

Notas para una introducción al Derecho de Familia

SUMARIO: I) *Generalidades.*—II) *El Derecho de Familia y la suprema distinción del Derecho en público y privado: sentido histórico de la misma.*—III) *La distinción en el ordenamiento jurídico actual.*—IV) *Caracteres del Derecho de Familia en las codificaciones burguesas del siglo XIX:* 1) El puesto modesto del Derecho en la regulación de la vida familiar. 2) La mínima intervención del Estado en la vida familiar. 3) El acusado individualismo de las instituciones familiares. 4) El prejuicio legislativo de regular las relaciones patrimoniales con preferencia a las personales.—V) *Orígenes de la concepción iuspublicista del Derecho de Familia: doctrina de Antonio Cicu.*—VI) *La publicización del Derecho de Familia en las legislaciones y doctrinas extranjeras:* 1) Legislación familiar fascista. 2) Legislación familiar nacionalsocialista. 3) Legislación familiar soviética y de las democracias populares. 4) Legislaciones y doctrinas jurídicas familiares occidentales: «publicización» y «privatización» del Derecho de Familia. 5) Conclusiones.—VII) *Opinión de los autores españoles acerca del puesto sistemático del Derecho de Familia en la distinción Derecho Público-Derecho Privado.*—VIII) *Opinión propia al respecto: Derecho Privado Familiar, Derecho Administrativo Familiar y Derecho Jurisdiccional Familiar.*—IX) *Autonomía del Derecho de Familia:* A) Derecho Privado Familiar. B) Derecho Administrativo Familiar. C) Derecho Jurisdiccional Familiar.—X) *Metodología para el estudio del Derecho de Familia: la concepción tridimensional del Derecho aplicada al Derecho de Familia.*—XI) *Sistematización científica y legislativa del Derecho Privado Familiar:* A) Autores extranjeros. B) Códigos extranjeros: 1) Código civil francés de 1804. 2) Código civil alemán de 1896. 3) Código civil suizo de 1907. 4) Código civil italiano de 1942. 5) Código civil portugués de 1966.—XII) *Sistemática y contenido del Derecho de Familia en la doctrina patria y en el Código civil:* A) Autores patrios. B) El Código civil: su crítica.—XIII) Conclusiones.

I. GENERALIDADES

Creo que es un mérito definitivo del prolongado quehacer científico de ANTONIO CICU haber resaltado las características especiales del Derecho de Familia y planteado las dificultades de su encaje en la tradicional distinción Derecho Público-Derecho Privado.

Al autor no le interesaba en sí tal distinción, más propia de la teoría general del Derecho que del menester habitual de un civilista. La estudió en la medida que afectaba sus propósitos de resaltar el particularismo del Derecho de Familia en el marco del tradicional Derecho Privado.

Sin embargo, consideraciones políticas extrañas al primer designio de CÍCU—pero no al trasfondo de su tradicional ideología conservadora-autoritaria—hicieron salir del cauce técnico jurídico sus ideas. Desenvolviendo orgánicamente su pensamiento llegaron algunos juristas extranjeros a considerar el Derecho de Familia como materia ajena al Derecho Privado, y en algunos proyectos de Código civil o de estudio enciclopédico del Derecho Privado se ha planteado el problema de excluir de dicho Código o de la enciclopedia el Derecho de Familia.

En este orden de ideas, la «publicización» del Derecho de Familia llegó al extremo en el Derecho de Familia nacionalsocialista alemán, en el que se regularon de forma «crudamente publicista» (1) cuantas instituciones creyó oportuno el partido disciplinar al servicio de los intereses superiores de la raza germánica. Parecidas tendencias hay que advertir en el Código civil italiano de 1942, consecuencia del «veintenio» de la era mussoliniana, Código que, a juicio del mismo CÍCU, era fiel reflejo de sus ideas.

En las democracias populares y en el Derecho soviético no ha pasado inadvertida la singularidad del Derecho de Familia, si bien la distinción de Derecho Público-Derecho Privado carece de sentido en un sistema jurídico basado, no en la noción del Estado de Derecho de las democracias burguesas occidentales, sino en el concepto, plegado a los intereses del partido dominante, de la «legalidad socialista». El aislamiento del Derecho de Familia del resto del Derecho Civil en tales ordenamientos jurídicos y su regulación en leyes especiales es un hecho irreversible.

Las doctrinas jurídicas francesa y belga no hacen demasiado hincapié en las singularidades del Derecho de Familia ni distinguen esta materia del tema de las personas, tal vez como reacción a los excesos de la «publicización», que he apuntado.

Nuestra doctrina, que de forma abrumadoramente mayoritaria se niega a reconocer la autonomía del Derecho de Familia, su destaque del seno del Derecho Privado con principios autónomos, sin embargo, creo que sin excepciones reconoce la esencia del pensamiento de CÍCU o de los autores que han seguido sus huellas: Derecho fundamentado en la ética, Derecho disciplinador de *status* más que creador de derechos subjetivos, carácter de *officium* de Derecho Privado, de derecho deber de

(1) BELTRÁN DE HEREDIA: «La doctrina de Cícu sobre la posición sistemática del Derecho de Familia», *Revista de Derecho Privado*, octubre de 1965, pág. 824.

los más característicos poderes del Derecho de Familia, las llamadas potestades familiares, subordinación de las relaciones patrimoniales familiares a las personales, limitado lugar de la autonomía de la voluntad en la disciplina de los *status* familiares, consiguiente negación o minimización del negocio jurídico familiar...

El problema del encuadre sistemático del Derecho de Familia y el contenido concreto de sus instituciones se agudiza cuando a los métodos tradicionales de aproximación a su estudio se agrega el «método tridimensional», que concibe al Derecho a la vez como norma, hecho social y juicio de valor.

No es posible estudiar hoy ninguna institución jurídica sin apreciar el influjo que en la misma pueda originar el agudísimo proceso de cambio social, la aceleración del ritmo de la Historia y las consecuencias que el jurista debe extraer del análisis por la Sociología de dicha institución: consecuencias en el campo de la interpretación de la norma jurídica—interpretación progresiva o evolutiva (1 bis)—y en el de la apremiante reforma de la legislación.

En el campo del Derecho de Familia, fundado sobre la ética y las costumbres familiares—*mores*—, el cambio de la concepción de la ética en un sentido más comunitario, menos cerradamente individualista que la que hasta la fecha ha presidido el desarrollo del pensamiento de Occidente, no menos que la difusión de ideologías emancipadoras y la creación de costumbres familiares democráticas—supresión de los agrios perfiles de la patria potestad y la autoridad marital, matrimonio considerado como un pacto entre iguales, etc.—, tiene necesariamente que influir en el sentido dicho, en la interpretación evolutiva de las normas familiares y en la necesaria reforma legislativa de muchas instituciones que se ven desfasadas del momento actual.

