata, pero no se cumple», la vieja norma. Labor del sociólogo es constatar qué normas del viejo plan del Estado han caído en desuso y cuáles conservan su vigencia. Siguen vigentes la ordenación del matrimonio, sus impedimentos, su forma y publicidad, la relación de protección del padre respecto al hijo, pero no la autoridad despótica; la convivencia, fidelidad y socorro entre los cónyuges—artículo 56—pero no la potestad marital—artículo 57—; los alimentos entre parientes, siquiera muy limitados en cuanto a los tutores de los mismos; la noción de que hay que proteger al huérfano de la familia, pero no constituir la tutela a menos que haya bienes o lo exija la seguridad social. Sufre profundas modificaciones la dote obligatoria. Ninguna hija bien nacida exige al padre «la mitad de la legítima rigurosa presunta», en concepto de dote obligatoria ni lleva al juzgado al padre para reclamarla, y sin embargo cree exigir un derecho, y el padre cumplir un deber al reclamar algún dinero para la entrada del piso o el ajuar de la boda: al aceptar lo que es fruto de un acomodo, de un regateo familiar, el padre y la hija están creando una norma interna paccionada, no limitándose a establecer una simple relación obligatoria de donación que luego se transmutará en anticipo de legítima y colación (artículo 1.033 C. c.) en la partición hereditaria. El Derecho del Estado poco o nada tiene aquí que ver: la motivación familiar lo empapa todo, y las *mores* influyen decisivamente en la atribución patrimonial.

La regla familiar precedente dictada para casos anteriores, ha sido recogida por el legislador extranjero, como auténtico *pattern* o modelo de conducta, que ha de ser tenido en cuenta por el juez que resuelve un conflicto familiar. Así, el artículo 372 del Code Civil francés, según la redacción dada por la Ley de 4 de junio de 1970, establece que durante el matrimonio, el padre y la madre ejercen en común su autoridad. Y

familia están experimentando una considerable evolución (SALUSTIANO DEL CAMPO URBANO: *El reto del cambio social en España*, epílogo a la obra colectiva dirigida por MANUEL FRAGA IRIBARNE, VELARDE FUENTES y el mismo DEL CAMPO URBANO: *La España de los años 70*, tomo I, *La sociedad*, Editorial Moneda y Crédito, Madrid, 1972, pág. 980).

el 372,1, «si el padre y la madre no llegan a ponerse de acuerdo sobre lo que exija el interés del hijo, quedarán obligados a la práctica que hubieran seguido en ocasiones semejantes».

La concepción democrática de la familia y la superación de la vieja concepción privilegiada de la dote obligatoria, permiten que los hijos puedan reclamar a los padres una dotación similar a la de las hijas, o que en todo caso, no se traigan o colación los gastos de la carrera de los hijos, compensados por la dote o ajuar de boda de aquéllas.

USOS SOCIALES FAMILIARES Y SU CONVERSION EN COSTUMBRE JURIDICA: EL DESUSO Y LA NORMA DE DERECHO DE FAMILIA

La existencia de usos sociales familiares y su distinción de las costumbres propiamente jurídicas es uno de los problemas—y no el menor—que tiene planteado la Sociología jurídica y la Teoría General del Derecho.

Aparentemente, la distinción es simple: «Las reglas de trato social tienen la pretensión de normas, es decir, pretenden validez normativa, constituyen mandatos para sus sujetos. Además, el incumplimiento de las reglas del trato social desencadena una sanción de reprobación social, o de exclusión de un determinado círculo colectivo, sanción que puede resultar gravísima para el sujeto... Ahora bien, esa sanción por el incumplimiento de las reglas de trato social es sólo expresiva de una censura... pero no es jamás la imposición forzada de la observancia de la norma... La sanción jurídica como ejecución forzada de la conducta prescrita—lo cual constituye la forma primaria y normal de la inexorabilidad del Derecho—es una nota esencial de lo jurídico, y por el contrario la ausencia de esa forma de sanción consistente en forzar al cumplimiento, es lo que caracteriza esencialmente a las reglas de trato social, como diferencia de éstas frente a las jurídicas» (27).

No cabe duda que históricamente, lo que fueron reglas de trato familiar, usos sociales familiares, han pasado en muchos casos a convertirse en costumbres jurídicamente vinculantes, cuando la convicción social consideró coactivo el mandato normativo meramente social, no jurídico. Sin embargo, la distinción en la práctica adolece de imprecisión: porque como antes apunté y luego expondré con más detalle, múltiples regulaciones estatales de la familia ven socavada su eficacia por el desuso, la costumbre o la práctica en contrario; porque el uso modaliza muchos

(27) RECASENS SICHES: *Tratado general de filosofía del Derecho*, Editorial Porrúa, S. A., Méjico, 1970, págs. 208 y 209.

actos jurídicos familiares (regalos de costumbre, art. 1.041, regalos de boda, art. 1.044); porque el uso es cambiante, evolutivo: lo que al principio fue práctica de esta familia o este grupo de familias, pasa luego a ser uso general, escasamente distinto de la costumbre jurídica y quizá más tarde es un uso residual, casi una reliquia jurídica (28).

Hacer una recopilación de los usos sociales familiares sería tanto como traer a colación la mayor parte de las pautas del comportamiento familiar que estudian los tratados de Sociología familiar, y exponer la peculiar posición ante la vida de los diversos tipos o modelos de familia campesina autónoma, rural proletaria y urbana industrial que pueden apreciarse en nuestra patria (29).

Creo que del mismo modo que la Ética familiar presenta en el mundo en cambio variedad de códigos de conducta que demuestran la existencia de un pluralismo en esta materia, las pautas de vida familiar no pueden reconducirse a un modelo único, ni ser inmunes al cambio social.

CARBONNIER (30), por el contrario, afirma que «en la construcción de todo modelo familiar, una parte está trazada ante todo por la naturaleza —un conjunto de datos biológicos fijos—. Sobre estos datos, los descubrimientos de la biología en nuestra época no han tenido consecuencias demolidoras... En total, el esquema ha variado poco desde el Derecho Romano: *coire, gignere*, entre nacer y morir (sobre todo morir). Este orden que parece eterno, y que dura tanto más cuanto parece eterno, confiere su profundidad, su continuidad, a la institución, a despecho de todas las modificaciones posibles en la superestructura.

Pero incluso es preciso que estas modificaciones hayan tenido lugar. De esta inercia persistente de las costumbres familiares, y en segundo grado, del Derecho de Familia, buscaremos la causa principal en los interesados mismos, en el rechazo, inconsciente, o quizá deliberado, que oponen al cambio. Ocurre como si la familia fuera el teatro de uno de estos fenómenos de contramodernidad, de retorno a una vida primitiva más o menos idealizada, que se señala en las sociedades industrializadas frente a las mutaciones... El hombre moderno acepta de buen grado abandonar al cambio su vida profesional o su parte de vida colectiva, pero

(28) La evolución histórica de los esponsales creo ilustra lo dicho: de ser una costumbre singular pasó a ser casi un uso generalizado, integrado de modo en ocasiones obligatorio en la forma—canónica o germánica—del matrimonio. En la actualidad han caído prácticamente en desuso.

(29) Sobre las funciones sociales y psicológicas, posiciones y papeles familiares y los problemas, conflictos y cambios de los tres esquemas familiares enunciados, véase DEMETRIO CASADO: *¿Hacia dónde va la familia española?*, en el número 4 (octubre-diciembre de 1971) de la «Revista Documentación Social», páginas 7 y sigs.

(30) *Flexible Droit...*, citado, pág. 141.

pide a su vida familiar conservar un oasis fuera del tiempo, un paraíso perdido y reencontrado».

Creo que el ilustre profesor hace demasiadas afirmaciones en los párrafos transcritos y conviene detenerse un poco a desentrañar la más importantes.

Si tomamos en consideración únicamente el aspecto biológico de la familia—la función de procrear y socializar a los hijos—no cabe duda de que el cambio social y consiguiente cambio de las costumbres familiares no ha podido ser sino muy limitado. La infraestructura biológica y psicológica de la familia—en cuanto creadora de la *urdimbre* o trama vital de sus nuevos miembros—no ha variado esencialmente, pese a todos los fenómenos de modernidad. La ideología del regreso a la familia como a un paraíso perdido y recuperado, típicamente conservadora, encubre la afeción de CARBONNIER por tal tipo de familia.

Pero si de las grandes síntesis históricas, de los grandes rasgos de la evolución familiar en su estructura naturalística—un hombre, una mujer, un niño, como puros datos biológicos—pasamos a la supraestructura de las relaciones familiares—los diversos papeles que desempeñan las personas en la familia, las diversas personas que se entiende integran una familia, el menor número de hijos que estadísticamente conviven hoy en un hogar—, y desde dicha supraestructura social examinamos las costumbres y el Derecho de Familia, el fenómeno de contramodernidad de las *mores* familiares que puede ser nostalgia de algunos—o muchos—miembros de la sociedad, se localiza y se contempla en sus reducidas dimensiones casi folklóricas.

Poco importa que se anhele la familia extensa cuando con los hechos sociales se la expulsa definitivamente del panorama histórico inmediato—ignoramos lo que ocurrirá en el año 2050: es posible que renazca la familia extensa y se cierre un ciclo histórico completo, de retorno a los orígenes familiares. Pero por supuesto, con rasgos muy diversos a los de la familia extensa tradicional.

El retorno a la vida primitiva, a la vida familiar primitiva típico de las modernas comunas familiares, no significa una vuelta a la familia autoritaria del pasado inmediato—nuclear y a la par autoritaria del siglo XIX—ni a la patriarcal extensa del pasado más remoto—siglo XVI y anteriores. Significa la reviviscencia de las utopías de Platón, de Tomás Moro, de los falansterios de los socialistas utópicos. La familia burguesa decimonónica autoritaria y paternalista en modo alguno ha servido de pauta para tal retorno.

La filosofía de los nuevos usos familiares está impregnada de democracia: igualación de los esposos entre sí y de los padres e hijos; padres

compañeros de juegos de los hijos; concepto del padre como un amigo del hijo; camaradería entre los hermanos (31). Las viejas reglas de etiqueta familiar se reducen al mínimo, cuando en otras épocas históricas tuvieron una importancia trascendental. La amistad, el juego y la moral del ocio, ocupan o tienden a ocupar buena parte del «no Derecho familiar», de esa zona idílica en que el Derecho permanece en silencio.

De la norma ética y la norma jurídico-familiar trato en otra parte de este estudio.

¿Es admisible el desuso y la costumbre *contra legem* en Derecho de Familia? Si examinamos las dogmáticas fuentes de nuestro Derecho positivo, es evidente que el artículo 5.º del C. C. impondría una solución negativa. Sin embargo, del hilo de las consideraciones que he expuesto anteriormente, haré alusión a la opinión de diversos autores que otorgan un rango importantísimo a tales instituciones en el campo del Derecho de Familia.

Frente al rigor dogmático de los Derechos codificados que imponen una total proscripción al desuso, a la costumbre *contra legem* o a la práctica contraria a la ley, hay que hacer resaltar que la importancia de los mismos en el ámbito familiar es inmensa.

En el campo del no Derecho Familiar, el cambio de las *mores* familiares, el distinto papel de los miembros de la familia en los diversos momentos históricos, hacen que la adaptación de la institución familiar al

(31) Sobre la innegable democratización de las costumbres familiares, con la secuela de la debilitación de la posición autoritaria del padre esposo, tendencia hacia la igualación de la mujer con el varón y de autonomía de los hijos, deben tenerse en cuenta las esclarecedoras palabras de DEMETRIO CASADO, *ob. cit.*, página 22: «La posición del padre tiende a debilitarse: no tiene ninguno de los soportes materiales y culturales de dominio que se daban en la familia rural o en la familia tradicional en general; no es el jefe de la empresa familiar, su experiencia puede verse contrarrestada por la mayor formación y actualidad cultural de los hijos, el igualitarismo socava las bases del paternalismo, etc.; por ello, cuando pretende adoptar el papel autoritario tradicional, es normal que encuentre resistencias.

La posición de la esposa se ve favorecida por el movimiento igualitarista, lo cual supone una tendencia de la pareja hacia relaciones no jerárquicas, sino de compañerismo; debe notarse que, en muchos casos, el movimiento de emancipación de la mujer le conduce a una trampa consistente en soportar simultáneamente los deberes de esposa y madre tradicional y los de mujer activa fuera del hogar.

Los hijos tienen una posición subordinada, pero la base estructural de la misma es mucho más débil que en la familia tradicional, ya que su dependencia real de la familia es limitada y temporal: acaba con su capacitación, e incluso antes. La evolución de su *status* se caracteriza por el progresivo predominio de los derechos sobre los deberes y éstos son predominantemente formales.»

Sobre la vinculación familiar y la amistad—amistad entre esposos, padres e hijos y hermanos—, véanse las breves y profundas páginas de LAÍN ENTRALGO, *Sobre la amistad*, Revista de Occidente, S. A., Madrid, 1972, págs. 355-357.

cambio sea gradual, y flexible, y que, salvo casos de crisis histórica, no produzca conflictos o crisis importantes.

Las reglas jurídicas internas de la familia, íntimamente saturadas de no Derecho, de ética, religión, costumbres, normas de etiqueta, etc., tampoco es preciso decir que se ven afectadas por el cambio social.

En la doctrina extranjera, los autores reconocen el papel relevante de la costumbre *contra legem* en la evolución del Derecho familiar, sobre todo a partir del rígido Derecho de los Códigos liberales del siglo XIX.

LEVY BRÜHL (32) afirma que «las costumbres no concuerdan a menudo con el Derecho vigente... Son siempre costumbres paralegales, a veces francamente ilegales. Por intermedio suyo nuevas ideas se introducen en la legislación de un país y se crean nuevas instituciones... En cuanto al Derecho de familia, los redactores del Código civil de 1804, concebían el matrimonio como una asociación, es cierto, pero en la cual la mujer está lejos de ser igual al marido, que es el jefe de la comunidad conyugal, no pudiendo la esposa ejecutar la mayor parte de los actos de la vida jurídica sino con su autorización. Además, se considera a la mujer, en ciertos aspectos, como un elemento extraño introducido en la familia, sin integrarla completamente... Es evidente que debía producirse una evolución en su favor en el curso del siglo y medio que nos separa de la redacción del Código Civil y especialmente en el curso de los últimos años. Nuevas leyes y osadas decisiones jurisprudenciales introdujeron en el sistema jurídica francés una concepción mucho más liberal de los derechos de la mujer casada: evolución que había sido expresada en la práctica diaria de la vida... Las innovaciones que acabamos de anotar y que modificaron tan profundamente nuestro sistema jurídico, parecen de origen legislativo o jurisprudencial, mas en realidad, son consuetudinarias, producto de la práctica... cuando corrientemente se dice que casi siempre la ley consagra un estado de hecho, se expresa la misma idea, a saber: que el grupo social ejercitaba ya prácticas semejantes...»

GIORGIANI (33) afirma que «en cuanto se refiere a la extensión o a la intensidad de los poderes, la intervención del legislador ha sido siempre sobre todo simbólica, en cuanto ha venido determinada sobre todo por la costumbre social.

No se puede afirmar seriamente que la pérdida de algunas facultades del marido, por ejemplo, en orden al control de la correspondencia de la mujer o al ejercicio de la actividad profesional de ésta, haya sido determinado por limitaciones que a la potestad marital hayan sido puestas

(32) *Sociología del Derecho*, cit., pág. 23.

(33) «La disciplina dei rapporti personali nel disegno di legge governativa sulla riforma del diritto di famiglia», en *Aspetti della Riforma del Diritto di Famiglia*, Milán, Giuffrè, 1968, pág. 11.

por la ley. La evolución jurisprudencial constituye al efecto el índice más precioso del cambio de las costumbres sociales».

ANGEL SÁNCHEZ DE LA TORRE (34) sostiene que las reglas familiares son evolutivas en función del cambio de la estructura de la familia tradicional extensa a la nuclear moderna, y de la rapidez del cambio del *status* del individuo dentro del medio familiar (niño pequeño, adolescente, adulto casado).

La historia de la institución familiar permite afirmar que el Derecho de la familia cambia a compás de los cambios sociales, éticos, tecnológicos y económicos. Pretender que la familia ha estado siempre ahí; que el Derecho de familia ha sido inmutable; que el papel de las reglas del Derecho interno familiar ha sido siempre el mismo, es una peligrosa ilusión. La costumbre *contra legem*, el desuso, el nacimiento de nuevas costumbres extra-legales—el primer matrimonio que se contrajo contra la prohibición de los padres, no cabe duda que violó una regla familiar, pero sentó las bases de otra diversa—, han existido siempre.

El ritmo del cambio familiar, el influjo de los factores diversos en la estructura de la institución, las consecuencias de uno y otros en el Derecho de la Familia, es lo que ningún historiador del Derecho, que yo sepa, ha estudiado suficientemente. Los sociólogos lo han intentado, pero la Sociología histórica o retrospectiva está en sus comienzos. Todo un sinfín de problemas abiertos a la investigación impiden una conclusión sintética iluminadora. Creo simplemente poder afirmar como hipótesis: que las reglas internas familiares son una primera avanzadilla del que podríamos llamar «Contraderecho de Familia» que suscita, primero, una jurisprudencia y una práctica administrativa más abiertas que la ley en materia familiar (35) y en segundo término, la reforma del Derecho le-

(34) *Ob. cit.*, pág. 113.

(35) CASTÁN TOBEÑAS (*La condición social y jurídica de la mujer*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1953, pág. 179) afirma: «Aunque nuestras leyes civiles no hayan variado, en lo más esencial, durante estos últimos tiempos, y aunque el movimiento feminista no haya tenido entre nosotros la pujanza que en otros países, no cabe duda que, insensiblemente, las ideas y las costumbres han ido modificando, a través de una evolución progresiva, la situación de la mujer, tanto en la esfera social como en la jurídica... La orientación de que se trata tiene un reflejo en muchas disposiciones modernas, de tipo administrativo o social, que amplían los dominios de la capacidad de la mujer y está además en la actualidad, seguida sin vacilaciones por la doctrina científica y la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Ni una ni otra interpretan y aplican los principios del Código civil sobre capacidad de la mujer casada con criterio riguroso. Lejos de ello, tratan de suavizarlos y humanizarlos.»