La Filosofía jurídica, meditación trascendente, radical, sobre el Derecho, tiene que aportar un constante estímulo para que el jurista vaya más allá del Derecho Positivo y propugne constantemente, dentro del sistema del Derecho, modificaciones, perfeccionamientos de las instituciones familiares.

Las Ciencias Humanas—nuevas Humanidades, al decir de ARANGUREN—, cuyo desarrollo espectacular en los últimos decenios es tan importante, al menos, como la revolución científico técnica en que nos hallamos inmersos, deben ofrecer materia suficiente para estas medita-

(1 bis) Sobre las consecuencias que el cambio social produce en el campo de la interpretación de la norma jurídica—interpretación evolutiva o de reajuste, e interpretación abrogante—, véase DÍEZ PICAZO, *Cambio social y evolución jurídica*, trabajo inédito, que según mis noticias ha sido entregado a la *Revista de Occidente* para su publicación.

ciones filosóficas trascendentales o estas aproximaciones a la Sociología de la Familia.

Un campo insospechado se abre, creo yo, para el jurista que huyendo de dogmatismos conceptualistas y de fragmentarismos especializados, al estudiar un concreto caso jurídico no olvida su relación con los restantes problemas y con el sistema todo del Derecho y de las Ciencias Humanas.

El Derecho de Familia no puede ser una excepción y creo que debe replantearse de nuevo, trascendiendo y superando lo que hasta la fecha se ha escrito y profesado—mucho y bueno—acerca de la materia.

La introducción al estudio del Derecho de Familia es, pues, problemática y en ella se plantean muchas de las cuestiones que luego se perfilarán en detalle en el estudio concreto de las singulares instituciones familiares.

Creo con lo dicho no exagerar demasiado si afirmo que el estudio de los fundamentos del Derecho de Familia es una de las labores más trascendentales que puede hoy acometer un jurista consciente de su vocación.

II. EL DERECHO DE FAMILIA Y LA SUPREMA DISTINCION DEL DERECHO EN PUBLICO Y PRIVADO: SENTIDO HISTORICO DE LA MISMA

Insisto en que CICU no planteó el tema del encuadre del Derecho de Familia en dicha clasificación por un deseo de llegar a los últimos principios del Derecho, sino como especialista que era del Derecho de Familia. Ello es tanto como afirmar que no le movió afán político de «militarizar» la familia al extraer su regulación del puro Derecho Privado, sino sólo de llegar a un profundo conocimiento de la peculiarísima relación jurídica familiar, *status familiae*.

Su indagación se movía en el orden de ideas de los autores del siglo XIX, que dieron al contraste Derecho Público-Derecho Privado, como afirma DE CASTRO, «un nuevo valor y lo exaltaron hasta considerarle división suprema y radical del Derecho y de la ciencia jurídica» (2).

No fue culpa de CICU si sus ideas fueron convertidas en armas políticas para el control de la familia por el Estado totalitario.

Creo interesante traer a colación las investigaciones romanistas modernas acerca de la célebre distinción del Derecho Público y Privado.

Es útil resumir aquí la opinión de ALVARO D'ORS.

Para dicho autor, *lex pública* era toda ley comicial, sea cual sea la

(2) *Compendio de Derecho Civil, Introducción y Derecho de la persona*, 5.^a edición, Madrid, 1970, pág. 15.

materia a que se refiera; *lex privata*, la cláusula negocial establecida por la autonomía privada. Mientras la primera era objeto de una *publicatio*, que la convierte en patrimonio de todos (*ius publicum*), el *privatum*, la *lex privata* permanece reservada al conocimiento de los que intervienen en el negocio.

La introducción de la jurisprudencia en la práctica de los negocios planteó el problema de su encaje en la distinción anteriormente esbozada. Cuando los juristas no gozaban del *ius publice respondendi*, necesariamente era *ius privatum*; después de la concesión de tal privilegio, las *responsa* dotadas de carácter oficial era *ius publicum*; en tal época, el *ius privatum* quedó reducido a las declaraciones de voluntad negociales y también a aquellas respuestas de los prudentes que no fueran públicas, sino que suponían un asesoramiento privado de los juristas (3).

«Cuando todo el *ius* llega a ser de origen estatal, el *ius publicum* se convierte en el conjunto de todas las normas, equivaliendo a lo que hoy llamamos Derecho Objetivo. La progresiva ampliación de la actividad normativa estatal acaba por privar de sentido al *ius privatum*, pues en el nuevo sistema los particulares no hacen más que situarse en posiciones previstas por la norma pública sin crear directamente un *ius*. La autonomía privada pierde así su fuerza originaria y se integra en el marco de disponibilidad que deja la norma pública; el *ius privatum* pasa a ser originado por las normas estatales que encauzan la autonomía privada» (4).

La definición de ULPiano (5) se sitúa en este estado de la evolución de las fuentes: «Las normas que *spectant*, que miran al Estado, son de *ius publicum*; las que pertenecen, están a disposición de los particulares, son de *ius privatum*.»

La *utilitas singulorum* la entiende D'ORS como discreción de la autonomía privada: «Las normas del *ius privatum* son ahora las normas dispositivas que los particulares pueden acomodar según su conveniencia, según su particular *utilitas*» (6).

Para ULPiano no se trataba de dos clases de normas que diferían por su objeto o interés regulado, sino de una distinción de objetivos

(3) JORDANO BAREA: «Derecho Civil, Derecho Privado y Derecho Público», en *Revista de Derecho Privado*, octubre de 1963, pág. 870.

(4) JORDANO BAREA, *ob. cit.*, págs. 870 y 871.

(5) *Digesto*, 1, 1, 12: «Dos son los aspectos de este estudio: el público y el privado. El Derecho Público es el que se refiere al estado de la cosa romana; privado, el que a la utilidad de cada individuo, pues unas cosas son públicas y otras privadamente. El Derecho Público consiste en las cosas sagradas, las de los sacerdotes y las de los magistrados. El Derecho Privado consta de tres partes, pues está compuesto de los preceptos naturales, o los de gentes o los civiles.»

(6) *Id.*, *id.*, pág. 871.

o puntos de mira, de dos posiciones que se pueden tomar al considerar las normas jurídicas en el *studium iuris*.

D'ORS aclara que las dos posiciones, puntos de vista que cabe adoptar para contemplar el mundo jurídico, son la de configurarlo como sistema de situaciones o de relaciones.

Esto es tanto como hacer resurgir en nueva forma la genuina distinción romana entre norma estatal y autonomía privada, entre *lex* e *ius*. Así, D'ORS identifica el Derecho Privado con *ius dispositivum*, y el Derecho Público con el *ius cogens*. El Derecho Civil así no es puro Derecho Privado, pues contiene normas de Derecho Público: todas las normas que no se proyectan sobre el mundo de las «relaciones», sino el de las «situaciones», resultan, sin dejar de ser civiles, de Derecho Público. Como toda norma legal es pública, el simple aumento de legislación, que todo lo enfoca como juego de «situaciones» y no de relaciones, tiende a convertirlo todo en Derecho Público.

Fue sólo un glosador—dice D'ORS—, que añadió una nota desorientadora al texto de ULPiano: *sunt enim quaedam publica utilia, quaedam privatim*. «En virtud de esta torpe glosa, la distinción quedó consagrada como diferencia de interés (el Derecho Público es el que afecta a la utilidad del Estado, el Privado, el que se refiere a la utilidad de los particulares), como si unas normas pudieran interesar tan sólo al Estado y otras únicamente a los particulares» (7).

Durante la Edad Media—dice GARCÍA TREVIJANO (8)—«se produce el disgregamiento de la unidad romana. Es la época del feudalismo y surgen los 'señoríos'. No existe un poder central. El poder público está absolutamente dividido. El sentido de la Administración en esta época es patrimonial. Es decir, los asuntos administrativos de la 'res pública' se llevan como se pueden llevar los asuntos administrativos de una casa doméstica».

La distinción de Derecho Público y Privado, necesariamente, se oscurece en este período. Tampoco el nacimiento del Estado español aporta una novedad trascendente a la confusión práctica entre el Derecho Público y el Privado.

En el Estado de los Austrias y luego en el borbónico no se distingue entre «Imperio» y «jurisdicción», entre Administración y jurisdicción; existe, sí, una Administración con un cuerpo de funcionarios especializados, mas se sostiene la fórmula de «todo por el pueblo, pero sin el pueblo», el poder no está limitado por cortapisa alguna—salvo las pura-

(7) Id., id., pág. 871.

(8) *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, tomo I, págs. 28-30.

mente morales—y no existe en España, como en el Sacro Imperio Romano Germánico, un Fisco como entidad jurídica de Derecho Privado junto al monarca, que responda de los actos de éste. Aunque los juristas clásicos estimaban que los actos generales o singulares del rey que se opusieran al Derecho divino, natural, civil o de gentes eran nulos, «en España tales esfuerzos fueron más bien teóricos y románticos que reales. Sobre todo, el *ius civile* era constantemente desconocido mediante privilegios y dispensas». No era precisamente para inducir al respeto de la ley la fórmula que incluían muchos de los preceptos regios: «cualquiera otra disposición contraria a la presente se obedezca, pero no se cumpla».

En el Estado absoluto, el súbdito tenía a su disposición una zona privada no intervenida por el poder, pero tal zona no estaba delimitada con precisión.

La seguridad jurídica no era precisamente uno de los fines del Derecho mejor cumplidos en el Derecho del antiguo régimen. La subsistencia de los señoríos jurisdiccionales segregados del cuerpo de la nación, la venta de cargos públicos, la concepción del Estado como patrimonio del monarca, no permitían distinguir adecuadamente lo que ya había sido una realidad en el Derecho Romano: la clara distinción entre la zona del Derecho que afectaba a la cosa pública y la que regulaba las relaciones entre los particulares.

Por todo ello creo que es imposible distinguir las nociones de Derecho Público y Privado prescindiendo de la noción histórica del Estado y, sobre todo, del nacimiento moderno del Estado liberal de Derecho.

Y que ello es así lo demuestra ANGEL LATORRE (9) al afirmar que «hoy domina, en general, la opinión de que ambos tipos de Derecho —Público y Privado— no son tajantemente diferenciados y aun opuestos, sino principios y criterios que se encuentran combinados, aunque en diversas proporciones, en cada una de las ramas del Derecho. En realidad, para llegar al último sentido de la distinción hay que tener en cuenta su significado ideológico y su trascendencia social y política. El apogeo del liberalismo en el siglo pasado trajo como consecuencia la necesidad de delimitar lo más claramente posible el campo de actividad de los particulares del campo de acción del Estado, la vida pública del hombre como miembro del Estado, de su vida privada como particular, y todo ello tanto en el terreno estrictamente político como en el económico. De acuerdo con el individualismo de la época es el Derecho Privado el que ha de tener la primacía, mientras que el Derecho Público sirve,

(9) *Introducción al Derecho*, Ariel, S. A., Esplugues de Llobregat (Barcelona), 1968, pág. 188.

sobre todo, para encerrar en las fronteras más estrechas posibles la acción del Estado».

Interesaba delimitar lo más tajantemente posible lo público de lo privado, dentro de una filosofía fundamental del liberalismo—*laissez faire, laissez passer*—que restringía al mínimo los resortes del Estado y limitaba los poderes del mismo mediante el mecanismo del Estado liberal de Derecho (10).

La preocupación fundamental de la limitación del Estado—dicen ANDRÉ DEMICHEL y PIERRE LALUMIÈRE (11)—«se encuentra en las grandes teorías propias de cada rama de Derecho Público. El Derecho Constitucional se fundamenta en las teorías de la separación de los poderes y de las libertades públicas destinadas a proteger a los ciudadanos. El Derecho Administrativo consiste en buscar concretamente los medios de protección de los administrados respecto de la Administración. La teoría financiera clásica reposaba enteramente sobre la idea de un control parlamentario por intermedio de medios financieros concedidos a la Administración del Estado. El Derecho Internacional Público se esfuerza en sobrepasar el principio de la soberanía del Estado y, por consiguiente, de limitarlo gracias a la construcción de una sociedad internacional. No obstante la diversidad de los problemas abordados, el Derecho Público

(10) «Las características generales que corresponden como exigencias básicas indispensables para todo auténtico Estado de Derecho pueden concretarse fundamentalmente en las siguientes notas: a) Imperio de la ley: ley como expresión de la voluntad general. b) División de poderes: legislativo, ejecutivo y judicial. c) Legalidad de la Administración: actuación según ley y suficiente control judicial. d) Derechos y libertades fundamentales: garantía jurídico-formal y efectiva realización material... A pesar de todas las insuficiencias del liberalismo, no es menos cierto que éste cumple sobradamente el *mínimum* de condiciones válidas para situar en él—como sistema contrapuesto al absolutismo—el punto de arranque de Estado de Derecho» (ELÍAS DÍAZ: *Estado de Derecho y Sociedad democrática*, Ed. Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1969, págs. 27-30).

Por supuesto que el autor no considera satisfactoria la fórmula de Estado liberal de Derecho: estima que en una recta evolución política debe superarse esta fase, llegando primero al Estado social del Derecho, «concibiéndose éste como fórmula que, a través de una revisión y reajuste del sistema, evite los defectos del Estado abstencionista liberal y, sobre todo, del individualismo que le servía de base, postulando planteamientos de carácter «social» que, por otra parte, queden también perfectamente diferenciados de cualquier otro sistema cercano a los totalitarismos fascistas» (*ob. cit.*, pág. 92). La última fase de la evolución, en la que ningún país de Occidente está incluido todavía, es el Estado democrático de Derecho, «Estado que exige ser construido sobre una organización económica e ideológica de carácter socialista como forma más correcta de llegar a la realización de una auténtica democracia. Lo importante entonces es que el binomio democracia-socialismo se institucionalice en un Estado de Derecho, es decir, que la realización de la democracia y el socialismo se lleve a cabo respetando las mencionadas exigencias fundamentales del Estado de Derecho...» (*ob. cit.*, páginas 177-178).