En materia de corrección paterna—piedra de toque del sentido de la patria potestad—, CASTÁN VÁZQUEZ—*La patria potestad*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960, pág. 228—afirma que «el texto legal no dice en qué consiste el castigo moderado. En las costumbres se ha evolucionado considerablemente y hoy no se tolerarían castigos que antaño se daban a los hijos. De acuerdo con

gislado familiar, como consecuencia ineludible de esas reglas internas y de esa jurisprudencia.

En tal sentido las reglas internas familiares, el Derecho interno de la familia en muchas ocasiones no sólo no es legal, sino más bien, precursor de la nueva legalidad, augur de los tiempos nuevos y del Derecho estatal nuevo de la familia. El papel del desuso y de la costumbre en contrario es pues trascendental en el Derecho de Familia. El Derecho Interno de la familia en ciertos casos, llena la oquedad que la costumbre ha producido en los flancos, no sólo del propio derecho interno familiar, sino, lo que es más importante, en el Derecho legislado.

¿Cuál es la fuente interna de la dinámica del cambio familiar? Básteme aducir para responder a tal pregunta la opinión de RECASÉNS SICHES y de JULIÁN MARÍAS.

«En la familia—afirma el primero de los citados (36) hallamos la coexistencia simultánea de personas de diversa edad, de personas pertenecientes a diferentes generaciones históricas, a distintos niveles históricos, y esto le da, a la familia aunque en diverso grado, siempre en alguna medida, una especial dinamicidad, así como es, comprensiblemente, el origen de conflictos inevitables—unas veces manifiestos y otras latentes entre padres e hijos—en la familia conyugal contemporánea, y entre abuelos, padres e hijos en la familia extensa del pasado.

Debemos a JULIÁN MARÍAS (*Estructura de la Sociedad. Teoría y Método*) (37) el haber atraído la atención sobre este punto. Dice: «Aunque parezca increíble, la Sociología, cuando trata de la realidad familiar, pasa obstinadamente por alto su componente histórico: estudia su carácter biológico... económico, jurídico o contractual, pero se olvida de su condición histórica, patente en el hecho, de puro elemental casi inadvertido, de que sus miembros tienen edades distintas, es decir, proceden de diferentes niveles cronológicos, vienen de mundo históricamente diver-

las costumbres y orientaciones actuales, creemos que habrá que reputar como castigos lícitos los azotes leves y encierros que no pongan en peligro la salud del menor, la privación a éste de cosas no necesarias, etc.» No se ha cambiado el texto legal, sino sólo se ha rellenado de contenido moderno el adverbio «moderadamente» del texto legal. Las *mores* familiares que hace ochenta años toleraban, mal que bien, castigos crueles, azotes con látigos o varas—usados hasta hace pocos años en las escuelas inglesas, reducto arcaico de las costumbres victorianas—, o encierros prolongados, hoy no sólo no lo toleran, pero ni siquiera se puede decir que es una simple norma moral la que prohíbe el exceso en el derecho de corrección paterna: es una auténtica regla de derecho interno familiar que se ha dictado a sí misma la familia occidental moderna cuya contravención desencadenaría incluso la intervención del Tribunal tutelar de menores.

(36) *Sociología*, Porrúa, S. A., México, 1970, pág. 478.

(37) RECASÉNS SICHES debe circunscribir tal afirmación a España, pues los sociólogos modernos han estudiado el cambio y el conflicto familiar mucho antes que JULIÁN MARÍAS.

sos, de distintas generaciones históricas. Este desnivel, esta simultaneidad en un presente de tiempos distintos, es el motor de la historia y es la condición misma de todas las estructuras, grandes y pequeñas, en que se articula y realiza la vida humana».

Hallar el sentido del cambio de la familia—y consiguientemente del Derecho de Familia—es casi entrar en la polémica filosófica, inacabada e inacabable, sobre el sentido mismo de la Historia del hombre.

LA ETICA Y EL DERECHO DE LA FAMILIA

Es un lugar común afirmar que el Derecho de Familia no se agota con la enumeración de las normas jurídicas, sino que en gran parte se remite en su regulación y disciplina de las relaciones familiares a la Moral, a la Naturaleza. «La materia de cada una de las relaciones familiares—afirma SAVIGNY—(38) es un lazo natural que, como tal, está por encima de la humanidad misma, *ius naturale*. Por esta razón tienen un carácter de necesidad independiente del Derecho positivo, cualquiera que sea la forma bajo la cual nos aparezcan y cualquiera que sea la variedad de formas que revistan entre los diferentes pueblos. Esta relación natural es a la vez, y necesariamente para el hombre, una relación moral, y cuando viene, por último, a unírsele la forma jurídica, reúne la familia tres elementos inseparables, a saber: el elemento natural, el moral y el legal. De ahí resulta que las relaciones de familia sólo bajo un aspecto pertenecen al derecho positivo, y aun puede decirse que en él se comprende la menor parte, pues la más importante pertenece a un dominio muy distinto del jurídico.»

Se ha afirmado hasta la saciedad que la norma familiar presupone la norma moral, que a veces el Derecho se limita a apropiarse de preceptos morales y dotarlos de sanción jurídica (deber de respeto de los hijos hacia los padres, deber de fidelidad,³ de los esposos), por lo que abundan en el Derecho de Familia los preceptos sin sanción o con sanción atenuada *leges imperfectae*.

Las remisiones a la moral no son como en otras partes del ordenamiento positivo, expresas (verbi gracia arts. 1.255 y 1.691), sino tácitas: el ordenamiento jurídico familiar descansa al parecer en un orden moral inmutable, que se da por sobrentendido.

Sin embargo, como los juristas no se han preocupado—como antes dije—de precisar el alcance de la moral familiar, base del Derecho de

(38) *Sistema del Derecho Romano actual*, tomo I, 2.^a edición (traducción de Jacinto Messia y Manuel Poley, Madrid, s/a., págs. 265-266).

Familia, será preciso estudiar este sustrato a fin de desvanecer el lugar común.

Creo que la Moral familiar no puede ser sino una parte especializada de la Moral General.

Si el ordenamiento jurídico familiar descansa en una remisión en blanco a la Moral, entendiendo por Moral el conjunto de prescripciones que pretenden desarrollar el valor de la bondad en el hombre, habrá que plantearse necesariamente el problema de si la Moral es una, inmutable, válida para todos los pueblos y todas las sociedades, o si está adecuada a las sociedades en las que se desarrolla, influye sobre las estructuras socioeconómicas de las mismas, y es influida por las mismas estructuras.

¿Cuál es el orden moral al que implícitamente se refiere SAVIGNY, y en el que fundamenta la especialidad del Derecho de Familia? ¿Ha variado sensiblemente la noción de la Moral de los juristas que después de él han venido reafirmando su planteamiento? ¿Cuál es la moral familiar que postula el Derecho de la nueva sociedad en proceso de transformación? ¿Qué valores morales, de los existentes en la época de la Codificación deben ser conservados y cuál ha de ser la nueva constelación de valores familiares de la sociedad moderna?

El orden moral contemplado por SAVIGNY es el característico de una sociedad estamental jerarquizada en tránsito a convertirse en una sociedad burguesa individualista.

Caracteriza la ética de una sociedad estamental, el estar fundada sobre una cosmovisión trascendente, abierta a la trascendencia: en su pináculo, Dios, creador, del cosmos y de la sociedad, infunde una ley natural, cognoscible por la razón, al hombre, quien así aprecia la distinción entre el bien y el mal.

Toda autoridad viene de Dios: a imagen del padre de familia, dotado de un poder despótico, inapelable, se contempla al Padre Eterno, al maestro, al soberano absoluto. El símbolo del padre representa toda suerte de autoridad.

Todo ser humano internaliza una noción de autoridad, en que ésta se sacraliza, pues familia, religión, poder político, educación, relaciones laborales, todas las relaciones humanas en suma, se vacían sobre la pauta autoritaria de la patria potestad y autoridad marital absoluta. Alzarse contra el padre, contra el marido o contra el monarca absoluto, es tan sacrílego como blasfemar de Dios.

El honor familiar significa el reconocimiento por la sociedad de la perfecta adaptación de esta familia, a tal pauta de conducta autoritaria y conformista. Se da una gran importancia al tabú sexual y la disciplina de las relaciones sexuales es uno de los fines fundamentales de la insti-

tución familiar. El adulterio, el rapto, el estupro, etc., están severamente castigados en el seno de la familia mucho antes que por el poder civil y se consideran como delitos privados.

No se tiene en cuenta por tal ética estamental el ser individual concreto ni su derecho a la felicidad. Alegar este derecho sería, para la sociedad estamental, incorrecto cuando no risible.

Los fines de la institución familiar priman de un modo absoluto sobre las motivaciones subjetivas de las personas integradas en la misma: recordemos la clásica distinción, típica de la ética estamental, de fines primarios y secundarios del matrimonio.

El fin general del Derecho, para SAVIGNY, está en la íntima conexión con la ley moral del hombre, desde el punto de vista cristiano. «El Cristianismo—dice DURÁN y BAS—(39) no existe sólo como regla de nuestras acciones; de hecho ha modificado la Humanidad y se encuentra en el fondo de todas nuestras ideas, aun de las que parecen serle más extrañas y hostiles.»

Sin embargo, el sistema ético que presupone SAVIGNY no es pura y simplemente el de la sociedad estamental. En toda su obra se vislumbra el influjo de la ética protestante individualista, que en su época se desarrollaba de modo pujante, dio lugar a la floración de las codificaciones iusnaturalistas y fue un factor ideológico fundamental para la articulación de los derechos naturales y las libertades políticas fundamentales y su triunfo en las Revoluciones Americana y Francesa.

Creo que dicha ética individualista familiar está perfectamente expresada cuando afirma: «... el hombre es un ser defectuoso que tiene necesidad de completarse en el seno de su organismo general. Dichas limitaciones y el complemento que ellas exigen se nos revelan bajo dos fases principales: por un lado, la diferencia de los sexos hace que el individuo represente a la humanidad de una manera imperfecta, y de ahí la necesidad de completarla por medio del matrimonio; por otro lado, la existencia del individuo está limitada por el tiempo, lo cual exige, y engendra en efecto, una multitud de relaciones supletorias, y de este modo la vida temporal del hombre se completa por la reproducción, que no solamente perpetúa la especie, sino también y hasta cierto punto, el individuo» (40). ¡Individuo, siempre el individuo, siempre los problemas del individuo que se integra en la familia como el menesteroso que enajena su libertad en la sola medida en que dicha enajenación le es beneficiosa, y completa así su individualidad, *a priori* autosuficiente! Ser natural la relación

(39) Prólogo de DURÁN y BAS al *Sistema*, citado, págs. 23 y 24.

(40) *Sistema*, citado, pág. 263.

familiar que define SAVIGNY, pero no cabe duda que su ropaje es individualista.

La ética individualista burguesa pone en el centro de sus preocupaciones al individuo. Este, hombre racional, es capaz de proyectar por sí mismo su futuro. Puede ser creyente, pero—y ésta es una distinción muy importante de la ética estamental—su religión no influye en su ética. La religión pertenece a la vida interior, sacral; la Moral está disociada de la religión.

La Moral a su vez se divide en compartimientos estancos: Moral Familiar, Moral de los negocios. Se cuestiona seriamente si existe regla moral en las relaciones internacionales o en el ejercicio del poder político (41). Las frases «razón de Estado», el «egoísmo sagrado del Estado», reflejan perfectamente el amoralismo de la vida pública y política.

El puesto del hombre en el mundo no viene fijado ya de un modo absoluto y para siempre, pegado como la piel a la carne del hombre desde su nacimiento, como en la sociedad estamental. Todo hombre puede, desarrollando el sagrado egoísmo o interés individual, aspirar a progresar en la escala social, que le está abierta. Del conjunto de egoísmo concordantes, se llegará a un óptimo social, a una armonía perfecta: la moral individualista es optimista.

La Moral individualista se convierte en un Código de conductas tipificadas, estilizadas, de mandatos y prohibiciones de contenido cuasi jurídico. (Ética de proposiciones).

Leyendo manuales de moral a la antigua usanza se ve, sorprendentemente, una analogía con un Código de prescripciones y prohibiciones. Sólo se diferencian en el criterio casuístico, y en las sutiles distinciones y subdistinciones que chocan tal vez con la técnica jurídica más moderna de

(41) «La contradicción entre el cristianismo y la concepción egoísta del hombre y del equilibrio social es tan patente, que los cristianos para aceptar la filosofía social del capitalismo hubieron de recurrir a un expediente: el de la distinción entre el plano de las relaciones macrosociales y el plano de las relaciones microsociales (familiares, etc.). Todo esto se hizo de una manera inconsciente, implícita, tácita. En el plano macrosocial de las relaciones socioeconómicas propias de la época industrial y de la economía de mercado objetivado y universalizado, los cristianos aceptaban acriticamente (y egoístamente) la concepción económica liberal del mercado de egoísmo. En tanto, los valores cristianos se reservaban para la familia cristiana, para el plano personal estrictamente privado. De este modo, tampoco veían los cristianos que las posibilidades de vivir de veras los valores cristianos evangélicos en el plano familiar y privado están condicionados por la necesidad de plantear los principios de comunidad y solidaridad en el plano social. Porque quien acepta la filosofía del egoísmo en el plano macrosocial no puede pretender vivir evangélicamente en el plano microsociales. Porque el amor cristiano no puede quedar circunscrito en el ámbito personal y familiar» (DÍEZ ALEGRÍA: *Teología frente a sociedad histórica*, Editorial Laia, Barcelona, 1972, pág. 281).

los actuales Códigos. Son estadios distintos de una Ciencia que obedece a reglas semejantes y tiene un mismo origen (42).

Pero no se crea que la ética individualista elimina totalmente los principios de la ética estamental. Las relaciones de autoridad, al menos en el Derecho Familiar, permanecen invariadas: sabida es la influencia del Code Napoleón en el mantenimiento de una institución tan típicamente *ancien Régime* como es la *puissance maritale*, el carácter paternalista, no promotor, de la patria potestad en dicho Código y la escasa ayuda que de las convicciones éticoburguesas obtuvieron las mujeres en su proceso de emancipación a lo largo del siglo XIX (43). El concepto del honor familiar de ninguna manera desaparece de los Códigos burgueses del siglo XIX: el Derecho Penal y su regulación de los delitos contra la honestidad son un curioso ejemplo de la supervivencia de tal noción que pertenecía a un estadio histórico de la sociedad que parecía definitivamente enterrado. La íntima conexión de la Ética y el Derecho, existente en la antigua sociedad subsiste de un modo curioso: se hace una reve-

(42) «La moderna reflexión sobre el problema ético, tanto teológica como filosófica, ha llevado a distinguir entre una «ética de proposiciones» y una «ética de principios». La primera pretende definir *a priori* la conducta moral por medio de una serie de proposiciones estáticas, válidas de una vez para siempre, en que se describirían los comportamientos debidos o prohibidos. Algo así como los artículos de un código, en que se tipifican los contratos o los delitos. Estas proposiciones habrían de ser aplicadas a la realidad casuísticamente» (DÍEZ ALEGRÍA, *ob. cit.*, pág. 284).

(43) ARNAUD (*Essai d'analyse structurale du Code Civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1973, pág. 66) afirma que «¿es preciso insistir sobre el hecho de que el "Código de la libertad" no fue el de la emancipación de la mujer? Arrastramos muchas expresiones en nuestro lenguaje cotidiano, que nos vienen de una observación más o menos consciente de la mujer, tal como la quiere el Code Napoleón. "Sexo débil", "mujer al hogar": la mujer no tiene derecho a un asiento alrededor de la mesa del juego de la sociedad. Confinada en la sombra de su "señor y dueño", ella atrae las iras de los miembros del grupo si intenta salir de su condición. Se le reprocha entonces "conquistar" un feudo de los hombres. Intenta ella "emanciparse" "huye" de la familia, "deserta de su puesto", "abandona su hogar". Es tenaz la concepción que nos ha sido legada de la mujer inferior; es perniciosa esta misoginia—que se aproxima al racismo—, responsable de un autoritarismo reivindicado por el hombre como un privilegio innato».

Respecto de los hijos menores, «que se sabe que el Code Napoleón considera la minoridad menos como un período de educación que como un tiempo de debilidad y, por tanto, de sumisión... El Code no está pensado para los pobres (traduciremos: para ser "jugador" es preciso efectuar "jugadas"), y, por otra parte, que en el sistema la importancia de la educación está íntimamente ligada a la de la fortuna, de la que ella es una función. Esto es, que la educación es "otorgada" al niño, lo que implica el paternalismo. Esta concepción es la contraria del reconocimiento de un derecho del niño a la educación. Incluso el principio, sentido claramente por KANT, de la esencial libertad del niño en cuanto "persona", no llevará consigo jurídicamente el reconocimiento de este derecho. El niño es, en el Code Napoleón, un ser enteramente sometido a la autoridad paterna o a su representante» (págs. 66-67).

rencia a la noción de la Moral, se la considera como base de la sociedad y del Estado, pero no se preocupa nadie de definir de qué manera la Etica debe regular las relaciones familiares que se pretende sean inmunes al cambio social.

Surge un abismo entre las relaciones familiares como son, y la Etica de proposiciones estamental-individualista que pretende regularlas.

ARANGUREN distingue (44) en el ámbito de la cultura occidental, la existencia de dos morales diferentes: una protestante, secularizada, y otra católica latina. La segunda continúa teniendo una raíz religiosa y por eso tienen un valor central dentro de ella la virginidad, la indisolubilidad y la procreación. Por el contrario, la moral protestante secularizada considera todas las relaciones humanas desde el punto de vista de una ética de la lealtad y de la palabra dada y desde el punto de vista de la justicia. El matrimonio es un compromiso libremente contraído, y por tanto, su transgresión—el adulterio—moralmente censurable. Pero en cambio, la voluntaria separación, el divorcio que retira la palabra dada, debe ser admitido según esta moral. Lo que no impide que subsista o pueda subsistir la aspiración al matrimonio único, pero como *desiderátum*, casi en el sentido de los consejos evangélicos.