(11) *Le Droit Public*, Presses Universitaires de France, París, 1969, págs. 19-20.

clásico tiene de hecho una fuerte unidad, que le ha sido dada por el liberalismo».

Con un evidente prejuicio contra la forma política liberal, el profesor DE CASTRO (12) afirma que los términos Derecho Público y Derecho Privado cambian radicalmente de valor en los siglos XVIII y XIX. «Utilizados por la ideología liberal individualista se cargan entonces de contenido político, polarizándose en su doble dirección revolucionaria y conservadora. El Derecho Público (forma política, Gobierno, Administración)... se considera campo acotado para la discusión sobre regímenes políticos (formas de Gobierno) y entregado a la lucha de los partidos (aspirantes del Gobierno). Al Derecho Privado se le atribuye otra función, la de conservar y defender, aislándolo de sus veleidades con la política, la posición de los particulares (burguesía); su condición y su fortuna se colocan en una zona neutra y segura regida por la autonomía de la voluntad.»

III. LA DISTINCION EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ACTUAL

No quiero exponer el conjunto de teorías doctrinales acerca de la distinción entre Derecho Público y Privado (13). Sólo hacer resaltar que la polémica existente entre los partidarios de la teoría del interés, de los sujetos, del carácter de la norma o aquellos que niegan uno de los miembros de la distinción parece definitivamente apaciguada en nuestra Patria, pues la mayoría de los autores, siguiendo a DE CASTRO, han considerado que la distinción no rompe en modo alguno la unidad fundamental del Derecho, ni contrapone sus dos ramas—Público y Privado—, ni permite considerar a una más importante que otra, a capricho de la especialización del autor que la estudia.

DE CASTRO (14) afirma que aun siendo el Derecho uno, aun no existiendo dos sistemas de Derecho ni un Derecho con caracteres o principios exclusivos o totalmente opuestos a los del otro Derecho, en la antigua distinción hay un fondo de verdad que no debe desconocerse. El Derecho cumple su función en dos direcciones fundamentales: 1.^a, para que la persona realice sus fines, lo que presupone (ser social) la organización y conservación de la comunidad; 2.^a, para que la comunidad realice sus fines (instrumentales), lo que presupone (como comunidad

(12) *Compendio*, citado, pág. 19.

(13) Un buen resumen de las teorías al respecto, en el *Compendio* de DE CASTRO, págs. 20 a 22.

(14) *Ob. cit.*, pág. 23.

jurídica) que haga respetar y proteja la persona. En el Derecho actúan dos principios: el de la personalidad y el de comunidad. Ambos están dirigidos al mismo fin (realización social de la justicia) y han de estar presentes en cada norma y en cada institución. Pero como el Derecho se refiere a distintas realidades, para ajustarse a la naturaleza de cada una, las diferentes normas habrán de reconocer primacía a uno o a otro principio. Donde predomina el principio de la personalidad nos hallaremos ante una forma de Derecho Privado; donde el de la comunidad, de Derecho Público.

JORDANO BAREA (15), haciéndose eco de la distinción fundamental de DE CASTRO, afirma que la distinción se hace, por tanto, sobre la base de los dos grandes principios enunciados, pero al mismo tiempo *ratione materiae*, porque ésta, por su misma naturaleza, postula ya la primacía de un determinado principio. Puede suceder que en determinadas coyunturas históricas, contrariando la naturaleza propia de la materia o institución, se dosifique inadecuadamente el predominio de uno u otro principio. Pero la privatización del Derecho Público o la publicación del Derecho Privado son contrarias a la *natura rerum*. Son fenómenos de reacción, contingentes, transitorios, «históricos», que tienden a refluir volviendo las aguas a su cauce. Derecho Público y Derecho Privado representan valores irrenunciables y permanentes fundados en el Derecho Natural; son formas jurídicas *a priori*, que tienen validez previa y superior a toda experiencia, presentándose siempre instintivamente a la conciencia jurídica.

RECASENS SICHES (16) rechaza el carácter apriorístico de la distinción y afirma que se trata de una diferencia histórica entre normas inspiradas predominantemente por intereses públicos y normas protectoras de intereses privados. Sin embargo, aun cuando, en términos generales, la distinción es correcta, ella no cubre ni con exactitud ni con plena generalidad todas las normas jurídicas, pues dentro del campo de las normas reputadas típicamente de Derecho Privado, como son las civiles, algunas de ellas, cual, por ejemplo, las protectoras de los hijos, tienen un carácter público, que es salvaguardado de oficio por la intervención del Ministerio Público.

DÍEZ PICAZO (17) resalta también el carácter histórico de la distinción y enuncia como criterios de orden práctico para deslindar los campos del Derecho Público y del Derecho Privado algunos característicos

(15) *Ob. cit.*, pág. 874.

(16) *Introducción al Estudio del Derecho*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1970, pág. 179.

(17) *Lecciones de Derecho Civil, I, Parte General*, pág. 398 (Univ. de Valencia, Facultad de Derecho, 1967).

de la teoría de los sujetos. El Derecho Privado lo constituirán las normas que regulan las relaciones entre particulares, y el Público estará constituido por las normas referidas a la estructuración y actividad del Estado y las que regulan las relaciones entre el Estado y los súbditos, siempre que aquél ejercite el *ius imperii*. En definitiva habrá que atender también a los criterios generales de la interpretación de las normas.

Por el contrario, apoyándose en la investigación romanística de D'ORS, BELTRÁN DE HEREDIA afirma que la distinción se basa en el poder de la voluntad y consiguiente autonomía privada. La relación jurídica privada tiene una estructura diferente de la pública, «donde lo que predomina es la existencia de un fin o interés superior al que quedan sometidos los de los particulares que intervienen en la misma, cuya voluntad carece de poder para determinar y regular la relación. Ciertamente es que esto último se puede observar en muchas de las instituciones que tradicionalmente se conocen como de Derecho Privado. Pero no es menos cierto que en la misma medida en que eso ocurre, las normas que lo producen no son privadas, sino públicas» (18).

VALLET DE GOYTISOLO (19) señala que «el Derecho Público regula la organización y el régimen de los órganos oficiales, y el Derecho Privado, la de las personas y los órganos sociales espontáneos. Ahora bien, el problema de la diferencia específica entre el Derecho Público y el Derecho Privado, el Derecho de los órganos oficiales y el Derecho de las personas, individuales o colectivas, de interés social privado, se ha querido resolver con distintos módulos... Me inclino a creer que positivamente la distinción debe situarse en el modo de realizar el Derecho; cuando son los mismos órganos estatales... los que realizan el Derecho directamente, nos hallamos en la esfera del Derecho Público.