Un peligro de la moral católica latina—sigue diciendo este autor—es ciertamente, la tentación de salvar los principios, aun cuando la práctica real quede a una distancia abismal de aquéllos. Otro aspecto de la práctica moral católica latina es el de su unilateral «espiritualismo» individualista. Su fundamentación es una religiosidad de tipo individualista; ha hecho que los países a que se extiende el ámbito de su vigencia se encuentren, desde el punto de vista de la justicia social, moralmente más atrasados que otros. Y no sólo en esto, sino en general en todo lo que concierne a la moral en su relación con la economía.

Modernamente, y por influjo de filosofías de muy diverso signo, surge la noción de ética social frente a la tradicional Etica individualista.

El mismo ARANGUREN afirma que «si el hombre es, como nos hace ver todo el pensamiento actual, constitutivamente social ¿cómo no habría de serlo su moral? La moral individualista surgió ante la crisis del anterior ordenamiento moral comunitario, al ser vivido éste como anacrónico, inadecuado e injusto. Y frente a esta «pérdida de la moral» el repliegue a la interioridad pudo valer como una solución provisional.

El individualismo moral, lejos de constituir una actitud primaria, significó el intento de hacernos, cada cual, a nosotros mismos, al no poder contar ya con los demás. El hombre ante una situación de «emergencia» se refugió en la «buena voluntad». Pero la «buena voluntad», ejercitada

(44) *Etica*, Revista de Occidente, S. A., Madrid, 1972, págs. 437-438.

al nivel individual, es insuficiente. La moral ha de ser realizada en la sociedad y por la sociedad. La moral es constitutivamente social. La «ética social» no es un aditamento, o una aplicación de la «ética general», concebida primariamente como individual. La ética, es, en cuanto tal, personal y social. Lo personal y lo social son primarios en ella, e inseparables de ella» (45).

La ética debe ser a la vez personal y social: por tanto, fracasan en el plano ético, la sociedad comunista—que descuida el aspecto personal de la ética—como la sociedad del consumo, del bienestar occidental—egoísta e impracticable, pues está fundada en la distinción entre países ricos y países pobres, cuyo foso de separación aumenta de día en día.

Propugna el autor citado, una democratización real, económica, social y política, una limitación de la libertad a su núcleo esencial—económico, político, intelectual y cultural, religioso—, compatible con la libertad de los demás, y una institucionalización de la ética, hasta donde se pueda en la estructura misma del aparato político social.

La Constitución del Concilio Vaticano II, GAUDIUM ET SPES, claramente enseña que hay que superar la ética individualista: «La profunda y rápida transformación de la vida exige con suma urgencia que no haya nadie que, por despreocupación frente a la realidad o por pura inercia, se conforme con una ética meramente individualista. El deber de justicia y caridad se cumple cada vez más contribuyendo cada uno al bien común según la propia capacidad y la necesidad ajena, promoviendo y ayudando a las instituciones, así públicas como privadas, que sirven para mejorar las condiciones de vida del hombre...

»La aceptación de las relaciones sociales y su observancia deben ser consideradas por todos como uno de los principales deberes del hombre contemporáneo. Porque cuanto más se unifica el mundo, tanto más los deberes del hombre rebasan los límites de los grupos particulares y se extienden poco a poco al universo entero. Ello es imposible si los individuos y los grupos sociales no cultivan en sí mismos y difunden en la sociedad las virtudes morales y sociales, de forma que se conviertan verdaderamente en hombres nuevos y en creadores de una nueva Humanidad...»

Hace alusión el mismo epígrafe de la Constitución del egoísmo de quienes no tienen cuidado ninguno de las necesidades sociales, de los que resisten el pago de los impuestos, o de los que infringen las reglas de higiene o las normas de circulación.

Creo puede apreciarse hoy día la existencia de un pluralismo moral, la existencia de varios códigos morales: burgués ilustrado, heredero del

(45) *Ética y política*, Ediciones Guadarrama, S. A., Madrid, 1968, pág. 25.

estamental individualista que he criticado; cristiano renovado; materialista histórico (46).

Examinando la que me atrevo a llamar «moral cristiana renovada», consecuencia de las enseñanzas del Concilio Vaticano II, interesante a mi estudio por la innegable realidad del «cristianismo sociológico» en nuestra patria, y el reconocimiento de los principios de la doctrina social de la Iglesia católica romana como principios fundamentales del Movimiento por la Ley de 17 de mayo de 1958, aparte del carácter netamente social de su inspiración, vemos que debe encuadrarse en el campo de la llamada Ética de los principios.

«La concepción de una ética de «principios» hace consistir la norma moral en una serie de principios de valor (o «direcciones de valor») de contenido material (es decir, con exigencias concretas de contenido) pero dinámicos y plásticos, que marcan, como «los vectores», una dirección, en un campo de valores de contenido material muy exigente, pero que, por otra parte, no dan, por lo general, tipificaciones rígidas o estáticas de comportamientos, congeladas y válidas independientemente del tiempo y de la circunstancia histórica. Por ejemplo, el principio de respeto a la dignidad de la persona no es un formalismo vacío, que pueda cubrir cualquier contenido, pero tampoco me da, de una vez para siempre, en forma de «receta», lo que hay que hacer aquí y ahora, en el campo de la actividad privada y pública, para hacer efectivo el reconocimiento positivo de la dignidad de la persona» (47).

En este orden de ideas, el principio del reconocimiento de la dignidad de la persona humana, no puede quedar reducido a una mera declaración programática de nuestra legislación constitucional (Fuero del Trabajo), sino informar la legislación y la práctica social toda. Del campo de la Ética de los principios debe derivar al de los principios generales del Derecho, y cumplir las trascendentes funciones que los mismos desempeñan en el ordenamiento jurídico, y que examinaré detenidamente en el capítulo correspondiente de este estudio. Allí también hará referencia a las exigencias que el mismo principio plantea al ordenamiento jurídico positivo, y las necesarias reformas institucionales a que deba dar lugar.

La ética familiar no sería, según esta concepción que propugno, un código frío de mandatos y prohibiciones abstractos, estáticos, inmovili-

(46) «Lo que nos importa es que su resultado inmediato es el hecho empírico de la pluralidad irreducible de códigos morales en los distintos grupos socioculturales. En la sociedad contemporánea es característico el pluralismo simultáneo de códigos dentro de la misma sociedad global» (ARANGUREN: *Moralidades de hoy y de mañana*, Taurus Ediciones, S. A., Madrid, 1973, pág. 164).

Sobre el carácter del materialismo histórico como moral, véase *El marxismo como moral*, Alianza Editorial, S. A., 1968, del mismo autor.

(47) DÍEZ ALEGRÍA, *ob. cit.*, págs. 284-285.

zados, promulgados de una vez para la sociedad estamental o la burguesa individualista de siglos definitivamente fenecidos, sino un conjunto de grandes directrices morales, que pondrían en primer lugar como valor dominante el de la recta conciencia. Esta permanencia abierta a todas las tensiones y las necesidades de la sociedad concreta en que se vive, formada en el marco de una concepción societaria, en que el valor «nosotros» preponderara frente al escueto «yo», sería dinámica, evolutiva, en el seno de un proceso social democrático siempre inacabado e insatisfecho consigo mismo.

Para el perfeccionamiento de las exigencias de la Ética familiar aquí propugnada, el conocimiento de las Ciencias del hombre de que di cuenta en el primer capítulo del presente trabajo, sería de primerísima necesidad para los interesados todos en la reforma familiar (48).

Concluyo afirmando que el Derecho de Familia debe seguir basado fundado en la Ética, sólo que en una ética humanista y social renovada, abierta al progreso científico y al cambio social e ideológico.

FUENTES DEL DERECHO EXTERNO DE LA FAMILIA: EL CODIGO CIVIL DE 1888-1889

La base fundamental del Derecho de Familia español es el Código Civil.

No quiero traer aquí a colación la evolución de la Codificación de nuestro Derecho de Familia. Me basta apuntar que el Código fue obra de una transacción entre opuestas tendencias, tradicionalistas y extranjerizantes, unitarias y foralistas. Sin embargo, no cabe duda que la esencia de la organización familiar del Derecho castellano pasó a dicho cuerpo legal, sin más que accidentales retoques.

Es importante la crítica que, del Derecho de Familia contenido en el Código, hace LACRUZ BERDEJO (49).

«Como señala el profesor HERNÁNDEZ GIL, no se halla el Código civil exento de méritos. Concretamente, es de alabar que reconozca como obligatorio para los católicos el matrimonio canónico (art. 42)); que acate la potestad de la Iglesia para legislar sobre el matrimonio canónico y para conocer de los pleitos de nulidad y divorcio del mismo (arts. 75 y 80), y que en las materias comunes al matrimonio civil y al canónico, así como

(48) *Moralidades...*, cit., pág. 164: «El contenido de la moral ha de ser estudiado, al menos por de pronto, por las ciencias sociales y, en particular, por la antropología cultural.»

(49) *Ob. cit.*, pág. 15.

en la regulación civil complementaria de éste, siga un criterio ortodoxo. Es también digna de alabanza la regulación del matrimonio civil, calcada del Derecho canónico. En lo referente a la filiación es equitativa la presunción de legitimación de los hijos, y en materia de patria potestad su concesión subsidiaria a la madre, así como el papel que se asigna al Estado de simple ayuda de los padres o, en casos excepcionales, de defensa de los hijos contra éstos (arts. 156, 164 y 165). Incluso la organización de la tutela, criticable en cuestiones de detalle, obedece a un principio de tutela familiar más de acuerdo con nuestras concepciones que la tutela de autoridad. Son, finalmente, aciertos del Código Civil el derecho de alimentos entre parientes y los principios que informan la regulación del régimen matrimonial de bienes, especialmente el de libertad de capitular, y el establecimiento, como régimen matrimonial, supletorio, de la comunidad de gananciales.

Pero padeció el Código civil un error de sistematización al fraccionar el Derecho de familia, estudiándolo en los libros I y IV (en éste, el Derecho matrimonial de bienes), y en el pasivo del legislador del 88 hay que anotar también el no haber sabido llegar a un equilibrio más perfecto entre las normas del nuevo Código y las instituciones forales; la excesiva superioridad del marido en la comunidad conyugal y en la familiar, donde la mujer hubiera debido participar en la patria potestad; la diferencia de trato en materia de adulterio (art. 105 antiguo), etc. Pero más que en su aspecto axiológico es censurable el Código por su técnica deficientísima, según iré poniendo de relieve a lo largo de este libro.

Fuera de ello, una importante censura al Derecho familiar del Código Civil en su escasa influencia sobre el Derecho sucesorio, cuyo centro debió ser, y no es, la familia.»

Me permito hacer yo mi propia crítica del Derecho de Familia contenido en el Código Civil, desde el punto de vista de la concepción tridimensional del Derecho.

Dicha crítica debe necesariamente hacerse desde dos niveles cronológicos: si originariamente supuso tal cuerpo legal un atraso o un progreso en relación con la técnica jurídica y la inspiración filosófica europeas de su tiempo, y los defectos que el vivísimo cambio socioeconómico originado en nuestra patria en los últimos ochenta años ha dejado entrever en su articulado legal.

El cuadro sobre el que se articulaba la familia del Código Civil no desentonaba del resto de las codificaciones burguesas del siglo XIX. El modelo de la familia para dicho Código es, inconscientemente, el de la mesocrática o burguesa, en la que el padre es el único proveedor al sustento de sus miembros, probablemente a través de la propiedad terri-

torial, rústica o urbana, o de alguna artesanía o profesión. Las capitulaciones matrimoniales prevén las aportaciones de capital de los contrayentes, cuya constitución se pretende facilitar incluso con una forma especial no notarial (art. 1.324 Código civil), cuando su cuantía es inferior a la que se estima necesaria para constituir un patrimonio suficiente, a los precios de 1889, para alimentar una familia de clase media.

La esposa participa de la patria potestad, que se le otorga, de acuerdo con la progresiva fórmula de la ley del matrimonio civil de 1870, «en defecto del padre», fórmula que recoge la orientación tradicional del Fuero de Cuenca.

Pese a tal participación en la patria potestad, la familia toda se halla sometida a la autoridad del varón, ya que la potestad marital se reconoce bajo la fórmula del deber de obediencia de la esposa, unido al deber de protección del esposo (art. 57). Deber aquél jurídico, y éste moral que consagran jurídicamente la incapacidad de la mujer en términos generales, para realizar actos jurídicos sin licencia o poder de su marido (50).

Son excepciones notabilísimas a esta incapacidad que mejoran el sistema del Proyecto de Código civil de 1851, el reconocimiento de los parafenales de administración retenida por la mujer (art. 1.384) y la potestad doméstica de la mujer casada (art. 63), preferible en mucho al sistema francés de «mandato tácito» del marido para realizar los gastos necesarios para el normal funcionamiento del hogar.

El feminismo, ya existente y actuante en otros países en el penúltimo decenio del siglo XIX, donde incluso había producido cambios legislativos favorables a la condición de la mujer (Ley de 21 de mayo 1878 del Estado de Nueva York y de 18 de agosto de 1882 de Inglaterra, que abolieron la incapacidad de la mujer casada y establecieron el régimen de separación de bienes en el matrimonio, conquistas históricas trascendentales para la fecha) no influyó en nada en nuestros codificadores. La regulación restrictiva, patriarcalista de la ley del matrimonio civil de 1870, se infundió íntegra en el Código Civil. No podía ser de otro modo cuando en plena re-

(50) En brevísima síntesis, ESPÍN CÁNOVAS, *La capacidad jurídica de la mujer casada*, Salamanca, 1969, pág. 26, la define así: «La mujer casada: a) está sujeta a la obediencia del marido (art. 57), al que ha de seguir dondequiera que fije su residencia, excepto si la traslada a Ultramar o a país extranjero (art. 58), concediéndosele al marido la administración de los bienes del matrimonio por regla general (art. 59); b) la mujer ve restringida su capacidad a través de la representación procesal de su marido o la venia marital; c) respecto al régimen económico matrimonial se permite la libertad de estipulación, y, en su defecto, rige la sociedad de gananciales bajo la gestión marital, proyectándose la incapacidad de la mujer a sus bienes privativos a través de la licencia marital para los actos dispositivos y comparecencia en juicio.» Es muy objetable, a la luz de las contrarias opiniones de DE LA CÁMARA y DE CASTRO, su opinión de que «nuestro Código... siguió en general en esta materia el modelo francés.»

volución de 1868, PI y MARGALL afirmaba (51): «Hay ciertamente en los pueblos modernos... cierta tendencia no sólo a que la mujer sea política y literata, sino también a que entienda de industria y comercio. Pero en esos pueblos puede observarse que los lazos de la familia se relajan de día en día, que la mujer pierde sus bellas cualidades, de su sexo, sin adquirir las del hombre, y que, lejos de ser un elemento civilizador, pasa a ser un elemento perturbador... No es ése el camino que yo quisiera que la mujer siguiese: no fuera, sino dentro del hogar doméstico creo que debe llenar su misión. En el hogar doméstico tiene la mujer su teatro, su asiento, su trono.»

El matrimonio se basa en la confesionalidad católica del Estado, consagrada en el artículo 11 de la Constitución de 1876. Ello se aprecia en la redacción primitiva de los artículos 75 a 82, del Código Civil que establecen, desenvolviendo la fórmula del artículo 42 del Código, la plena competencia de la Iglesia para cuanto se refiera a las causas de nulidad y divorcio del matrimonio canónico. La dualidad de formas matrimoniales —canónica para los católicos, civil, para los que no profesen la religión católica, noción ésta de profesión cargada de implicaciones políticas según la diversa ideología de los partidos turnantes en el poder— se traduce en disposiciones administrativas posteriores que definen quiénes, y con qué requisitos pueden contraer el matrimonio civil.

El sistema de la Ley del Matrimonio civil de 1870, con la variante de ser el matrimonio civil subsidiario y no obligatorio, se considera una conquista histórica y según él se delinea la regulación del matrimonio civil por el Código.

El matrimonio sigue siendo indisoluble en su versión civil (art. 52), no admitiéndose la posibilidad del divorcio vincular que existía ya en Inglaterra y Estados Unidos, y que leyes recientes (6 de febrero de 1875 para el Segundo Reich Alemán; 27 de julio de 1884, para la Tercera República Francesa) habían introducido en otros países de Europa.

Hay que apuntar que, aparte de la mentalidad conservadora en materia familiar de los codificadores españoles, ni el Código Italiano de 1865, ni el Portugués de 1867, ni nuestra ley del matrimonio civil de 1870 conocieron tal institución que parecía a los ojos de la opinión pública como disolvente de la familia y de la sociedad.

Es muy posible que en el subconsciente de nuestros codificadores, la convicción de la vigencia sociológica de la profesión de catolicismo por la aplastante mayoría del pueblo español al tiempo de la codificación, influyera en la redacción de los preceptos del matrimonio civil. Parecía casi superfluo regular con detalle dicha institución, que sólo contraían

(51) *Informe sociológico sobre la situación social de España*, 1970, pág. 491.

grupos menos que minoritarios: marginales y casi marginados, de la sociedad de aquel entonces.

La parvedad casi esquemática del Código Civil en este punto, deja sin tratar innumerables problemas, sobre todo en materia de nulidad del matrimonio. Parece que con esta concisión, el legislador ha querido establecer una versión secularizada de la indisolubilidad sacramental del matrimonio canónico. Pero paradójicamente ha acentuado tal indisolubilidad, al hacer de imposible aplicación algunas causas de nulidad sobradamente consagradas en la jurisprudencia canónica y suprimir las válvulas de seguridad que para el matrimonio sacramental suponen la dispensa pontificia del matrimonio rato y no consumado, la anulación del matrimonio no consumado por profesión religiosa, y la práctica de los privilegios paulino y petrino, evidentes divorcios vinculares aunque el ordenamiento canónico repudie esta expresión. El sistema civil lleva al máximo rigorismo el principio canónico «el matrimonio goza del favor del Derecho», y prácticamente hace imposible la nulidad de un matrimonio contraído bajo la forma civil, por presumirse, vehementísimamente, su validez y ser de casi imposible apreciación las taxativas causas de nulidad que prevé el artículo 101 del Código.