Cuando las normas jurídicas se dirigen y el cumplimiento del Derecho se encomienda a los particulares y sólo represivamente intervienen los Tribunales de Justicia para decidir lo que es justo en caso de contienda o para imponerlo en el de violación, creo que nos hallamos en el campo propiamente dicho del Derecho Privado. Pero la determinación de cuál es el ámbito en el que puede y debe realizarse el Derecho por los organismos públicos, sólo el orden natural, el Derecho Natural, puede establecerlo». Apunta el grave peligro que para la familia, para las personas y para las asociaciones privadas tiene suponer la identificación de la sociedad y del Estado, que significa la omnipotencia del Estado—nuevo Leviathán—, que ostenta plena soberanía sobre el individuo. El extremo

(18) *Ob. cit.*, pág. 843.

(19) *Panorama del Derecho Civil*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1963, páginas 92-93.

individualismo lleva al totalitarismo, sea marxista o fascista. «Sólo admitiendo que hay un Derecho Natural o extrapositivo, con resortes metafísicos y jurídicos capaces de mantener las respectivas zonas de influencia de lo individual, apoyado en la existencia de cuerpos intermedios que puedan frenar la omnipotencia del Estado, se podrá hallar el equilibrio» (20).

Yo creo que la distinción que examino, o sea, el predominio en los singulares institutos jurídicos de los principios de comunidad y de personalidad, es un precipitado histórico, sí, pero también una conquista histórica, que en cualquier momento puede desvirtuarse, perderse.

Es muy sospechoso que los juristas, en los ordenamientos totalitarios, desdeñen la distinción, la desvirtúen o la tachen de puro formalismo burgués (21).

Un ordenamiento jurídico basado en una concepción humanista personalista de la justicia, anclado en el respeto del Estado de Derecho, debe distinguir lo público de lo privado en las diversas instituciones que lo integran.

Como conquista histórica que es, no creo que se funde en un Derecho Natural inmutable, dimanante de una naturaleza humana pretendidamente inmovilista y no perfectible. Los valores supremos de comunidad-personalidad son entendidos de modo diverso en las distintas concepciones sociopolíticas que reinan en el mundo—neoestamental, burguesa liberal neocapitalista, democrática socializante, materialista dialéctica.

No tiene mucho sentido encastillarse en un Derecho Natural o en un positivismo rígido y postular, por tanto, que la distinción que examino tiene uno u otro origen, cuando en la actualidad, la polémica entre iusnaturalistas y positivistas está muy apaciguada y carece de importancia si se adoptan las versiones intermedias, moderadas, de uno y otro pensamiento (22).

(20) Id., *id.*, pág. 90.

(21) BELTRÁN DE HEREDIA, en su *obra citada*, pág. 841, cita la fórmula aceptada en las reuniones del Comité de Juristas ítalo-alemán, de 1939, acerca de la distinción del Derecho Público y Privado: «El Comité de Juristas ítalo-alemán tiene en cuenta que la distinción entre Derecho Público y Privado, en cuanto expresa el contraste entre comunidad e individuo, entre Estado y Sociedad, está superada por la concepción fascista y nacionalsocialista del Derecho y de la Nación; pero considera que, dentro de esta concepción unitaria del Derecho, es necesaria una distinción según que el Derecho se realice mediante actos de la Administración pública o mediante iniciativas privadas desarrolladas por los ciudadanos bajo su propia responsabilidad, dejando a salvo en todo caso la primacía del interés estatal.»

(22) Para una distinción entre las versiones radical y moderada del iusnaturalismo y del positivismo jurídico, que dan así lugar a cuatro formas típicas de ideología de la justicia, véase la cita que de BOBBIO hace ELÍAS DÍAZ (*Sociología y Filosofía del Derecho*, Tauros Ediciones, S. A., Madrid, 1971, págs. 384-385).

La distinción es una conquista histórica también en nuestro Derecho. Anteriormente examiné el estado de la cuestión en nuestro antiguo régimen, anterior a la Revolución de 1808. Lo menos que puede decirse es que en tal período de nuestra Historia no se destaca en modo alguno lo público de lo privado en el ordenamiento jurídico.

Entre el Estado borbónico, que concluye con la Revolución de 1808, y el Estado burgués liberal de la Restauración canovista de 1874-1875 existe un estremecedor vacío de instituciones públicas, que ha advertido lúcidamente GARCÍA DE ENTERRÍA (23). Creo que por los avatares políticos y las sucesivas guerras civiles, que llenan este lapso de tiempo, no puede hablarse de un Estado de Derecho eficiente hasta tal fecha. No existe—afirma GARCÍA DE ENTERRÍA—nexo orgánico entre la Administración de 1808 y la que a lo largo de todo el siglo XIX trabajosamente va sentando las bases jurídicas del moderno Estado español: contraste agudísimo con la Administración francesa del siglo XIX, fiel heredera de la de Luis XVI.

Por tanto, considerar como de Derecho Natural la distinción entre Derecho Público y Privado, cuando la misma ha sido ignorada o conculcada en la práctica hasta hace cien años, es excesivo, a menos que vaciemos de sentido la noción de Derecho Natural.

Por lo mismo que no es un principio de Derecho Natural, por lo mismo que es fruto de una apasionante «lucha por el Derecho», resulta inocuo pretender que existe una especie de paradigma ideal de cuestiones y ramas del Derecho que deban ser tratadas como Derecho Público, y otras, como Derecho Privado. Que cuando las aguas vuelven a su cauce, lo que era Derecho Público seguirá siendo Derecho Público, y lo que era Derecho Privado seguirá siendo Derecho Privado.

Eso es desconocer la dialéctica de la Historia—dialéctica que, por supuesto, no tiene por qué ser ni marxista ni hegeliana: el ritmo del

(23) «La Administración española padece ya de origen de un defecto que no debe ser minusvalorado: el de ausencia de raíces históricas profundas. Desde el punto de vista de la historia de la Administración, la nuestra actual es una Administración improvisada. Es ya un tópico observar que las grandes Administraciones contemporáneas proceden en línea directa de la obra del antiguo régimen... Frente a estos ilustres ejemplos, dos grandes simas históricas han cortado sucesiva y trágicamente la continuidad del desarrollo de la Administración española (la Guerra de Sucesión, que en 1700 pulveriza todo el Estado de los Austrias y origina un estremecedor vacío, y la Guerra de la Independencia, que origina una segunda sima a lo largo de otro tercio de siglo)... Toda la vieja tradición de los servidores del rey..., esta gran tradición ha sido definitivamente perdida para nosotros, que debemos comenzar nuestra historia administrativa en el segundo tercio del siglo XIX. ¡Y qué fecha y qué momento de nuestra historia nacional más poco propicio que éste para sentar unas bases fundacionales sólidas con las que intentar suplir la falta de raíces profundas!» (GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Administración Española*, Alianza Editorial, S. A., Madrid, 1972, pág. 114).

devenir histórico es uno de los problemas más apasionantes que tiene planteados la cultura fáustica occidental, a la que pertenecemos y en cuyo seno pensamos—: las aguas de la Historia jamás vuelven a pasar por el mismo cauce.

El peligro de la privatización del Derecho Público no es menor que el de la «publicización» del Derecho Privado: intereses muy importantes se mueven en esa dirección. De nuevo, la aguda pluma de GARCÍA DE ENTERRÍA lo ha denunciado (24).

Del riesgo de la «publicización» del Derecho Privado se ha escrito mucho más, en España y fuera de ella. Lo menos grave sería que la intervención del Estado en la vida privada obedeciera a factores claramente jurídicos: necesidad de regular el mercado, de evitar la degradación del ambiente, de reprimir los abusos de los monopolios en la producción y distribución de los bienes y servicios vitales, de asegurar que la educación general se adapte a los modernos imperativos de la sociedad más justa que se vislumbra. En la medida en que tales principios fueran enunciados en leyes de vigencia general, claramente promulgadas con el concurso de toda la nación, la «publicización», entendida como un mal necesario o vista desde otra perspectiva, como el cauce imprescindible de la libertad, sería irreprochable.

Por el contrario, en la medida en que la «publicización» de las instituciones privadas, sea cual fuere la legislación que se dictara, la imponga una Administración que puede adolecer de los defectos que ha denunciado GARCÍA DE ENTERRÍA y frente a la cual el cuadro de medios de defensa del ciudadano sea de costoso y difícil manejo, existe un grave peligro de pérdida de las libertades fundamentales de la persona y la familia. Tales libertades, tradicionalmente—y con no escaso éxito, a mi modo de ver—, las ha venido salvaguardando el Derecho Privado y los que han sido siempre sus más fieles defensores: la justicia europea occidental y las asociaciones profesionales de abogados.

La conquista histórica exige una permanente reactualización de principios. Dicha reactualización deben acometerla los ciudadanos todos y los que son guías naturales en materia jurídica: los juristas.

(24) Afirma GARCÍA DE ENTERRÍA que en nuestra Administración existe lo que en frase de MAX WEBER se llama «feudalismo prebendario», o sea el sistema de remuneración de los funcionarios por las llamadas tasas, consagrado por la Ley de 26 de diciembre de 1958; la presencia puramente parasitaria de los funcionarios en la organización, con formas típicas y notorias, como el absentismo, la reducción de la jornada y calendario laborales, la compatibilidad de las funciones públicas y las privadas, la conversión de la organización administrativa en patrimonio de los cuerpos de funcionarios, la pervivencia de muchas formas de intervención administrativa que no sirven a los fines de la organización, sino a los personales de sus agentes; la adscripción de los Cuerpos de funcionarios a un servicio concreto del que no pueden salir... (*ob. cit.*, págs. 119-122).

GARCÍA DE ENTERRÍA apunta agudamente la debilidad inicial de nuestra Administración, la dejación sistemática por ella de las tareas de reflexionar sobre la propia organización, de perfeccionarla, de planear a larga escala sus intervenciones, el esclerosamiento de sus estructuras, la falta del liderazgo institucional de sus instituciones... Todo ello no ha sido corregido por las sucesivas reformas de la Administración que se han intentado.

Es menester emprender un esfuerzo de replanteamiento de las bases orgánicas más profundas de nuestra Administración...

El tiempo nos impulsa con la inexorabilidad de lo perentorio a depurar resueltamente en nuestra realidad administrativa lo verdaderamente funcional de lo que es debido a la simple inercia de una fase inicial que tampoco fue muchas veces planeada con la debida profundidad ni seguida con la adecuada consecuencia, lo que es positivamente degenerativo y patológico de aquello otro en que existen positivos o potenciales valores con la finalidad básica, que me parece previa a toda otra medida, de robustecer las líneas puras y abstractas de la organización, entendiendo ésta en su genuino sentido de estructura objetiva e impersonal, devolviéndola su sentido instrumental y evitando que pueda considerarse como un fin en sí misma, separando rigurosamente a la organización de sus agentes, desfeudalizando—hemos visto que podemos decir—y profesionalizando nuestros cuerpos funcionariales... (25).

La reforma de la Administración, encargada de aplicar el Derecho Público, dará sentido a la distinción entre Derecho Público y Privado, sentido que he apuntado corre el riesgo de perderse, cualesquiera que sean las teorías abstractas que se profesen al respecto y las elucubraciones conceptuales que adoptemos para distinguir uno de otro Derecho.

No es menos trascendental la tarea de los iusprivatistas. Por todos ellos, en unas páginas antológicas, ha hablado Díez PICAZO (26): «¿Cuál es el quehacer actual del Derecho Civil? ¿Cómo se presenta el Derecho Civil actual?

Formalmente hay como una continuidad palpable en el hilo argumental del Derecho Civil: este Derecho Civil actual desmembrado, patrimonializado, administrativizado, continúa poseyendo una vigorosa propensión a ser aquella parte o sector del ordenamiento jurídico que tiene por objeto la protección y defensa de la persona y la ordenación de sus fines dentro de la comunidad. Su problema primordial de hoy es de reajuste. Llamamos reajuste a la necesidad de obtener la más completa adecuación del concepto formal del Derecho Civil, que, como hemos

(25) *Ob. cit.*, págs. 123-124.

(26) *Lecciones de Derecho Civil*, I, citado, págs. 21-22.

dicho, continúa vigente, con sus principios internos de organización y con su contenido externo.

Este reajuste exige, en primer lugar, una reacción vigorosa contra todas las tendencias que sean contrarias a su esencial finalidad de protección y defensa de los fines de la persona. Contra la excesiva ingerencia estatal en la órbita de actuación de la persona, le corresponde al Derecho Civil la labor, penosa, ciertamente, de conservación y mantenimiento de las prerrogativas de la persona (autonomía privada). Frente al excesivo auge de los valores económicos y patrimoniales debe el Derecho Civil recoger la totalidad de los fines de la persona y agrupar debidamente jerarquizadas las instituciones que las realicen (valor de la persona).

Para reafirmar este puesto central del Derecho Civil dentro de la total organización jurídica hay un quehacer que es el más necesario y urgente: revisar los principios jurídicos civiles, lo cual exige dilucidar cuáles de entre los principios clásicos de nuestra ciencia conservan vigencia actual y cuáles de las nuevas reglas han alcanzado aquel valor primario...