La escasez de jurisprudencia que existe en la actualidad, después de más de ochenta años de vigencia del Código Civil, en materia de nulidad del matrimonio civil creo obedece, aún más que a la escasa vigencia sociológica del mismo, al convencimiento de los eventuales litigantes de la enorme dificultad de superar los obstáculos que el sistema del Código Civil opone al intento de obtener la nulidad de tal matrimonio.

La emancipación por matrimonio es una conquista progresiva de la Ley de Matrimonio Civil que se conserva en el Código.

La articulación del régimen económico matrimonial merece elogios por cuanto consagra una libertad de pactos verdaderamente flexible. La libertad capitular del artículo 1.315 ha sido unánimemente apreciada por todos los autores.

Casi unánimemente también se ha pretendido que tal libertad venía a aproximar el Código Civil a las legislaciones forales en las que regía un principio semejante (52).

(52) LACRUZ BERDEJO (*ob .cit.*, pág. 270, nota 3), por el contrario, afirma que GARCÍA GOYENA desconocía absolutamente los Derechos Forales, y el artículo 1.236 del Proyecto de 1851 lo único que hace es aplicar al régimen de bienes matrimonial la disposición general de tal proyecto que admitía que podían ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres. Lo prueba el hecho de que omita cualquier alusión a los Derechos Forales, que no fueron tenidos en cuenta a pesar de la experiencia que podían haber aportado al respecto en la regulación de la materia. Tampoco la base 22, de la cual arranca el artículo 1.316, pudo inspirarse en los Derechos Forales.

Con ello se introducía una progresiva mejora en el rígido sistema tradicional de las Partidas y en general de nuestro Derecho histórico que establecían con carácter forzoso el régimen de la sociedad legal de gananciales. Las capitulaciones matrimoniales castellanas sólo tenían sentido, en la opinión de los juristas tradicionales, para hacer constar en ellas aportaciones de los esposos e introducir ciertas variantes en el imperativo sistema legal matrimonial de bienes.

En la regulación de capitulaciones matrimoniales se aprecia claramente que no podrá pactarse nada que sea depresivo de la autoridad que respectivamente corresponda a los cónyuges en el matrimonio (art. 1.316 Código Civil). La concepción autoritaria del matrimonio y de la familia queda perfectamente delineada.

Fundándose en la autoridad del Code Civil francés, el legislador no admite la posibilidad de pactar capítulos después del matrimonio ni variar después del matrimonio los ya otorgados (arts. 1.320 y 1.321). Ello parece contradecir la tesis de que se pretendió equiparar en libertad capitular al régimen del Derecho Común con el de los Derechos forales, donde Aragón, Cataluña y Navarra reconocían la posibilidad de mudar los capítulos matrimoniales u otorgarlos después del matrimonio.

El régimen legal de bienes supletorio de primer grado es el tradicional de la comunidad legal de gananciales. Nuestro legislador, pese a consagrar la inferioridad de la mujer en el matrimonio, reconoció a ésta la participación en las ganancias del mismo.

No pudo ser ajena a esta consideración, aparte del respeto de la costumbre tradicional castellana, que reconocía a la mujer una cierta dignidad y consiguiente participación en las ganancias de la vida matrimonial (53),

(53) Creo que el hecho de que durante la Edad Media «las Españas» fueran una movable frontera donde a bote de lanza se granjeaban honra y hacienda —«a más moros, más ganancia»—, y donde la mujer—como la americana en la conquista del Oeste en el siglo XIX—tuvo forzosamente que participar en vida tan azarosa, en este «vivir desviviéndose» de su marido o padre, para asegurar la supervivencia de la familia, tuvo que influir decisivamente en la conservación de las comunidades matrimoniales de bienes características de las costumbres germánicas frente a la tendencia de establecer el régimen dotal romano de las Partidas y demás cuerpos legales romanizados—Forum Regni Valentiae, v. gr.—.

No cabe duda que aunque la dote romana fue conocida en la Península a partir de la recepción del *ius commune*, tal hecho no eliminó las diversas dotes germánicas o maritales—arras, excreix, etc.—ni las comunidades matrimoniales de bienes. La peculiar denominación de la comunidad matrimonial de bienes de Navarra—«conquistas»—explica gráficamente cuanto he querido decir en esta nota.

Pero es que España además, durante gran parte de la Edad Moderna, continuó siendo frontera abierta—las Indias—.

Las peculiaridades de nuestra morada vital explican, como quiere AMÉRICO CASTRO, el sentido de nuestras instituciones.

El reforzamiento del régimen de gananciales por la abolición por Carlos IV de las llamadas costumbres holgazanas cordobesas debe insertarse en este orden de consideraciones.

la consideración que el régimen de gananciales era el único justo para la mayor parte de los matrimonios que se contraían sin aportación de bienes alguna, contando los esposos con las fuerzas de su trabajo y con su capacidad de ahorro para levantar las cargas del matrimonio y granjear un patrimonio suficiente.

La existencia de una abrumadora clase proletaria y burguesa profesional o artesana sin bienes de fortuna al contraer matrimonio, típica de la España de la codificación civil, que innovaba el esquema de la familia propietaria territorial sobre el que se asienta su regulación, obligaba al legislador a prever su régimen de bienes, otorgándole un estatuto legal matrimonial que podemos calificar, en su filosofía fundamental—no tanto en su regulación concreta—como innovador frente al Derecho europeo entonces vigente, flexible, plenamente adaptado a la realidad socioeconómica de la España de la Restauración (54).

La ventaja del sistema español frente al legal francés—comunidad de muebles y adquisiciones—, italiano—separación de bienes y regulación de la dote romana inalienable—y portugués—comunidad absoluta de bienes—lo demuestra el hecho de que con posterioridad a nuestro Código Civil, Francia en su reforma de 1965, Portugal en su Código de 1967, y la mayor parte de los países socialistas, han establecido como legal—estos últimos como imperativa—la comunidad matrimonial de adquisiciones, sustancialmente, nuestra sociedad legal de gananciales. Italia ha pretendido otro tanto en su proyecto de ley unificado de reforma del Derecho de Familia presentado a la Cámara de Diputados en 1 de diciembre de 1971.

La adaptación de la comunidad restringida de bienes a la sociología de la familia nuclear urbana moderna es casi perfecta, y sólo puede competir con ella el régimen de separación de bienes con comunidad de adquisiciones, *Zugewinnngemeinschaft* de los parágrafos 1.363 y siguientes del B. G. B., redactados por ley de 21 de junio de 1957, de equiparación jurídica del varón y de la mujer; leyes sueca de 11 de junio de 1920 y finlandesa de 13 de junio de 1929, entre otros (55).

(54) ARANGUREN, en *Erotismo y liberación de la mujer*, Ariel Quincenal, Ediciones Ariel, S. A., Esplugues de Llobregat, 1973, pág. 132, afirma que «entrando ya de lleno en lo jurídico, el régimen de gananciales, que de no pactarse expresamente otra cosa es el que se da por supuesto por la ley española, es superior, y no demanda, necesariamente, una interpretación paternalista: la sociedad conyugal es—debe ser—una distribución por partes iguales del trabajo y las ganancias. Los Estados que en Norteamérica conservan este régimen de gananciales o *community property* son los que lo han retenido desde su pertenencia a España y luego a Méjico».

(55) Díez PICAZO, en Prólogo a *El régimen económico matrimonial legal en Europa*, de FERNÁNDEZ CABALEIRO, publicado por el Ilustre Colegio Nacional de Registradores de España, Madrid, 1969, pág. XII, parece hallar la posibilidad de construir en nuestra sociedad legal de gananciales el régimen de separación de bienes con comunidad en las ganancias. «En el sistema hacia el que se apunta,

Ello no quiere decir que nuestro Código fuera perfecto al tiempo de su publicación, pues dejaba escasamente protegidos los derechos de la mujer, que sólo podía hacer valer sus derechos al consorcio cuando el marido, en uso de sus facultades de administrar (art. 1.412) y disponer y obligar a la sociedad por actos a título oneroso (art. 1.413) hubiera realizado

cada cónyuge conserva la titularidad y el poder de gestión no sólo de los bienes aportados, sino de sus productos y de los rendimientos de su propio trabajo. La «comunicación» de las ganancias es una operación contable que se realiza al disolverse la sociedad.

Hasta qué punto ello representa una completa novedad es algo que yo por lo menos no sé muy bien. El sistema de comunicación de las ganancias está latiendo en nuestro Código civil y representa en él el estrato geológico más antiguo, al cual se superpuso posteriormente el sistema de comunidad de bienes. El artículo 1.392 es un reflejo fiel de aquella idea, lo mismo que el artículo 1.675. La idea primitiva de «partición de ganancias» se oscurece, sin embargo, a través de la exigencia de formación de un «fondo común» (bienes gananciales)...

La idea de Díez PICAZO es sugestiva y puede servir de precedente para una futura reconstrucción del régimen legal de bienes en el matrimonio. La separación de bienes con participación en las ganancias debe ser uno de los regímenes paccionables en las capitulaciones matrimoniales: respeta al máximo la personalidad de los esposos y conserva la idea fundamental de la comunidad de bienes: la participación en las ganancias. Evita los problemas que presenta la cotitularidad en la gestión y la disposición cuando los matrimonios están bien avenidos, como agudamente apunta Díez PICAZO.

La reforma del artículo 1.413 por Ley de 24 de abril de 1958 ha sido casi unánimemente repudiada por la doctrina: por supuesto que la filosofía que la inspira es correcta, superar la inferioridad de la mujer en el régimen de la sociedad legal de gananciales. Pero su aplicación práctica es engorrosa para los matrimonios bien avenidos—la mayoría—y nociva para los no avenidos—bloqueo por la esposa de la facultad de disposición del esposo de bienes inmuebles y establecimientos mercantiles—.

Sin embargo, para una futura reforma de los regímenes matrimoniales de bienes no parece prudente articular un sistema de separación con participación en las ganancias, con carácter de legal supletorio, en defecto del paccionado. Francia ha repudiado categóricamente tal sistema por estimarlo contablemente muy complicado y carente de aplicación práctica. Alemania tenía motivos especiales para intentar un vuelco tan decisivo—pasar del régimen de unidad de administración por el marido a separación con participación en las ganancias—: aplicar el principio constitucional de equiparación de sexos hasta sus últimas consecuencias; respetar la dignidad de la mujer y desenvolver jurídicamente tal principio filosófico, hollado bajo la legislación nacionalsocialista.

Si hemos de crear un Derecho evolutivo, el primer paso será reformar el régimen de la sociedad legal de gananciales, atribuyendo la gestión conjunta de ambos cónyuges, presumiendo que lo que hace uno de ellos en la ordinaria administración de la sociedad obliga a la comunidad cuando el otro no lo impugna, y, sobre todo, articulando un régimen matrimonial primario o de base, donde los intereses de los esposos, del consorcio conyugal y de los terceros quedan armoniosamente reglamentados.

La reforma del Derecho sucesorio deberá ir unida a la reforma del régimen matrimonial de bienes.

La separación con participación en las ganancias deberá ser uno de los regímenes paccionables en las capitulaciones, que, por supuesto, podrán otorgarse o modificarse, antes o después de contraer matrimonio, aunque habrá que pensar para ello en cumplir ciertos requisitos de plazo, publicidad y tal vez de autorización judicial.

actos «en contravención al Código o en fraude a la mujer». Tales derechos eran ilusorios, pues con posterioridad la jurisprudencia no otorgó ningún derecho a la mujer a controlar tales actos, sino a hacer valer sus derechos a la liquidación del consorcio.

La regulación de la dote era en exceso prolija e inadaptada al momento histórico en que fue redactado el Código. El régimen dotal fue declarado supletorio de segundo grado, en defecto del de la sociedad legal de gananciales, para los casos en que se contrajera el matrimonio contra las prohibiciones del artículo 45 del Código civil. Sin embargo, la enajenación de los bienes dotales—contra la técnica del Derecho francés e italiano de aquel momento—fue una medida progresiva de nuestro Código.

La dote obligatoria de las hijas, consagradora de una práctica antigua castellana, no era ni es muy adecuada a la moderna familia nuclear, fundada en el trabajo de los esposos, y podría despedazar el patrimonio familiar con la atribución de un capital o de una renta a la hija. Ello me confirma en la idea de que el Código contempla por lo general la familia burguesa propietaria, que constituye su modelo sociológico y tiene en poca consideración la familia proletaria o profesional que sólo dispone de sus fuerzas de trabajo.

Las normas internas familiares posteriores al Código han resuelto el problema sin mengua para el patrimonio familiar atribuyendo a la hija que se casa un ajuar doméstico o más modernamente «la entrada» de un piso. Si la familia es más modesta, la dote—tanto para las hijas como para los hijos—consiste en permitirles, durante un período más o menos largo, antes del matrimonio, que detraigan de los sueldos de su trabajo una cantidad para estos menesteres.

Lo que era apenas un intento de última hora del Código de corregir un error histórico—la introducción de la regulación de los bienes parafernales de la mujer en el sistema del Código, artículos 1.381 y siguientes, contra el criterio de los Proyectos de 1851 y 1882 que entregaban la administración de los bienes de la mujer al marido—merece elogios en su filosofía fundamental, aunque cree el complicado y bizantino sistema de los bienes parafernales de administración entregada al marido—resulta artificioso y poco práctico distinguirlos de la dote inestimada—y de administración retenida por la mujer, y éstos a su vez, administrados de hecho muchas veces por el marido, en unas condiciones distintas—¡cómo no!—de un administrador ordinario. Ello unido a la desconfianza del legislador en las facultades administrativas de la mujer (art. 1.388) y a la parquedad de sus preceptos, hacen que su regulación adolezca de fuertes contradicciones internas: administración libre por la mujer, pero intervención del marido en la enajenación de los bienes, por el instituto de

la licencia marital (art. 1.387), control de la administración de la mujer (artículo 1.388), entrega de la administración al marido (art. 1.384).

La contradicción sube de punto por cuanto que la dote, tanto la obligatoria como la voluntaria, han caído en absoluto desuso en las regiones de Derecho Común, y los bienes privativos que la mujer aporta al matrimonio son casi siempre parafernales. Su denominación y régimen legal, configurados como una excepción del régimen dotal, carecen de sentido hoy día.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, la de la Dirección General de los Registros y del Notariado y la doctrina de los autores se han visto coartadas por las contradicciones que apunto y por el excesivamente tímido intento de nuestro legislador de atribuir un ámbito patrimonial libre a la mujer casada. No ha sido el menor de los problemas la presunción de ganancialidad de los bienes matrimoniales que estableció el artículo 1.407 y que la jurisprudencia registral y la doctrina de los autores en general interpretaron de un modo demasiado rígido, y a veces contrario a la buena fe, cuando el marido confesó, sin probarlo fehacientemente, el carácter privativo de la mujer de determinado bien o precio que en el bien se invierte, sin probar concluyentemente tal carácter.

Con arreglo al tradicional principio *pater est is quem iustae nuptiae monstrant*, se presume hijo legítimo al nacido dentro de los plazos legales de la concepción, no admitiéndose contra dicha presunción más prueba que la imposibilidad del padre de haber tenido acceso con su mujer. Se regulan los supuestos en que el padre puede desconocer la filiación del hijo pretendidamente legítimo y en el que el hijo puede reivindicar tal paternidad.

La patria potestad se establece, sobre todo, a tenor de una tempranísima jurisprudencia interpretativa del Código, en beneficio del hijo, no del padre, como en el antiguo Derecho romano, aunque tal beneficio del hijo pertenece ya al histórico castellano, no menos que a la concepción liberal del Derecho foral aragonés.

Se dispone que el padre, y en su defecto la madre deben «alimentar, tener en su compañía, educar e instruir a sus hijos» y «corregirlos y castigarlos moderadamente» (art. 155).

Limitándome al capital deber de educación de los padres, debo hacer notar la enorme contradicción entre las palabras de la ley y la realidad socioeconómica de la familia española de fines del siglo XIX e incluso del momento actual.

La obligación legal se cumplía por la familia burguesa escolarizando a sus hijos en las elitistas escuelas de pago, predominantemente religiosas,

que existían ya en dicha época y que precisamente a partir de la misma se desarrollaron de un modo esplendoroso.

La educación de los hijos de las familias proletarias era otra cuestión. Como afirma el Informe Foessa (56) «no ha sido la falta de preceptos legales lo que ha impedido la total escolarización elemental en nuestro país.

Desde hace más de un siglo, los políticos no han dejado de prometer la solución al problema de la escolarización de todos los niños españoles a nivel primario, sin que sus previsiones se hayan cumplido desde entonces. Parece como si con la inclusión en la Gaceta de las disposiciones legales se considerase ya solucionado el problema... Por un lado caminaba con paso cansino la dura realidad de cada día y por otro, giraba el rigodón de leyes y decretos.»

La dura realidad era el porcentaje aterrador de analfabetos de la población española, que alcanzaba según TUÑÓN DE LARA (57) en 1887 al 71,50 por 100 de la población total.

Ello no significaba el total abandono por el Estado de la cuestión de la enseñanza: significaba que el Código contempla en su origen una educación de élites (58) adecuada a la estructura socioeconómica burguesa de la España de la Restauración. El Estado canovista pretende renovarse sin innovar nada de su estructura de poder: para ello crea un aparato educativo que cumple perfectamente este fundamental designio.

Ideas como la democratización de la enseñanza, el principio de igualdad de oportunidades, el derecho de todo niño a la educación, escapan totalmente al horizonte de los codificadores, pero no así al de los políticos regeneracionistas y de los pedagogos iluminados.

El derecho de corrección del padre se reconoce limitado, aunque la facultad del padre de poder detener al hijo por simple mandato no motivado no puede considerarse acertado ni siquiera a nivel de las ideas imperantes en el momento de la codificación. Se trata, en definitiva, de entregar, de hecho, el poder de corrección al padre para que éste lo ejercite según su conciencia, que se supone recta. El Estado interviene lo mínimo posible en el instituto de la patria potestad, y lo considera regulado por las pautas familiares—ciertamente autoritarias y paternalistas: moral victoriana—del momento.

(56) *Ob. cit.*, pág. 845.

(57) *La España del siglo XIX*, Librería Española, París, 1968, pág. 304.