El reajuste del Derecho Civil moderno exige también la actualización del Derecho Civil, que es quizá una de nuestras más ingratas tareas... El Derecho Civil tiene que estar a la altura de su tiempo. Recoger y dar cauce jurídico a estas nuevas condiciones vitales y a estas estructuras nuevas es una tarea penosa, que exige una persecución constante de la evolución social. El Derecho Civil no puede ser ya el Derecho de las antiguas formas de vida de las instituciones tradicionales. Tiene que ser el Derecho de las formas de vida de la persona del tiempo presente...»

En la medida en que los sugestivos programas de acción de GARCÍA DE ENTERRÍA y Díez PICAZO sean puestos en práctica por grupos cada vez más numerosos de juristas; en la medida en que el especialista de Derecho Privado se interese vivamente no sólo en el perfeccionamiento de su disciplina, sino en la reforma de la Administración y, como es lógico, del Derecho Público todo—Administrativo, Procesal Civil y Penal, Orgánico Judicial, Penal—; en la medida en que el iuspublicista se mantenga al corriente de la fundamental problemática del Derecho Privado y postule como jurista su inaplazable perfeccionamiento, la vieja distinción de Derecho Público-Derecho Privado no será flor de un día—el Estado burgués liberal de Derecho—, que pasó y ya no volverá, ni distinción formal perteneciente al panteón de las figuras jurídicas inútiles, sino base firme, incommovible, del quehacer diario, de la disci-

plina mental y, en definitiva, de la interior satisfacción de todos los que profesamos el Derecho.

IV. CARACTERES DEL DERECHO DE FAMILIA DE LAS CODIFICACIONES BURGUESAS DEL SIGLO XIX

Hecha esta larga digresión, debo volver a lo que es el fundamento de mi estudio: el puesto sistemático del Derecho de Familia en el sistema todo del Derecho.

En el siglo XIX, la sistematización del Derecho de Familia en el seno del más puro y genuino Derecho Privado era indiscutible. A ello contribuyen una serie de circunstancias, que creo debo exponer con alguna extensión:

1) El puesto modesto del Derecho en la regulación de la vida familiar: Si, como se afirma con acierto, la familia está regida más por las *mores* que por las *leges*, y si subsistía en la legislación y en las costumbres la autoridad marital más vigorosa, con la consagración por los Códigos civiles del deber de obediencia de la mujer al marido y la patria potestad más absorbente, de la que se excluía a la madre, al menos, en primer término, el Derecho familiar sólo tenía aplicación práctica en las causas matrimoniales, ciertamente escasas, al alcance sólo de las clases pudientes, que para muchos Derechos concordados quedaban sustraídos a la competencia de los Tribunales civiles, o en las relaciones patrimoniales familiares, en las que entonces, como ahora, la influencia de los principios del más elaborado Derecho Patrimonial desdibujaba los perfiles de las relaciones familiares típicas o características: la conyugal, la paterno filial, la tutelar.

La autoridad marital, la patria potestad absoluta de los padres de familia victorianos, la prohibición de la investigación de la paternidad, el desconocimiento absoluto de la filiación ilegítima, prácticamente relegaban al campo de las *mores*, del no Derecho, las relaciones familiares. La elaboración doctrinal del Derecho Familiar era imposible en el marco de un Derecho casi inexistente, que capitulaba constantemente ante las *mores* familiares autoritarias de la época.

2) La intervención del Estado en la vida familiar, consecuente con el principio general del liberalismo, era mínima. El Estado definía las condiciones básicas de la familia—regulación del matrimonio religioso o civil, la patria potestad, la filiación, la autoridad marital, las relaciones económicas entre los esposos y las instituciones tutelares—. El marco de dicha regulación era puramente jurídico, el Estado no era intervencio-

nista: ni pretendía proteger especialmente la familia ni controlarla para que cumpliera fines estatales—demográficos, laborales, militares, etc.

3) El acusado individualismo de las instituciones familiares. UNGARI (27) afirma que «la familia de tipo napoleónico, no obstante su fuerte estructura de mando, aparece constituida sobre una trama jurídica netamente individualista. No hay ya un cuerpo social, como el antiguo linaje, ni una magistratura social, como la familia noble de la Francia *ancien régime*, sino una constelación (según los polemistas 'ultra', una 'colección') de personas que mediante el divorcio o con la emancipación que sigue de pleno derecho a la mayoría de edad pueden marchar cada una hacia un individual destino propio. El hijo, aun menor y aunque permanezca en la casa, es capaz de adquirir y poseer en propiedad... El Código no impone ni siquiera a la mujer asumir el apellido del marido: la costumbre francesa por decenios consentirá en muchas zonas a ellas conservar el de soltera, y a los hijos, juntarlo al propio. A los veinticinco años, para los hombres, y a los veintiuno, para las mujeres, cesa la necesidad del consenso de los padres a las nupcias... La prohibición de desheredar y la igualdad sucesoria, mientras indirectamente debilitan la autoridad paterna, hacen caer la distinción entre los primogénitos y los menores, entre varones y hembras... Pero el instituto que luce de modo decisivo sobre todos los otros del nuevo Derecho de Familia y forma el fondo común es el divorcio».

4) El prejuicio legislativo de regular las relaciones patrimoniales con preferencia a las personales. Sobre todo, en la doctrina francesa se ha criticado la ideología burguesa-patrimonialista del Derecho Familiar.

SAVATIER (28) resalta el desequilibrio existente entre el número de artículos dedicados en el *Code civil* a las personas—515—y los destinados a los bienes—1.766—. En el caso concreto de la tutela y de la interdicción «son más los bienes del incapaz que su persona los que preocupan al legislador». El contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio es clasificado por el *Code civil* como ¡modo de adquirir la propiedad!

No está muy alejado de esta concepción nuestro Código civil cuando clasifica en el libro IV, en las obligaciones y contratos, el contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio (título III).

El cambio, perfectamente perceptible a fines del siglo XIX, de las estructuras familiares, consecuencia del cambio de las socioeconómicas y políticas y, sobre todo, las ideologías individualistas, que afirmaban la emancipación de la mujer y la protección del niño, debía dar lugar

(27) *Il Diritto di Famiglia in Italia*, Il Mulino, Bolonia, 1970, pág. 88.

(28) *Les métamorphoses économiques et sociales du Droit Civil d'aujourd'hui*, Première Serie, 3.^a edición, París, Librairie Dalloz, 1964, págs. 407-408.

a las primeras leyes y jurisprudencia innovadoras en materia familiar, reformadoras del viejo Derecho de Familia codificado o creadoras de los rudimentos del Derecho Administrativo Familiar. Todo ello, aun en embrión, no pudo dejar de llamar la atención de algunos juristas de espíritu despierto, como ANTONIO CICU, que precisamente completaba su formación intelectual en dichos años.

V. ORIGENES DE LA CONCEPCION IUSPUBLICISTA DEL DERECHO DE FAMILIA. DOCTRINA DE ANTONIO CICU

No había pasado inadvertida a la doctrina la singularidad de la normativa del Derecho de Familia. UNGARI (29) reconoce que la tesis de CICU acerca de la singularidad del Derecho de Familia, en la división Derecho Público-Derecho Privado, tiene un precedente en las afirmaciones de PISANELLI en la discusión parlamentaria del Código civil italiano de 1865.