(58) En 1860, según el *Informe sociológico* dicho, estudiaban bachillerato 20.000 niños en toda España (pág. 858), y en 1863, 8.770 jóvenes carreras universitarias (pág. 869). No obstante lo cual, la enseñanza de fines del siglo XIX, gracias a esfuerzos tan estimables como los de la Institución Libre de la Enseñanza, lleva a España a niveles culturales plenamente europeos y crea una élite intelectual que origina en el primer tercio de este siglo «la Edad de Plata» de la cultura española.

Se mejora algún tanto con relación al anterior Derecho el esquema de la filiación natural. Se concibe como derivada de una unión entre personas libres que no tiene por qué ser concubinaria, como exigía el Derecho tradicional castellano, sino puede ser circunstancial. Se establece por reconocimiento voluntario o forzoso de ambos padres o de uno de ellos.

El reconocimiento forzoso está rígidamente limitado para el padre, por el artículo 135. Por el contrario, el 136 permite investigar libremente la maternidad. Uno y otro atribuyen la patria potestad al padre o madre que reconoce al hijo, y atribuyen alimentos, apellidos y derechos sucesorios al hijo natural respecto al padre o madre, inferiores y derechos sucesorios a los del hijo legítimo, y sólo exigibles respecto del padre natural, nunca respecto de los parientes legítimos de éste.

Los hijos ilegítimos, esto es, aquellos que fueron engendrados por personas que no pudieron casarse al tiempo de la concepción, ni siquiera, con dispensa, carecen de *status* familiar y sólo pueden reclamar alimentos naturales—«auxilios necesarios para la subsistencia»—cuando la paternidad o maternidad se infiera de una sentencia firme dictada en proceso criminal o civil, o resulte de un documento indubitado del padre o madre en que expresamente se reconozca la filiación, o cuando se pruebe, respecto de la madre, el hecho del parto y la identidad del hijo.

El sistema de la filiación ilegítima del Código en su conjunto era restrictivo, incluso al nivel de las ideas de su época (59). Tuvo en cuenta sólo la regla prohibitiva de la investigación de la paternidad natural del Code Civil francés, olvidando la permisiva contenida en el Foral catalán. Sin embargo, afirma CARBONNIER (60), «esta prohibición fue criticada en el siglo XIX como moralmente chocante, permitiendo a los hijos de familia libertinos huir de sus responsabilidades y socialmente injusta dejando sin recursos a la madre soltera. La jurisprudencia había temperado el rigor de la ley utilizando los recursos del Derecho Común: ya dando validez como novación de una obligación natural el compromiso adoptado por el padre de atender el mantenimiento del niño, ya autorizando a la madre dolosamente seducida a reclamar a su seductor en virtud del artículo 1.382 (equivalente a nuestro 1.902) (comprendido el perjuicio sufrido por la carga del niño). Pero estos temperamentos no se aplicaban siempre, y al principio del siglo, la modificación del artículo 340 *la recherche de la paternité est interdite*

(59) Para una crítica del Derecho del reconocimiento de la filiación natural en nuestro Código, véase Díez PICAZO: *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, citados, vol. II, págs. 443 y sigs., y especialmente las conclusiones en págs. 460 y 461.

(60) *Droit Civil*, cit., tomo II, pág. 247.

era una de las reformas del Code Civil que reclamaba más vivamente la opinión de la izquierda».

En tal sentido, la ley francesa de 25 de marzo de 1896, mejoró la cuota sucesoria atribuida a los hijos naturales. Posteriormente, la reforma del artículo 340 del Code Civil estableció como causas que podían justificar la investigación de la paternidad natural, la violación o rapto, la admisión por escrito de la paternidad, concubinato notorio del padre y la madre durante el período legal de la concepción, la participación del padre, en calidad de tal en la educación y mantenimiento del hijo (Ley de 16 de noviembre de 1912).

En Italia, en que la regla de la prohibición de la investigación de la paternidad natural fue establecida por el Código de 1865, afirma UNGARI (61) que tanto los socialistas como los católicos a principios de nuestro siglo reivindicaron la investigación de la paternidad, partiendo de sus diversas filosofías. No obstante sólo el Código civil de 1942 estableció parecida regulación que la Ley francesa de 1912.

Hay que reconocer que nuestro Código no era excesivamente generoso en la regulación de la condición de los hijos ilegítimos no naturales, pero en todo caso la mejoraba con relación a las ideas imperantes en el siglo XIX. Porque el Code Civil francés, consagraba la regla de prohibición absoluta de la investigación de la paternidad y maternidad en aquellos casos en que el hijo era incestuoso o adulterino (art. 342). Ha sido preciso llegar en dicho país a la ley de 15 de julio de 1955, para reconocer a los hijos ilegítimos el derecho de alimentos que nuestro Código ya les reconocía.

En la redacción primitiva del Código Civil se seguía la tendencia restrictiva de la adopción, característica del Code Civil y del Código Italiano de 1865. Sin embargo, se mejoraba algún tanto la regulación del primer cuerpo legal, porque no se prohibía la adopción de menores y se atribuía la patria potestad sobre los mismos al adoptante. La regulación del instituto, no obstante, era deficiente, sus requisitos excesivos, sus efectos, oscuros—verbi gracia, el célebre pacto de institución de heredero del adoptado—e insuficientes. No creaba un estado civil que fuera equiparable al que originaba la filiación, legítima o natural—en lo que seguía al modelo francés—ni sentaba una base para mitigar el problema de los expósitos y abandonados.

Mucho se ha criticado por los autores el sistema de la tutela del Código Civil. Frente a los principios de tutela familiar, tutela orgánica y unidad de la guarda legal, se ha dicho que la unificación se ha conseguido de un modo

(61) *Il diritto di famiglia in Italia*, Società Editrice il Mulino, Bolonia, 1970, páginas 152 y 154.

muy relativo, y que hay grandes variantes en los diversos tipos de tutela del Código. La tutela orgánica se funda en la preeminencia del Consejo de Familia, órgano soberano y clave del sistema, que entorpece la labor del tutor, haciéndolo ejecutor de los acuerdos del mismo, y por otra parte, carece de competencia técnica jurídica característica del órgano judicial. Finalmente, la tutela familiar, basada en el parentesco—real o presunto—del tutor, protutor y miembros del Consejo de Familia con el pupilo, carece de arraigo en nuestro Derecho patrio, siendo una implantación directa del Código Francés. En conjunto el sistema es inoperante y la tutela sólo se constituye cuando hay que enajenar bienes del menor, no siendo vivida no constituida en los casos en que el pupilo carece de bienes.

Sin embargo, en descargo del Código puede afirmarse que si el sistema de tutela familiar ha sido un fracaso, no fue mejor en el antiguo Derecho el de la tutela de autoridad (tutor y juez). La falta de aplicación práctica de la institución en los casos en que el pupilo carece de bienes es también apreciada por los autores franceses. «La tutela del Código Civil, afirma SAVATIER, protege un patrimonio más que la persona de un menor.»

«En la tutela, especialmente, o a propósito de la interdicción judicial de los locos, el Código se interesa más por la fortuna que por la persona del incapaz. Y cuando se trata del menor emancipado o débil de espíritu, no protege sino los bienes (arts. 471 y siguientes, 513 y siguientes), dejando, si se da el caso, la persona a la deriva» (62).

De modo más terminante CARBONNIER (63) señala que «la idea primitiva de una tutela destinada a asegurar los intereses de los herederos presuntos no era tan extraña al Code Civil de 1804 como lo es a nuestra sensibilidad. No hay sino pensar en el papel del Consejo de Familia donde las dos líneas se supervisan y en la prohibición de enajenar sin su autorización los inmuebles del menor (esto es, prácticamente los que le habían sido deferidos por sucesión de sus padres). La clave del sistema era más bien la conservación de los bienes en las familias que la protección del niño.» Ha sido preciso llegar a la Ley de 14 de diciembre de 1964 para ver definida la tutela como «protección debida al niño.»

Frente a tal filosofía materialista del Code, la afirmación del artículo 199 de nuestro Código Civil, de ser el objeto de la tutela, «la guarda de la persona y bienes o solamente de los bienes» del pupilo, destacando el aspecto personal de la relación entre tutor y pupilo, la obligación del tutor contenida en el artículo 264,2 de procurar por cuantos medios proporcione la fortuna del loco, demente o sordomudo, que éstos adquieran la capacidad, las determinaciones personales que contienen los tres pri-

(62) *Las métamorphoses économiques et sociales du Droit Privé d'aujourd'hui*, Seconde Série, París, Dalloz, 1959, pág. 9.

(63) *Droit Civil*, cit., II, pág. 400.

meros párrafos del artículo 269, demuestran que no es tan denostable ni tan carente de méritos en este punto, en su pensamiento fundamental, nuestro Código Civil. La intervención de la autoridad judicial no es en su sistema puramente formularia y carente de trascendencia, sino «se le atribuyen explícitamente por la ley funciones importantísimas y a fondo, dentro de la vida tutelar... A nuestra jurisprudencia se debe el desenvolvimiento dado a la tutela de familia, evitando los estragos que el exceso de autonomismo familiar podría haber producido, e infiltrado armónicamente dentro del sistema las funciones de la Autoridad judicial, suprema garantía del orden jurídico» (64).

La regulación del Derecho de Familia por nuestro Código civil era, en cierto modo, adaptada a la realidad familiar española del último decenio del siglo XIX, y más progresiva que el antiguo Derecho castellano y que la mayor parte de las codificaciones demimonónicas. Puedo hacer mías las palabras de FEDERICO DE CASTRO (65) al afirmar que el Código, «es, en todo caso, uno de los textos mejores de la excelente legislación civil decimonónica; superior siempre a la producción científica del tiempo. Sus autores tenían gran experiencia práctica y, a pesar de lo desfavorable de la época, supieron conservar la esencia tradicional del Derecho civil y hacer elegantemente, con mínimos medios, una obra útil y española».

Creo que el reproche máximo que puede hacerse al Código es el que podríamos llamar su inmovilismo. Se le podrían aplicar las palabras que dijo en el siglo XVII Gracián en *El criticón*, al afirmar que España «se está como salió de las manos del Creador sin que lo hayan mejorado cosa alguna desde entonces sus moradores». Nada ha cambiado para el legislador en la familia española, pese a que los sociólogos afirmen lo contrario y creo haber dejado constancia de sus opiniones en los capítulos anteriores. Los usos familiares se han revolucionado desde fines del siglo XIX, pero por lo visto el legislador cree que es mejor continuar apegado a viejas fórmulas familiares autoritarias, quizá por razones de estabilidad y paz social.

Me remito a lo que dije en «La derogación del antiguo artículo 321 del Código Civil por Ley 31/72 de 22 de julio y la necesaria reforma del Derecho de Familia español» (66):

«El Derecho familiar español está en crisis. La vestidura jurídica que la familia española se endosó en la penúltima década del siglo XIX pese a algunos zurcidos y reparaciones de detalles, estalla por todas sus cos-

(64) BONET RAMÓN, *ob. cit.*, págs. 754-755.

(65) Compendio citado, pág. 50.

(66) Separata del *Anuario de Derecho Civil*, 1972, págs. 1160 y 1161.

turas y no puede seguir regulando con justicia las relaciones familiares de una sociedad en agudo proceso de cambio.

Si como consecuencia de la ley que comentaré el legislador español toma conciencia de tal crisis, y que urge actualizar dicho Derecho, bienvenida sea. Si por el contrario pretende reñir una batalla de retaguardia y reafirmarse en la postura conservadora—«España es diferente al resto del mundo en su Derecho de familia»—mucho temo que la crisis se agravará de tal modo que en muy pocos años tal derecho irá por un lado y la realidad familiar española por otro.

Pero en este último caso es preciso que los sociólogos evalúen empíricamente los «costos humanos» que tal disparidad lleva consigo. El Derecho es instrumento de liberación, de paz y de justicia si se adapta a la sociedad a la que pretende controlar; de opresión y dureza si desconoce el proceso de cambio social. Las tensiones sociales nada ganan al ser ignoradas: más bien se enconan».

OTRAS FUENTES DE DERECHO EXTERNO DE LA FAMILIA

1) *Derecho mercantil de la familia*

De antemano excluyo de mi análisis extremos de importancia para el Derecho de Familia Patrimonial, como son los referentes a la capacidad de la mujer casada, menores e incapacitados para ejercer el comercio, los créditos dotales y parafernales de la mujer y su preferencia en la del comerciante, la inscripción de las capitulaciones matrimoniales y de las aportaciones matrimoniales de la mujer en los diversos registros públicos, y sus efectos, extremos todos contenidos en el Código de Comercio de 1885.

En la medida en que existe una disciplina especial, separada y autónoma del Derecho Civil, como es el Derecho Mercantil escapan de la competencia directa del civilista, aunque creo que un análisis totalizador del fenómeno jurídico familiar, en modo alguno puede preferir tales problemas, cuando materias no estrictamente dogmáticas jurídicas, como son la Filosofía del Derecho o la Sociología jurídica, no son extrañas a su examen. El Derecho es uno, y no puede ser compartimentado artificiosamente, con mengua de la intrínseca unidad de los problemas concretos, por los diversos especialistas.

Aparentemente, la línea de demarcación de dichos cuerpos legales es clara: en la medida en que supongan tales preceptos una innovación respecto de las reglas de Derecho Común pertenecerán al Derecho Mer-

cantil; en aquellos puntos en que el Código de Comercio calle, el Derecho Común, esto es, el Código Civil, y en definitiva su elaboración científica, el Derecho Privado general suplirá sus deficiencias, unas veces no intencionadas y muchas veces, conscientes (art. 2.º y 50 CCom).

El Derecho Mercantil no puede permanecer ajeno, por lo demás, a los análisis del Derecho Privado general en esta materia. Hay un evidente riesgo de que los civilistas y mercantilistas den de lado tales estudios, precisamente por su carácter fronterizo entre dos grandes cuerpos del Derecho Privado. La coordinación interdisciplinaria en la investigación de esta materia debiera ser lograda, y creo puede ser un buen augurio en tal sentido, la existencia en nuestras facultades del Derecho de Departamentos de Derecho Privado, en que se integran el Derecho Mercantil y el Civil.

Es evidente que el Derecho Mercantil en este punto ha de recoger la técnica más avanzada del Derecho Civil, elaborado con los importantes aportes de la Sociología jurídica, de la Historia del Derecho y de la Filosofía jurídica. Es claro que los mercantilistas no tienen por qué duplicar las investigaciones de los civilistas al respecto, y sí sólo aprovechar sus conclusiones para lo que es su cometido específico: hallar aquel sustrato mercantil, irreducible al Derecho Común, en las normas a que me he referido.

¿Cuáles son las exigencias que el tráfico mercantil, singularmente el profesional del comerciante o de la empresa comercial societaria, impone a las normas del Derecho de familia? ¿De qué modo influyen los principios de formalismo, agilidad en la contratación, seguridad en el tráfico, tendencia al negocio a plazo fijo y demás características del Derecho Mercantil en el Derecho patrimonial familiar, y en los estados civiles de la mujer casada, menor de edad o incapacitado, conectados indisolublemente con el *status* familiar de sus miembros?

¿De qué manera el cambio social del tiempo presente puede producir trastornos en la seguridad jurídica del tráfico mercantil, si las normas del Derecho Común en las que se asienta el Derecho Mercantil familiar resultan inadecuadas a tal cambio? ¿Puede por más tiempo, ser dudoso que la mujer casada pueda ejercer el comercio con autorización judicial, supletoria de la licencia marital? ¿Cómo ha incidido la Ley de 22 de julio de 1961 en el Derecho Mercantil familiar? ¿Puede seguir siendo dudosa la capacidad del menor de edad emancipado para ejercer el comercio? ¿Pueden quedar olvidados los intereses familiares de los pequeños comerciantes de mantener indivisa la empresa a la hora de abrirse la sucesión de la empresa familiar, porque una legislación sucesoria poco flexible no los tenga en consideración?

Es evidente que el mercantilista debe plantear reivindicaciones al De-

recho Común familiar, en la medida en que los intereses generales del tráfico mercantil se vean atrapados en la tenaza que forman las anticuadas normas de nuestro Derecho de Familia y las exigencias vehementes del vivísimo proceso de cambio social e ideológico del tiempo presente. Y creo, que prescindiendo de «capillismos», la coordinación interdisciplinaria en la investigación del Derecho Mercantil familiar debe ser lograda, y las demandas al poder público de que sea reformado el Derecho de Familia español, hechas conjuntamente por juristas civilistas y mercantilistas.

2) *Derecho administrativo familiar*

Tampoco es mi propósito hacer un análisis detallado de la legislación relativa a la materia familiar o que de algún modo tiende a proteger el interés de la familia, posterior a la promulgación del Código Civil. Definidas las grandes relaciones familiares en el Código civil—relación conyugal, paternofilial, tutelar, parental—, las leyes posteriores «extravagantes» no pretenden delinear una familia diversa de la estereotipada en tal cuerpo legal, sino subvenir a sus necesidades, otorgándole la protección del ordenamiento jurídico implícita en el milenarismo principio de «favor *familiae*».

Principio que ha sido recogido, ya en plano constitucional, por todas las leyes fundamentales de los países civilizados, a partir de la primera guerra mundial, cuando las exigencias del cambio social, el fenómeno del urbanismo, y la proletarización creciente de los países más adelantados, hacían absolutamente imprescindible la articulación de una política familiar en el cuadro del reconocimiento de los derechos sociales por las Constituciones.

En tal sentido fue modélica la Constitución de Weimar de 11 agosto 1919 al considerar el matrimonio como base de la vida familiar, y de la conservación y desarrollo del pueblo, colocándolo bajo la protección de la Constitución (art. 119), al declarar que el matrimonio descansa sobre la igualdad de derechos de ambos sexos (art. 119, ap. 1, proposición 2.ª) y al prever una mejora del derecho de los hijos habidos fuera del matrimonio (art. 121).

Nuestra Constitución republicana de 1931, se hizo eco de esta tendencia del Derecho comparado de su tiempo. Es sabido que la redacción de la alemana de Weimar influyó decisivamente en ella. El artículo 43 proclamó que la familia estaba bajo la salvaguardia especial del Estado, que el matrimonio se funda en la igualdad de sexos y que era disoluble. Se equiparaba los hijos habidos del matrimonio y los extramatrimoniales. Las leyes civiles regularían la investigación de la paternidad.

El nuevo Estado reafirmó—desde su punto de vista de la teoría orgánico-institucionalista—su protección a la familia (vid. Declaración XII, punto 3.º del Fuero del Trabajo de 9 de marzo de 1938; art. 22 del Fuero de los Españoles, de 17 de julio de 1945 y Ley promulgadora de los principios del Movimiento Nacional de 17 de mayo de 1958).

Interesa, más que un estudio de los textos, de evidente carácter programático, el desarrollo de los mismos en la legislación ordinaria (67).

Aunque no cabe duda que algunas de las disposiciones posteriores al Código pueden considerarse genuino Derecho Privado, Derecho Civil, por regular la esfera íntima de las relaciones familiares y no su economía externa, lo cierto es que la parte más importante de las mismas son disposiciones administrativas o, en su caso, pertenecientes al Derecho laboral, nueva rama desgajada del viejo tronco del Derecho Común.

¿Cuál ha de ser la postura del civilista ante tales disposiciones legales que afectan a la familia?

¿Es admisible decir: «ahora bien, por importante que sea esta legislación favorable a la familia, no es Derecho de Familia (68)», y por tanto, no ha de ser estudiada en los tratados doctrinales que estudien predominantemente el Derecho privado familiar?

Creo que de nuevo el civilista ha de adoptar una posición semejante a la que resalté respecto del Derecho Mercantil familiar. No es admisible que por más tiempo el Derecho Administrativo familiar (69) permanezca descuidado por civilistas y administrativistas, como materia situada a caballo de dos ordenamientos. Aquí es evidente que la colaboración interdepartamental de la investigación de los civilistas y administrativistas es más indispensable que en el caso del Derecho Mercantil familiar, pues al fin y al cabo, el Derecho Mercantil sigue siendo Derecho Privado, lo que no ocurre con el Derecho administrativo.

El civilista no puede, en modo alguno, dejar de lado el estudio del Derecho administrativo familiar, pues la familia española del momento actual, sobre todo la de clase media o proletaria, desde su fundación por el matrimonio hasta su extinción por la muerte de cualquiera de los cónyuges, pasando por todas las vicisitudes de enfermedad, maternidad, educación de los hijos, adquisición de una vivienda protegida por el Estado, en suma, para casi todos los actos que no sean de consumo corriente, tropieza con normaciones administrativas, que pesan de un modo

(67) Para una síntesis de dicha legislación, vid. BONET RAMÓN, *ob. cit.*, páginas 32-37.

(68) LACRUZ BERDEJO, *ob. cit.*, pág. 19.

(69) Emplea esta denominación W. G. FRIEDMANN en su obra *El Derecho en una sociedad en transformación*, Fondo de Cultura Económica, México, 1966, página 273. Es la traducción de la obra mundialmente famosa *Law in a changing society*.

abrumador en la economía doméstica, y que son tenidas cada vez más en cuenta por los miembros responsables de la misma.

Una visión totalizadora del fenómeno jurídico familiar obliga al civilista: en primer término, a denunciar el problema, la nebulosa doctrinal del Derecho Administrativo familiar inconcebible cuando una fracción importantísima de las «transferencias sociales» o redistribución de la riqueza por el Estado se realiza en el marco de tal Derecho (70); y en segundo a prestarse a facilitar al jurista administrativista las bases sociológicas, dogmático-jurídico privadas y filosófico-jurídicas sobre las que ésta pueda realizar su análisis publicístico específico. La noción de familia moderna—creo que el Derecho administrativo familiar no contempla sino la familia nuclear o conyugal—sus fines, las diversas filosofías familiares, las *mores* familiares del momento, el influjo del cambio social en la estructura familiar—democratización de la familia, emancipación de la mujer y de los hijos adolescentes—, y la dogmática jurídica de las relaciones familiares, deben ser suministrados por el civilista al administrativista para que éste sistematice el Derecho Administrativo familiar.

Creo que en la configuración de tal rama singular, especializada del Derecho Administrativo se deben decantar los principios adecuados a la realidad familiar que no sean a su vez contradictorios con los que presiden el Derecho Administrativo común.

El principio básico de tal rama especial del Derecho Administrativo debe ser el de respeto a la autonomía familiar. Creo haber dejado suficientemente aclarado que el Derecho interno familiar debe ser consagrado, respetado, por el ordenamiento jurídico, y consiguientemente, por el administrativo. La recta autonomía familiar debe ser inviolable, siempre que la familia tenga medios de expresión de una voluntad real, sustancial, no viciada por la escasa formación de sus miembros responsables, la presión propagandística de los medios de masas incontrolados, la constante incitación de la sociedad de consumo o su desfavorable colocación en la pirámide de la estratificación de la sociedad. Tales obstáculos a la formación de una voluntad sustancial de la familia deben ser removidos por los medios de un Estado de Derecho de una sociedad pluralista.

Conciliar el principio de la subsidiariedad de la acción administrativa, corolario del reconocimiento de la autonomía familiar, con el principio del orden público familiar, que impide que se descarte el *mínimum* ético consagrado por el Derecho estatal de la familia—abandono de sus

(70) No sería excesivo calcular en un 10 por 100 del total volumen del producto nacional bruto la parte del rendimiento económico nacional que se transfiere a la familia por medio de la seguridad social y por otros conductos (desgravaciones de impuestos, pensiones, becas, transportes públicos bonificados, atribución de viviendas de protección oficial, etc.).

deberes por los padres y esposos, ineducación de los hijos, conculcación grosera del deber de alimentos hacia los parientes más próximos—dará la medida de la prudencia de una política familiar.

Pero es obvio que sólo los juristas—civilistas y administrativistas conjuntados—pueden facilitar al legislador los cauces jurídicos para una tal política familiar, fundados en una filosofía humanista (71). De la clarividencia y preparación de tales juristas—y del control de su quehacer en el marco de un Estado de Derecho—pueden derivar, bien el bienestar, bien una peligrosa anomia de la familia española (72).

Problema característico del Derecho Administrativo familiar español, que quizá haya contribuido en gran manera a que permanezca en la nebulosa doctrinal que he apuntado, radica en que un sector importantísimo de sus disposiciones se halla, a su vez, discutido por los administrativistas y los especialistas en Derecho laboral. Me refiero al Derecho de la seguridad social, en gran parte influido por consideraciones y motivaciones de protección a la familia del trabajador asegurado.

En los países extranjeros en que la seguridad social está más avanzada que en España, esta rama del Derecho se aleja más y más del Derecho laboral clásico, y conquista progresivamente su autonomía. La seguridad social no concierne sólo a los asalariados, sino a categorías sociales progresivamente en aumento, al margen de su calificación de trabajadores por cuenta ajena. Es evidente que en tales países, el Derecho de la seguridad social no puede considerarse como una simple rama especializada del Derecho laboral.

Por otra parte, «la ambición de las políticas contemporáneas implica una intervención creciente de los poderes públicos en los mecanismos de la seguridad social, cuyas instituciones deriven de la noción de servicio público y cuyo derecho bascula por tanto, poco a poco, en el Derecho público». En suma, «aun cuando esta doble evolución esté todavía en curso, se puede, por tanto, considerar que el derecho de la seguridad social no es un compartimiento particular del Derecho del

(71) ERNEST WOLF (en su artículo «Das Begriff Familienrecht», publicado en 1968 y citado en RIGAUX, *Les personnes*, tome I, Bruselas, Maison Ferdinand Larcier, S. A., 1971, pág. 89, *Les relations familiales*) afirma que lo que en las relaciones familiares bajo sus dos formas (esposos y padres e hijos) constituyen a la vez el derecho y la obligación de cada uno de sus compañeros, es de contribuir a que el otro pueda, conforme a sus disposiciones naturales y a sus cualidades adquiridas, siendo hombre, mujer o niño, existir en cuanto persona. Existir como persona significa tomar sus decisiones libremente, sin estar dependiente en virtud de un vínculo causal.

Creo que en tal sentido debe orientarse una política humanista de la familia.

(72) Sobre el Derecho Administrativo familiar—principios, autonomía pedagógica o docente, legislativa y científica—véase mi trabajo, publicado en esta Revista, «Notas para una introducción al Derecho de Familia», año XLIX, septiembre-octubre 1973, núm. 498, págs. 1105 y sigs.

trabajo y tiende a constituir una rama particular del Derecho Público (73).

Sin embargo, esta doble evolución todavía no se ha producido en España con los caracteres de nitidez que presenta en Francia y en general, en el resto de Europa Occidental. Así, ALONSO OLEA (74) afirma que «si la seguridad social es, o deja de ser, parte integrante del Derecho del Trabajo o del administrativo, o si tiene entidad bastante para prestar su base a una disciplina jurídica autónoma, es tema a plantear con referencia a cada ordenamiento jurídico en particular. Respecto del nuestro en concreto, aun después de promulgada la Ley de Seguridad Social, es tan notorio, que tanto el sistema como el régimen general de la seguridad social están ligados en sus líneas esenciales al trabajo por cuenta ajena, que subsisten riesgos específicos sólo pensables respecto de éste y que, aunque haya extensiones de la cobertura... opera como aspiración a lograr respecto de las demás personas protegidas, que resulta artificiosa la autonomía y sumamente aventurado en una fase crítica de la noción del servicio público imposter en ella algo tan especializado, tan complejo y se insiste, tan ligado a la relación de trabajo, como es nuestro régimen de Seguridad Social».

No debe sino lamentarse tal panorama de nuestro Derecho de la seguridad social. El peso e incidencia de la seguridad social en nuestra economía es creciente. El porcentaje del presupuesto público en los gastos de la misma, es totalmente inadecuado.

La necesidad de que la familia se vea protegida frente al infortunio por una adecuada seguridad social, cada vez más apremiante. La regulación de tal protección en el marco del Derecho laboral, como un simple apéndice de un contrato de trabajo, totalmente anacrónica e inadecuada. De nuevo el Derecho ha quedado desbordado ante el cambio social, que demanda del poder público una seguridad social consecuente con la condición de administrado de su beneficiario, de persona físicamente residente en el territorio nacional, trabaje bajo contrato de trabajo o de otra forma o incluso no trabaje. La seguridad social debe ser un servicio público, extensible a todos los administrados y no un privilegio compensador de las desventajas de una clase social específica como es la asalariada. Nociones como la del «impuesto negativo», que dotaría a todo administrado de un complemento de sus ingresos insuficientes, inserto en la regulación del impuesto sobre los rendimientos del trabajo personal, dejan obsoleto, periclitado, el viejo concepto de la seguridad social, como mero apéndice del Derecho laboral.

(73) JEAN JACQUES DUPEYROUX: *Sécurité sociale*, París, Sirey, 1963, pág. 24.

(74) *Instituciones de Seguridad social*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1972, pág. 32.

Es claro que tal noción puesta al día del Derecho de la Seguridad Social permitiría agrupar sus preceptos protectores de la familia con los restantes que integran el Derecho Administrativo familiar.

3) *Derecho jurisdiccional familiar*

Creo importante hacer una referencia a lo que podía llamar «Derecho jurisdiccional familiar», en su doble vertiente orgánica y procedimental.

No basta conocer las normas positivas que regulan el ámbito interno, la estructura de la familia, y su funcionamiento externo, singularmente en el ámbito económico. Es preciso conocer también las distintas instancias judiciales o arbitrales que pronuncian el derecho en los conflictos familiares y dictan la regla adecuada al caso concreto.

En nuestro Derecho, el conocimiento de las causas de nulidad y separación de los matrimonios canónicos de la dispensa del matrimonio rato y consumado, y del uso y aplicación del privilegio paulino, corresponde exclusivamente a la jurisdicción eclesiástica, conforme al procedimiento canónico, y sus sentencias y resoluciones firmes tendrán eficacia en el orden civil (art. 80 C. C.).

Corresponde, por el contrario, a la jurisdicción civil, dictar las medidas provisionales durante la tramitación del proceso canónico (art. 81), y ejecutar las sentencias y resoluciones firmes que emanen en dicha jurisdicción (art. 82). Asimismo conocerán los tribunales civiles de los pleitos de nulidad de los matrimonios civiles, adoptando las medidas provisionales y fallando y ejecutando lo juzgado (art. 103), y de los de separación y sus incidencias (art. 107).

La jurisdicción ordinaria civil aplica asimismo el Derecho Familiar no matrimonial, si bien lo relativo a la protección de los menores de dieciséis años compete a los Tribunales de menores, organismos especializados en el seno de la jurisdicción ordinaria, pero que funciona al margen de las normas de procedimiento clásico de los procesos civiles.

Salta a la vista la complejidad de nuestro Derecho jurisdiccional familiar, que es sólo un nombre, en nuestro ordenamiento jurídico. No es posible hoy por hoy hallar normas homogéneas, principios jurídicos coherentes, entre dos cuerpos jurídicos tan dispares en su evolución histórica y sentido institucional, como son el ordenamiento español y el Derecho canónico.

El extremo arcaísmo del procedimiento canónico, bueno quizá ¡para el siglo XIII!, pero de ninguna manera equiparable al bien organizado aparato de la justicia española, la dispersión de los tribunales canónicos—uno para cada diócesis, hasta para algunas minúsculas del centro

y norte de España, en proceso de desertización—que impide la especialización de los jueces canónicos en la materia matrimonial, la forma de retribución de los jueces diocesanos, la intervención aplastante del defensor del vínculo en los mismos, la aplicación del principio *matrimonium gaudet favore iuris*, que hace sumamente difícil la declaración de nulidad, crean en unión de la religiosidad sociológica de la inmensa mayoría del pueblo español y el hecho estadísticamente incontrovertible que la inmensa mayoría de los matrimonios hoy constituidos en España sean canónicos, una situación verdaderamente grave para los esposos que pretenden anular su matrimonio o, simplemente, separarse legalmente.

La Sociología jurídica debe constatar la incidencia que tales deficiencias provocan en la observancia de la Ley canónica en caso de conflicto conyugal. Pero es consternadora la carencia de noticias acerca del número de esposos separados de hecho, en relación con el de separados legalmente.

No parece que en España tengan acogida en un futuro próximo la idea de que el conocimiento de las causas de separación del matrimonio, canónico o civil, sea de competencia de los Tribunales civiles. Tal idea, que no sería sino la actualización de la solución dada al problema por el proyecto de Código Civil de 1851, artículo 75, permitiría posiblemente reducir la incidencia de la separación de hecho de los esposos en la vida social española, evitando las numerosas situaciones de anomia al respecto, que crecen de día en día en número.

Probablemente, tal ampliación de la esfera de las atribuciones de los tribunales ordinarios en materia matrimonial, permitiría un cierto desenvolvimiento de la jurisprudencia matrimonial de los Tribunales civiles, tan escasa y sin contenido en la actualidad, y daría ocasión a que el Derecho procesal familiar saliera de la nebulosa en que se encuentra.

Los estudios científicos de la realidad familiar sentarían las bases de un proceso dotado de principios *sui generis*, en modo alguno plegado al principio dispositivo característico del procedimiento ordinario, pero donde la idea de la familia como institución superior a sus miembros, cuya unidad y estabilidad formales externas hay que preservar a todo trance aunque sus miembros singulares sean infelices o se destruyan psicológicamente unos a otros, quedará reducida a sus justos términos: a la protección de los singulares miembros de la familia, especialmente los más débiles, a su promoción y a asegurar su bienestar.

El Derecho estricto sería lo último que el juez pronunciaría en un conflicto familiar. He dicho en otro lugar (75): «Donde bastara el asis-

(75) *Notas...*, citado, pág. 1152.

tente social, no debería intervenir el juez; donde el juez en trámite de jurisdicción voluntaria pudiera componer justamente los intereses familiares en juego, no debiera actuar en vía contenciosa; donde fuera conveniente fallar en equidad, proponer arreglos amistosos o conciliar los intereses en pugna, no debiera fallar según Decreto estricto, de acuerdo con el principio dispositivo.»

Ahora bien, la articulación de un tal proceso familiar obligaría a la regulación adecuada de un cuerpo de jueces o tribunales especializados en Derecho de Familia en el seno de la jurisdicción ordinaria, aprovechando la experiencia de los Tribunales Tutelares de menores, pero ampliando considerablemente su ámbito de competencia, hasta abarcar todo el Derecho Familiar, al menos el de competencia estatal.

Por supuesto que antes que reformar en su totalidad el procedimiento y el aparato judicial de las controversias familiares, habría que intentar reformar el Código civil y la legislación familiar toda. Pero no es posible preterir por más tiempo la iniciación de experiencias como las realizadas en Francia, donde en Lila y Burdeos se han creado tribunales familiares entre 1963 y 1965 (76).

(76) JEAN CHAZAL, en *Les droits de l'enfant*, París, P. U. F., 1969, págs. 116-118, afirma: «Es particularmente interesante subrayar que entre 1963 y 1965 dos salas especializadas en materia de Derecho Familiar han sido organizadas a título experimental en el seno de dos Tribunales de apelación importantes: los de Burdeos y Lila. El conocimiento de los procedimientos de divorcio, de adopción y de adopción plena, de pérdida de la patria potestad, delegaciones judiciales de patria potestad y decretos en materia de guarda de niños les han sido atribuidas.

El presidente MARTAGUER, que ha presidido durante cinco años la sala familiar de Burdeos, y el presidente ALLAER, que preside la de Lila, han comunicado sus experiencias. Los resultados obtenidos han sido muy alentadores... Las experiencias bordelesa y lilesa muestran que la institución de las salas familiares representa un neto progreso en la perspectiva de una buena administración de justicia y de una protección judicial de la infancia adaptada a los progresos realizados por las ciencias humanas en el curso de estos últimos treinta años. Ha llegado el momento de que el legislador se haga cargo del problema e instituya en el plano nacional salas familiares.»

FRIEDMANN (*ob. cit.*, págs. 242 y sigs.) afirma que «el principio de un tribunal familiar unificado, que entendería en los múltiples aspectos de la ruptura de la familia con procedimientos de no adversario, ha sido, no obstante, objeto del estudio y de la experimentación más intensos en los Estados Unidos... La necesidad de que una sola institución aplique un tratamiento unificado a cuestiones como la delincuencia juvenil, las relaciones de ayuda entre marido y mujer o entre parejas no casadas, el divorcio y otras formas de disolución del matrimonio, la custodia de los niños y la adopción, ha sido reconocida como muy apremiante por todos los investigadores prácticos serios». Una Comisión legislativa conjunta del Estado de Nueva York dictaminó en 1958 sobre la necesidad de sustituir la proliferación de jurisdicciones familiares por un tribunal familiar unificado.

LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO Y EL DERECHO DE FAMILIA

1) *Importancia de los principios generales del Derecho en el derecho de familia*

Fuente jurídica diversa de la ley y de la costumbre, la constituyen los llamados principios generales del Derecho.

No interesa aquí examinar la noción de los principios generales, sus caracteres, clases y funciones que desempeñan en el ordenamiento jurídico general (77). Sí, en cambio, las particularidades que en su doctrina general pueda introducir la innegable singularidad del Derecho de Familia.

En primer lugar, dada la relativa inconcreción de las normas externas familiares—sobre todo las que integran el derecho familiar puro—, y su remisión a las costumbres, la ética, la religión, no cabe duda que en este campo el papel de los principios generales del Derecho se ve acrecentado. A menor concreción y precisión de las reglas jurídicas, debe darse mayor relevancia al papel informador, sustentador de los principios generales respecto de las mismas. Otra cosa sería privar de la necesaria organicidad al ordenamiento jurídico familiar, reducido a unos vagos principios de carácter moral y ético que nada resolverían.

El paso de una ética de proposiciones a una ética de principios, y su inevitable repercusión en el Derecho de Familia, presupone una mayor relevancia del papel de los principios generales del Derecho, claramente influidos por esta última noción de ética, en la fundamentación, interpretación e integración de las normas jurídicas familiares.

2) *¿Existen principios generales característicos del Derecho de Familia, separados o autónomos del resto de los principios generales del ordenamiento jurídico?*

La respuesta la tendremos según aceptemos o no la tesis de CÍCU, acerca de la autonomía del Derecho de Familia.

Para este autor, «la primera y fundamental ramificación del concepto de Derecho está en la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado. Y partiendo de esta distinción, al resaltar que las características de la relación familiar se presentan también en la relación de Derecho

(77) Véase sobre los principios generales del Derecho, el *Compendio de Derecho Civil* de DE CASTRO, págs. 96 y sigs., y las *Lecciones de Derecho Civil* de Díez PICAZO, I, Parte General, Universidad de Valencia, Facultad de Derecho, 1967, págs. 428 y sigs.

Público, era evidente que no podía acomodarse el Derecho de Familia dentro del Derecho Privado. Sin embargo, aquella semejanza de estructura no justificaba, por otra parte, la subsunción del Derecho de Familia dentro del Derecho Público, porque siendo éste el Derecho del Estado, no podía la familia entrar a formar parte del mismo, porque es una institución típicamente privada. Pero aquella diversidad de estructura de la relación que afecta a las raíces del fenómeno jurídico, no permite tampoco que el Derecho de Familia esté sometido a los principios generales propios del Derecho Privado. Es preciso, por consiguiente, que la ciencia elabore estos principios generales del Derecho de Familia, que yo he tratado de esbozar en mi obra sobre el Derecho de Familia, y que no desespero todavía de poder formular, especialmente con el fin de poder aclarar cómo se reflejan en todo el Derecho, incluso en el Derecho Procesal» (78).

Aún en 1955, cuando matizó un tanto su teoría, y estimó que el Derecho de Familia no era parte del Derecho Público, sino parte autónoma del Derecho Privado, estimó que «sería anticientífico ignorar y no darse cuenta de la posición especial que presenta en el mismo, a causa de la particular estructura que ofrece la relación familiar y someterle a principios propios del Derecho Privado, que le son extraños» (79).

Creo que el fundamental fallo de la teoría de Cicu radica en confundir la autonomía docente o pedagógica del Derecho de Familia, con su autonomía científica. Una cosa es que se resalte la innegable especificidad de la relación jurídica familiar, y se establezcan ciertos principios doctrinales característicos de dicha relación—lo que estudian los autores bajo el epígrafe de «caracteres del Derecho de Familia» (80)—y otra, que tales principios tengan algo más que un carácter puramente sistematizador o pedagógico y que trasciendan a la esfera del Derecho positivo, constituyendo verdaderas bases autónomas de la organización jurídica de la familia, segregadas de los restantes principios característicos del Derecho Patrimonial y del de la Personalidad.

Sería muy prolijo dar cuenta de las opiniones de nuestros autores al respecto: bastará traer aquí a colación algunas de las más características.

(78) «Cómo llegué a la sistematización del Derecho de Familia», en *Scritti minori di Antonio Cicu*, Volume Primo, *Scritti di Teoria Generale del Diritto, Diritto di famiglia*, Tomo Primo, Milán, Giuffré, 1965, págs. 118-119.

(79) *Principii generali di diritto di famiglia*, citado en LACRUZ BERDEJO, *Derecho de Familia*, citado, pág. 20, nota, y BELTRÁN DE HEREDIA: «La doctrina de Cicu sobre la posición sistemática del Derecho de Familia», *Revista de Derecho Privado*, octubre de 1965, pág. 844.

(80) BONET RAMÓN, *ob. cit.*, págs. 17 y sigs.; LACRUZ BERDEJO, *ob. cit.*, páginas 19 y sigs.

DE CASTRO afirma (81) que en la concepción liberal individualista se entienden los Códigos Civiles dictados sólo para servir sólo al interés individual, para proteger el libre juego de las libertades individuales. Siguiendo este criterio, se extrañarán así del Derecho Civil a los Derechos Social, agrario, bursátil, financiero y hasta una buena parte de los principios del Código Civil. «Ello explica que casi todas las recientes disposiciones se diagnostiquen como síntesis de una «publicación» inexorablemente progresiva del Derecho. Mas estos juicios y predicciones nacen ya tarados por aceptar una concepción parcial del Derecho Privado. Las medidas imperativas para proteger la persona (por ejemplo: al incapaz y al que contrata forzado), *para mantener la unidad y buena organización de la familia*—el subrayado es mío—, para que en los tratos y contratos no se dañen los intereses de la moral y de la comunidad, no exceden del marco del Derecho Civil, antes bien, en cuanto defensores de la persona, son la expresión más fiel y directa del principio rector del Derecho Privado.»

Entiende el mismo autor (82) que la especialización del estudio científico de materias comprendidas en el Código Civil, como es el Derecho de Familia, no supone peligro de disgregación del ordenamiento civilista.

DÍEZ PICAZO (83) considera que como una consecuencia de la patrimonialización del Derecho Civil, «se encuentra el intento de segregación del Derecho de Familia». «Con apoyo en la distinta organización del régimen jurídico de las relaciones familiares frente a las relaciones puramente patrimoniales, que son consideradas como las relaciones civiles arquetípicas, y en el paralelismo que existe entre algunos de los caracteres técnicos de aquéllas y los de las relaciones del derecho público, se propugnará la autonomía del Derecho de Familia frente al Derecho Civil. Esta dirección doctrinal se funda en el grave error consistente en creer que la calificación de las relaciones jurídicas y su adscripción a una u otra rama del Derecho pueden hacerse con base en los simples caracteres externos de tipo técnico, tomando además, como caracteres técnicos de la relación jurídico civil aquellos que en realidad se presentan sólo en la relación jurídico patrimonial. Pero es un hecho gravemente sintomático esta pretensión de la autonomía del Derecho de Familia.»

En la misma línea negadora de la autonomía científica del Derecho de Familia con respecto al restante cuerpo del Derecho Civil, se pro-

(81) *Compendio*, citado, pág. 35.

(82) *Ob. cit.*, pág. 34.

(83) *Lecciones...*, citadas, pág. 19.

nuncian ROYO MARTÍNEZ (84), HERNÁNDEZ GIL (85), PUIG BRUTAU (86), JORDANO BAREA (87) y BONET RAMÓN (88).

Al pertenecer el Derecho de Familia al Derecho Civil, al carecer de principios generales característicos de su especialidad institucional, es evidente que se halla sujeto a la acción de los principios generales del ordenamiento jurídico, y singularmente, del civil.

3) *Conexión del Derecho de Familia con los principios generales del derecho, relativos a la persona humana y al derecho patrimonial*

Por supuesto, que el Derecho de Familia puro—relaciones personales de los miembros de la familia entre sí—se halla en íntimo contacto con los principios generales del Derecho personalista o humanista, en un orden de ideas semejante al que expone WOLF y que cité en la nota 71 de este estudio.

En tal sentido, la conexión entre el Derecho de Familia puro y el Derecho de la personalidad no puede ser mayor: ambos sistemas doctrinales necesariamente se enriquecen con mutuos préstamos. El capital principio general del Derecho del respeto de la dignidad de la persona humana (por lo demás reconocido en nuestro ordenamiento constitucional como indiqué), fundamenta el Derecho de la personalidad, constituye la raíz de los derechos que de la misma dimanar, es la premisa filosófica-jurídica de la que deriva la exigencia de reconocimiento de los derechos humanos por el ordenamiento jurídico y la praxis social, y debe ser consagrado por un Derecho de Familia humanista y personalista.

Es posible que la concepción jerárquica institucionalista de CICU, y las ideologías transpersonalistas en torno a la función de la familia como base y modelo del poder político (89) hayan desdibujado hasta el presente tal principio general del Derecho en su aplicación a la relación jurídico familiar. La existencia de relaciones de jerarquía y sumisión en

(84) *Derecho de Familia*, Sevilla, 1949, págs. 9 y 10.

(85) *El concepto de Derecho Civil*, véase JORDANO BAREA.

(86) *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo IV, vol. I, *El matrimonio y el régimen matrimonial de bienes*, Barcelona, Bosch, 1967, pág. 16.

(87) «Derecho Civil, Derecho Privado y Derecho Público», *Revista de Derecho Privado*, octubre de 1963, pág. 874.

(88) *Compendio de Derecho Civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960, págs. 24 y 25.

(89) Sobre la relación entre familia e ideología política, véase la ponencia de CARLOS MOYA de este título, insertada en la obra colectiva *Las ideologías en la España de hoy* (coloquio), de JOSÉ JIMÉNEZ BLANCO, AMANDO DE MIGUEL, LUIS GARCÍA SAN MIGUEL y otros, Seminarios y Ediciones, S. A., Madrid, 1972, páginas 83 y sigs.

el seno de la familia (potestades marital, patria y tutelar), la consagración de un abstracto «interés de la familia» que no se sabe bien en qué consiste y la remisión del Derecho a las *mores* familiares tradicionales, hoy en crisis, dan lugar a que el principio de la dignidad de la persona humana se haya visto oscurecido históricamente en su conexión con la relación jurídico familiar.

Salta a la vista que tal situación no puede mantenerse indefinidamente. Las relaciones de jerarquía en el seno de la familia deben ser examinadas críticamente a la luz de los modernos hallazgos de la Antropología, Sociología, Psicoanálisis y Ciencia Política: parece que después de una sociedad fundada en la autoridad del padre, como símbolo de toda autoridad, extensible a todo el ámbito de la cultura, nos hallamos en tránsito hacia una sociedad igualitaria, fraterna, sociedad de hermanos, compatible con la democracia (90). A largo plazo, no es posible conjuntar paternalismo familiar y democracia política.

Ello no quita para que se mantenga la «autoridad parental» en las modernas leyes que modifican sustancialmente la antigua patria potestad (ley francesa de 4 junio de 1970): pero habrá que entender que tal autoridad establecida en interés del niño, se otorga por la ley—expresión de la voluntad general democrática—y no es resabio de antiguos símbolos ancestrales de autoridad familiar y política, sino expresión racionalizada de una necesidad social para el desenvolvimiento y promoción del menor.

El interés de la familia, antiguo ídolo al que se sacrificaban el bienestar y la felicidad de los miembros de aquélla, en el marco de una sociedad represiva, debe ser sustituido por el interés de los singulares miembros que la componen. No es posible resolver problemas concretos, sangrientos, de la vida familiar, que afectan a las esferas más íntimas de la psicología humana, y por tanto, condicionan fundamentalmente el bienestar del individuo, remitiéndose a abstracciones inoperantes, sino a realidades palpitantes, vivas. Estereotipar tal interés y plasmarlo en fórmulas jurídicas, inflexibles normalmente, prohibitivas o imperativas, dadas de una vez para siempre, puede ser desconocer la verdadera esencia de la norma jurídico-familiar, que debe ser flexible, evolutiva, adaptada al cambio social y a la cambiante composición de edades y papeles sociales de los miembros de la familia. Se puede dictar de una vez para siempre una sentencia en materia de propiedad o de relaciones contractuales, pero la fluctuante realidad familiar obliga a revisar una y

(90) RIGAUX, *ob. cit.*, pág. 48, afirma que «entre la democracia de participación que constituye el ideal de la sociedad política contemporánea y la familia asociacionista o igualitaria... puede repristinarse la analogía que una edad anterior ha establecido entre el absolutismo real y la familia patriarcal».

otra vez la sentencia que se haya dictado en materia de separación entre cónyuges, alimentos, protección y guarda de los menores.

Es difícil que el juez pueda sustituirse a la propia familia y dicte una norma concreta que componga adecuadamente los intereses familiares en conflicto. Pero el recto interés familiar—los intereses de todos los miembros de esta concreta familia, obviamente en peligro de disolución o de algo peor—obliga a que el juez, aparentemente se «ensucie las manos» entrando en la revuelta borrasca de conflictos y pretensiones interpersonales, difícilmente racionalizables cuando el psiquismo íntimo se halla envuelto, y los litigantes se juegan la paz de su futuro.

Pero la única manera de no ensuciarse las manos, lo ha dicho SARTRE, es no tener manos o cortárselas. Y siempre es preferible que sea el juez, instancia racionalizadora puesta por el Estado en su función tutelar de la familia, quien se las ensucie y pronuncie lo más justo y adecuado, a que siga el interés de la familia encomendado a quien en todo caso sería juez y parte: al cabeza de familia respecto de la mujer, los padres, respecto de los hijos, o quien, en definitiva, tenga la fuerza física o el poder económico suficiente para imponer la ley en el seno de este grupo familiar, dejado por el poder público a su omnímodo albedrío.

Por otra parte, el juez debe disponer, en una concepción humanista del Derecho, de medios adecuados para declarar el interés familiar del modo más adecuado al bienestar de sus miembros. Los hallazgos de las ciencias sociales, la organización de cuadros de funcionarios, profesionales, e instituciones dedicados al apoyo de la familia, de los que aquél podría disponer para averiguar cuál era el interés predominante a salvaguardar, atendidas las circunstancias, del caso concreto, la organización de los tribunales familiares de que antes hablé, son medios que permitirían que el juez ciertamente «se ensuciase las manos», pero con fruto para el bienestar familiar.

La autonomía de la familia para dictar las reglas de su buen funcionamiento, debe respetar siempre los principios generales del orden público, y uno de ellos, quizá el más importante, es el reconocimiento de la dignidad de la persona humana en el grupo familiar. Ciertamente es que muchas veces, quizá por evitar mayores males, como sería la excesiva intromisión estatal en la vida íntima del mismo, el Estado debe inhibirse frente a las regulaciones internas cuando éstas no conculcan groseramente tal principio.

Pero cuando la convicción de la comunidad considera que la autonomía de la familia para dictarse su propia ley interna es dañosa para los intereses de sus miembros, la intervención del Estado será inevitable para restaurar tal principio general del Derecho. Creo que esto es lo que

históricamente ha ocurrido con el derecho del marido de intervenir la correspondencia y en general, la comunicación humana de su mujer, y del padre de corregir «moderadamente» a su hijo: la dignidad de estos miembros de la familia, secularmente desfavorecidos, ha obligado a la comunidad a reconocer un recurso frente al abuso de sus derechos por el marido y el padre.

El reconocimiento de la dignidad de los miembros singulares de la familia ha creado el Derecho administrativo de ésta, cuando se vio que la postura inhibicionista del Estado burgués liberal de Derecho frente a la problemática de la familia dañaba gravemente sus intereses, que quedaban, cuando de clases sociales desfavorecidas se trataba, totalmente a la intemperie. Las intervenciones administrativas de policía—verbi gracia, represión de los abusos de la guarda de los menores por los padres—y fomento—atribución a la familia de un derecho a prestaciones económicas o beneficios de todo tipo, frente a organismos estatales o paraestatales—han sentado las bases de un auténtico humanismo personalista familiar, en que el principio del respecto de la dignidad humana se ve consagrado e informa dicho Derecho administrativo especial, en el cuadro de un Estado social del Derecho, en tránsito dialéctico hacia un Estado democrático de Derecho.

La problematicidad del principio del respecto de la dignidad de la persona humana en el ámbito del Derecho de Familia no es sino expresión del problematismo general del mismo, en todo el ordenamiento jurídico y en la práctica social. Los principios generales del Derecho no pueden, por sí solos, cambiar la estructura socioeconómica de la sociedad: no pueden pasar del olimpo de las ideas a la turbia realidad social, sin que la convicción mayoritaria de la sociedad provista de los medios políticos adecuados, desembarace de obstáculos la necesaria praxis liberadora. A menor concreción de un principio general—recordemos la ética de los principios de que hablaba Díez ALEGRÍA—más difícil es su plasmación en una fórmula jurídicamente preceptiva e inapelable.

Es al jurista y al ciudadano a quienes compete velar porque tal plasmación, concreción positivizadora se realice, eliminando los obstáculos de todo tipo y facilitando los cauces adecuados para el desarrollo del mismo—incluso creando servicios públicos y estableciendo la oportuna acción de fomento administrativa—en el marco de las necesarias reformas de las estructuras sociales.

Yo creo que el principio del reconocimiento de la dignidad de la persona humana, que no sólo propugnan la moral cristiana, sino la natural, e incluso cualquiera otra que quiera inspirarse en la doctrina del humanismo personalista exige que el Derecho de Familia Privado se

inspire en los siguientes principios, que no dudo tenderán a incorporarse en el elenco de los generales del Derecho positivo. Repito de nuevo que el Fuero del Trabajo reconoce que el respeto a la dignidad de la persona humana constituye un principio rector del quehacer del Estado español.

La igualdad de los esposos en el matrimonio, y sus secuelas: abolición de la potestad marital, del deber de obediencia de la esposa al esposo, supresión de la incapacidad casi general en el pleno patrimonial de la mujer casada, reforma sustancial de los regímenes económicos matrimoniales.

Atribución de la patria potestad a ambos esposos.

Reconocimiento de un derecho inviolable a la educación y protección del niño, no mero deber moral, incoercible por el ordenamiento jurídico del padre, y establecimiento práctico del principio de igualdad de oportunidades en el campo de la educación. Las consecuencias prácticas de tales principios serían casi revolucionarias si se llevaran a la práctica con la intensidad y profundidad que la igual dignidad de todos los niños requiere.

Mejora sustancial de la posición de los hijos extramatrimoniales, equiparados en todo a los matrimoniales, salvo que sus derechos no serían mayores que los de los hijos legítimos que con ellos concurrieren, ni aquéllos podrían entrar en el hogar del cónyuge inocente del adulterio sin su consentimiento.

Reconocimiento e investigación libre de la paternidad, sin perjuicio de ciertas inevitables precauciones. Admisión de la prueba biológica de la paternidad.

Si se entiende que la tutela de los menores e incapacitados debe inspirarse en principios familiares y estar integrada en el Derecho de Familia, cosa que en principio parece razonable, eliminar el carácter estrechamente patrimonial que la caracteriza, resaltar el aspecto de promoción y educación del menor que debe inspirarla, y desenvolver el principio proclamado, eso sí, pero no desenvuelto adecuadamente por el Código civil, artículo 264,2, de «procurar, por cuantos medios proporcione la fortuna del loco, demente o sordomudo, que éstos adquieran o recobren su capacidad». La tutela debe perder el aspecto de protección paternalista, estática y conformista, y procurar la emancipación del menor y la cura y promoción del incapacitado.

El Derecho de Familia no puede aislarse de los principios del Derecho Patrimonial, por cuanto que el Derecho Familiar Patrimonial no es un mero apéndice del Personal o Puro, sino está en conexión indisoluble con él. Sin admitir la tesis marxista de la inversión de la

óptica de los fenómenos jurídicos por el jurista burgués (91), en tanto consideremos como una exigencia de la naturaleza humana la propiedad privada de los medios de producción, la familia nuclear fundada en el matrimonio monogámico, al menos potencialmente indisoluble, y el derecho de sucesión *mortis causa* como un derecho fundamental basado en los vínculos de parentesco, que se establecen por medio del matrimonio y la familia, separar el Derecho de Familia del Derecho Patrimonial no tiene sentido, pues todas estas instituciones forman un *continuum*, una estructura de elementos que recíprocamente se interaccionan, de suerte que para cambiar sustancialmente una de ellas, es preciso afectarlas a todas.

Es coherente con esta idea la tesis de DE CASTRO, al afirmar que (92) «El Derecho de la Persona, de la Familia y de los Bienes y su tráfico deben estar íntimamente unidos, si no en la misma ley—cosa secundaria—, bajo los mismos principios; no hay que aislar el Derecho de la persona y el de la Familia ante el temor de su contagio por el materialismo del Derecho Patrimonial, al contrario, hay que hacer que las normas de éste se inspiren en el predominio del valor personal, respeto a la palabra dada, restablecimiento del significado del honor en el tráfico, y supremacía de la relación causal y de la buena fe, sobre la exigencia de la seguridad mercantil.»

No puedo hacer aquí una referencia a las particularidades que presentan los principios generales del Derecho Patrimonial al ser aplicados a la relación jurídico familiar, pero creo que en los llamados «caracteres del Derecho de Familia» de que antes hablé, pueden encontrarse indicaciones preciosas al respecto. Un estudio de las singulares instituciones que componen el Derecho de Familia Patrimonial permitiría hallar nuevas particularidades y matizar adecuadamente las conclusiones, quizá un tanto apresuradas, que los autores referidos sientan, tal vez influidos en exceso por la teoría de CICU y por el positivismo dogmático jurídico, ajeno al cambio social del momento presente.

(91) Lo primordial y básico, lo decisivo, en última instancia, en la familia es la infraestructura económica, las relaciones de apropiación de los medios de la producción por la clase dominante de cada formación social concreta, relaciones que se perpetúan en el tiempo por medio del matrimonio y de la familia que de ella deriva. Sin embargo, la visión idealista del jurista burgués invierte la óptica y contempla primordialmente las relaciones personales que derivan del vínculo matrimonial y de la relación familiar (v. gr., potestades familiares que consagran la incapacidad patrimonial de la mujer casada y del hijo menor de edad, y, consiguientemente, inciden en la relación económica de producción).

(92) *Derecho Civil de España*, Parte General, tomo I, Libro Preliminar, *Introducción al Derecho Civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949, págs. 122-123.

4) *Funciones de los principios generales del Derecho en el ordenamiento jurídico familiar*

Insisto en que el papel de los principios generales del Derecho es el mismo, sea cual fuere la realidad jurídica contemplada, y que no es posible hallar una particularidad radical de la relación familiar que permita predicar la autonomía científica del Derecho que estudia las relaciones jurídico familiares. Sin embargo, desde el punto de vista de la Sociología de la norma familiar, e incluso de su dogmática jurídica, se pueden hallar algunas particularidades de detalle en dichas funciones que es conveniente apuntar, en el marco de la autonomía pedagógica o docente del Derecho de Familia que propugno.

a) Definición del ámbito del Derecho de Familia y del no Derecho: Si, como creo, los principios generales del Derecho «revelan de un modo espontáneo el sistema de creencias y de convicciones en que reposa la organización de un grupo social» y «tienen su fundamento en la comunidad misma, de forma que es la comunidad, a través de las convicciones y creencias que profesa, el auténtico poder creador de estas normas» (93), su primer papel, quizá no destacado como debiera por la doctrina (94), es definir el ámbito del Derecho Familiar frente al no Derecho.

Sólo la convicción de la comunidad puede definir una relación humana como jurídico familiar, y dotarla de efectos jurídicos. El problema histórico jurídico no me debe ocupar aquí y sí sólo el modo en que la convicción de la comunidad influye extrayendo una relación humana del magma del no Derecho y atribuyéndole consecuencias jurídicas precisas.

Que tal función delimitadora de lo jurídico sigue actuando en el momento presente, y es fuente de cambio jurídico importante, lo podemos hallar en aquellas sentencias del Tribunal Supremo que conceden trascendencia jurídica a las relaciones sexuales extramatrimoniales en determinadas circunstancias (para atribuir un derecho de pensión a la seducida, S. T. S. 17-X-1932; para eliminar el derecho de resolución del contrato arrendaticio urbano por actividades inmorales cuando el modo de vida de las personas implicadas en las mismas no difiere externamente, sea cual fuere la realidad moral que encubre, del de las personas de la misma condición y circunstancias sociales, S. T. S. 13-X-1960).

(93) Díez PICAZO: *Lecciones*, citadas, pág. 433.

(94) Salvo por DE CASTRO, *Compendio*, citado, pág. 99: «Los principios generales (como las dos palabras de la frase indican) tienen valor primordial respecto a todas las demás reglas del ordenamiento. Los superiores determinan: el ámbito de lo jurídico y lo extrajurídico...»

En ambos casos, la sentencia atribuye cierto efecto jurídico a un *status pseudofamiliar*—convivencia *more uxorio* de varón y mujer, que subsiste o se concluye—cuando la recta convicción jurídica de la comunidad considera importante no desconocerlo y, consiguientemente, lo hace salir del ámbito del no Derecho.

b) Definición del ámbito en que juega la autonomía interna de la Familia y en el que debe actuar el Derecho externo, estatal, de la familia: La peculiaridad de la familia como fuente autónoma de Derecho, vinculante para sus miembros, obliga a encuadrar tal fenómeno creador en el amplio cauce de los principios generales del Derecho.

Me parece evidente. Si el Estado debe respetar la autonomía familiar—otra cosa sería militarizar tan fundamental institución social—la misma debe desenvolverse dentro de un cauce lo suficientemente amplio para que no sufra la personalidad de los miembros de la familia, ni la necesaria *privacy* de la misma, pero lo suficientemente comprensivo para que queden salvaguardados los supremos derechos de los miembros de la misma a su protección por el ordenamiento jurídico general cuando lo requiera un caso.

La dosificación de autonomía—heteronomía en el seno de la familia—sólo puede ser dictada por los principios generales del Derecho, esto es, por la convicción jurídica de la comunidad, que por supuesto, no la puede dictar ni imponer, ni violentar el Estado, sino sólo reconocerla, sancionarla, consagrarla, cuando exista. Lo primero sería totalitarismo estatal: lo segundo es Estado de Derecho.

Es muy posible que un Estado interventor, un «Estado de bienestar» incida en la autonomía de la familia, al atribuir, verbi gracia, al niño un derecho a la educación, a la salubridad, al bienestar, que imponga una limitación a la patria potestad.

La derogación de la autoridad marital, y la atribución a la mujer de un derecho igual al varón en la toma de decisiones—establecimiento del principio diárquico puro en el régimen de la familia—recortan la autoridad del varón, al obligarle a compartir sus decisiones con la mujer. Pero en la medida en que tales cambios legales tiendan a reconocer la dignidad de estos miembros de la familia y a lograr su bienestar no sólo no habrán menoscabado la autonomía del grupo, sino lo habrán reforzado. No es más autónomo éste porque el padre pueda a su arbitrio educar o no a su hijo o darle tratamiento médico adecuado, o porque el esposo imponga una despótica ley patriarcal en sus relaciones con la esposa o con los hijos, que en caso contrario.

Por otra parte, es claro que al menos en Occidente, los cambios lega-

les que he apuntado no se han producido por la presión tiránica de un grupo político que accede al poder y que desde el mismo declara emancipada, a la familia de antiguas ataduras, sea cual fuere la convicción jurídica y moral de la gran masa de la colectividad. Las leyes de reforma del Derecho de Familia en toda Europa han sido procedidas de debates públicos, legítimas campañas de captación de la opinión pública, de expresión democrática de la convicción de la minoría, todo lo cual ha influido en un sentido transaccional, moderado, en su definitiva redacción.

Hablar de la supresión de la autonomía de la familia porque alguna de dichas leyes novadoras incide en el cuadro de convicciones—o prejuicios acríticos—del autor, acerca de lo que juzga es la familia ideal, creo es encubrir una ideología particular quizá muy respetable pero escasamente científicas, bajo un discurso racional que se pretende sea universal, generalizable.

c) Definición del orden público familiar: Corolario de la función definidora de lo autónomo y heterónomo en el Derecho de Familia es la definición del orden público familiar.

Es evidente que la convicción de la comunidad, tras haber señalado los cauces dentro de los que puede jugar la autonomía familiar, establece los límites infranqueables para los que no hay libertad de actuación.

Son principios característicos de este orden público familiar, la confesionalidad del sistema matrimonial, el carácter uno e indisoluble del matrimonio, y la obligación de la guarda y educación de los hijos por sus padres.

Las consecuencias de tales principios se proyectan en todo el ámbito del Derecho, incluso del Derecho internacional Privado. Así se afirma que «en función de la evolución histórica del Derecho español, así como de los datos que ofrece la jurisprudencia (especialmente a partir de 1939), se ha sostenido que la defensa del elemento confesional es, en el Derecho Internacional Privado español de la familia, el objetivo de política legislativa dominante» (95).

No cabe duda que la convicción jurídica que ha cristalizado un determinado orden público familiar puede asimismo corregirlo a tenor del cambio social e ideológico del tiempo presente.

El jurista debe avizorar «los signos de los tiempos»—el cambio semántico de las instituciones sociales y jurídicas sujetas a un ritmo de aceleración histórica sin precedentes—y revisar doctrinalmente, desde

(95) J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, citado en el volumen II del *Derecho Civil Internacional*, dirigido por M. AGUILAR NAVARRO, publicado por la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1973, pág. 14.

una perspectiva sociológica y filosófica jurídica, tal orden público familiar, por si los nuevos tiempos han alumbrado convicciones jurídicas nuevas. Es evidente que el principio del reconocimiento del derecho civil a la libertad religiosa, por ley 44/67, de 28-VI, no puede no influir en el principio de confesionalidad de que ha hablado. Así lo reconoce DÍEZ PICAZO (96).

En el ámbito del Derecho Internacional Privado AGUILAR NAVARRRO (97) no deja de advertir que los objetivos propios del Derecho Internacional Privado, como son el logro de un mínimo de conflictos, la armonía internacional de decisiones y la certeza y previsibilidad del resultado final, pueden matizar los principios materiales del orden público familiar, como son el de confesionalidad, que antes apunté. Cita la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de abril de 1970 que sienta el principio de la igualdad de los hijos en la familia, frente al criterio sustentado por la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1960, que, basada en la confesionalidad del matrimonio español, se negaba a parificar al hijo adulterino con el hijo legítimo, aplicando el orden público español, frente a la pretensión del adulterino de que se aplicara la ley personal de su padre, que lo igualaba (98).

Cuando el resultado de la revisión doctrinal de tal orden público familiar permita al jurista—Abogado, Juez, Notario—juzgar que el mismo no se adecua a la convicción de la colectividad (99), deberá hacer uso

(96) En su trabajo «Cambio social y evolución jurídica», publicado en la *Revista de Occidente*, junio de 1973.

(97) *Ob. cit.*, págs. 14 y 15.

(98) Véase la crítica de dicha sentencia en DÍEZ PICAZO, *Estudios de Jurisprudencia Civil*, II, citados, págs. 469 y sigs.

(99) Creo importante traer aquí a colación un extracto de la opinión—fundada en encuestas sociológicas muy recientes—de los redactores del décimo suplemento al *Informe sociológico sobre la situación social de España*, 1970, de la Fundación Foessa, dirigido por VICENTE J. SASTRE GARCÍA y publicado en 1973: «El cambio de mentalidad respecto a la valoración moral religiosa de las relaciones sexuales es un hecho patente.

La mayor libertad de comportamientos que se va introduciendo en este punto afecta no sólo a la cohesión de la familia constituida, sino a la dinámica de las relaciones personales en el proceso de su constitución... Nos encontramos en nuestro país con un creciente estado de opinión de no aceptación del valor indisoluble del matrimonio cristiano... No es raro que se ponga cada vez más en tela de juicio la obligatoriedad del sacramento para los que no viven en realidad su cristianismo. En este asunto se ha producido un importante cambio en la conciencia cristiana española... Desde el punto de vista de la Sociología, la situación que hemos descrito revela un acelerado cambio de la mentalidad y la aparición de aspiraciones e ideales nuevos que han de ser tenidos en cuenta por cuantos quieran hacer un servicio leal al pueblo español. De nada pueden servir las actitudes inhibicionistas...» (*ob. cit.*, págs. 8 a 10).

de los medios que la ciencia jurídica pone a su alcance, singularmente la interpretación de la norma: interpretación declarativa restrictiva, evolutiva, correctora, y si el caso lo requiere, abrogante, basada esta última en el principio *cessante ratione legis, cessat et lex ipsa* (100).

Esto no es desacatar la norma, sino darle su cumplimiento, cuando el orden público familiar legislado se contrapone con el orden público nacido de los principios generales del Derecho, de la recta convicción jurídica de la comunidad.

d) Función interpretativa de las normas de Derecho de Familia: DE CASTRO, acertadamente ha resaltado la función interpretativa de los principios generales del Derecho. Sólo la convicción jurídica de la comunidad y no ninguna disposición legislativa puede dotar de significado y contenido preciso al deber de obediencia de hijos y esposa respecto del padre y marido, a la facultad de castigar moderadamente al hijo, a los estándares de vida de alimentista y obligado a prestar alimentos, para regular su cuantía, a la dureza «excesiva» de los padres, o el carácter «corruptor» de las órdenes, consejos o ejemplos del padre como causas de privación o suspensión de la patria potestad. La labor del jurista es aquí primordial para calibrar la justeza de la ley, dictar la regla jurídica adecuada al caso que se le plantea.

e) Función supletoria de la ley y la costumbre jurídico familiar: El artículo 6.º dota de esta función a los principios generales del Derecho.

Claro es que primero habrá de examinarse si la laguna jurídica existe. Más claro: si la convicción de la comunidad ha querido verdaderamente extraer del magma del no Derecho esta relación social indiferenciada y dotarla de carácter jurídico. En este último supuesto, y sólo en él, la insuficiencia de la norma jurídico positiva familiar dictada por el Estado o establecida en virtud de la autonomía familiar deberá ser colmada por la apelación a los principios generales del Derecho. Para tal labor, la jerarquización de los diversos principios, la delimitación del ámbito de su respectiva aplicación, constituyen una delicada labor de aplicación de la norma, de integración de la relación jurídico familiar en que el intérprete debe basarse en los datos todos que le facilita la Ciencia jurídica, no menos que la Sociología y la Filosofía Jurídicas, pero teniendo siempre que sea posible, a la vista los principios generales del Derecho que

(100) Sobre una interpretación prácticamente abrogante del antiguo artículo 321 del Código civil, véase LALAGUNA, *Jurisprudencia y fuentes del Derecho*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1969, págs. 198-199. Yo mismo he aplicado este método interpretativo para postular la ineficacia de ciertos preceptos de la Ley de 2 de diciembre de 1952, que reorganiza el Patronato de Protección de la Mujer, basados en el antiguo artículo 321 del Código civil, que fue derogado por la Ley 31/1972, de 22 de julio, sin que se aludiera para nada en esta última al destino de tales preceptos. Véase *La derogación...*, cit., págs. 1185 y sigs.

hayan sido positivizados, recogidos, por la legislación y la jurisprudencia.

Toda prudencia y sabiduría del intérprete serán pocas en el desempeño de la función que comento: no hay que olvidar, que en el fondo de dicha interpretación integradora, verdadera función legislativa en pequeño, se halla en juego no pocas veces el bienestar de los miembros de esta singular familia, y quizá su salud psíquica y el desarrollo de su personalidad en el futuro.

ENRIQUE FOSAR BENLLOCH