Sin embargo, MESSINEO (30) resalta el mérito de la obra de CICU al desenvolver en consecuencias jurídicas el primordial principio del aspecto ético de los institutos familiares.

Creo que la circunstancia histórica en que se desarrolló la formación de ANTONIO CICU en los últimos años del siglo XIX influyó sustancialmente en su teoría. La familia italiana que vio formarse al insigne profesor era la característica del cambio social de la primera industrialización italiana de fines del siglo XIX. El Código de 1865 significó un gran avance en la regulación de la familia, que hasta la fecha había estado normada por ordenamientos civiles anteriores a la unificación de la península. La vieja familia patriarcal, que reflejan la literatura y el séptimo arte italianos, venía reduciendo su tamaño como consecuencia del cambio económico y social: el antiguo régimen familiar definitiva-

(29) «El Código de 1865 se presentaba con perfiles característicos. Sistemáticamente, la estructura es de tipo francés: la mayor parte de los institutos de la familia están por ello regulados en el libro de las Personas, mientras Sucesiones y Contratos del matrimonio encuentran lugar en el libro tercero, entre los modos de adquisición de la propiedad. Pero PISANELLI, del que el texto tomó nombre, hubiera querido una mayor pureza de principios privatísticos, en virtud de la cual la propiedad campeaba sola en el centro del Derecho Civil: la idea fundamental del Código civil es la de la propiedad y todas sus disposiciones giran en torno de sus bienes. El primer libro del Código hace referencia, no obstante, a los derechos de familia, aunque a mí siempre me ha parecido que este primer libro sea una rama de leyes especiales e intermedias entre el Código civil y el Estatuto (ley constitucional del Reino italiano)... El Código civil atañe al individuo; el primer libro del Código, a la sociedad familiar; el Estatuto, a la sociedad política» (ob. cit., págs. 136-137).

mente pasaba a la historia. La familia nuclear moderna se imponía progresivamente por todas partes.

El legislador iniciaba una tímida intervención en los poderes familiares, limando las aristas más hirientes de la patria potestad y de la potestad marital. En este sentido, GIORGIANNI (31) resalta la progresiva regulación por la norma jurídica de los poderes familiares, antaño absolutos, del marido sobre la mujer y del padre sobre el hijo. «El contenido de los poderes estaba determinado exclusivamente por la costumbre social de la época y del lugar. El Derecho de Familia constituía la zona del no Derecho. La necesidad de dictar reglas jurídicas se ha manifestado cuando el ordenamiento—bajo la presión de variadas exigencias—ha sentido la necesidad de controlar el ejercicio de aquellos poderes preocupándose también de los otros miembros del grupo y tal vez de intereses superiores. Así, poco a poco, este sector ha llegado a estar más influido por normas jurídicas... Tal evolución, sustrayendo a los poderes familiares el originario carácter individualista, ha sido expresada desde el punto de vista doctrinal en varias fórmulas, como la de la «publicización» del Derecho de Familia, de las potestades que son también 'oficios', del poder-deber, etc.»

La codificación de 1865 y los estudios doctrinales y filosóficos posteriores a esta fecha preparaban el adecuado marco cultural para que un talento sintético de altos vuelos, como ANTONIO CICU, expusiera su brillante teoría acerca del Derecho de Familia.

No es un secreto para nadie que, según CICU, la familia es el arquetipo del Estado, y el Estado, de la familia. «La elementalidad y tangibilidad de la estructura de la familia servía para iluminar la estructura de la sociedad organizada en forma de Estado, y ésta, a su vez, me confirmaba y aclaraba la esencia de la familia. En la concepción del Estado encontraba solución una multitud de problemas fundamentales. Sociedad

(30) «Por más de uno se reconocía—es cierto—el fondo genéricamente ético de tales relaciones (familiares): basta tomar la... *Enciclopedia Jurídica* de FILOMUSI GUELFY... para comprobar que para este autor, representativo de su generación y teniendo intereses a caballo entre el Derecho Civil y la Filosofía moral y jurídica, el aspecto ético de los institutos familiares no era desconocido o desdeñado...

No obstante, respecto al Derecho de Familia esto era poco menos que una profesión de fe, que se limitaba a afirmar principios y no andaba muchos más adelante, en la identificación del modo en que el elemento ético se traduce en aspectos y cánones netamente jurídicos. Tal tarea, que llamaré de transmutación, es la contribución que CICU ha aportado mientras que antes de él nadie había andado en tal dirección» (*L'opera de Antonio Cicu*, prólogo a los *Scritti minori*, volume primo, tomo primo, págs. XI y XII).

(31) «La disciplina dei rapporti personali nel disegno di legge governativo sulla riforma del diritto di famiglia», en *Aspetti della riforma del Diritto di Famiglia*, Giuffrè, Milán, 1968, págs. 10-11.

natural, organismo más que organización, surgido no de un artificio contractual, sino de los impulsos que mueven a los individuos a unirse con otros cuando adquieren la conciencia más o menos instintiva de que el juntarse, el agregarse, es una necesidad imprescindible» (32).

Para CÍCU, la relación jurídica no se presenta siempre con la misma estructura. Confrontando el matrimonio o la relación jurídica paterno filial con el vínculo que une entre sí a los socios, se aprecia una diversidad estructural evidente.

«En el segundo caso hay voluntades libres que con el contrato proveen a los propios intereses individuales: autonomía de la voluntad, autonomía de intereses. En el primer caso falta la autonomía de la voluntad, porque ésta debe servir a un interés que frente a los intereses individuales de cada uno se presenta como superior, dominando sobre las voluntades, y es este interés el que liga a los individuos e indisolublemente» (33).

A este vínculo llama CÍCU relación orgánica, «porque, como en todo organismo, en él hay una combinación de elementos para un fin unitario» (34). Aspecto o rasgo que falta en el vínculo que une entre sí a dos socios de una sociedad.

Hay, por tanto, dos tipos diversos de relación jurídica, por la diversa naturaleza que tiene en ella el interés y la diferente función que ejerce la voluntad.

Tal diversidad de estructuras no puede menos de dar lugar a distintos principios y conceptos fundamentales.

En la relación orgánica—*status familiae, status civitatis*—, la tutela de la norma se actúa fundamentalmente imponiendo deberes, invistiendo funciones y predisponiendo los medios para obtener que deber y función sean bien cumplidos. Cuando en la relación orgánica se establece un derecho, éste es otorgado para obtener el cumplimiento de un deber. Esto ocurre en la relación de Derecho Público y en la familiar. No así en la relación típica de Derecho Privado: aquí, la tutela jurídica actúa fundamentalmente atribuyendo derechos y dejando libre a su titular de proveer a su ejercicio y demandar su tutela.

«De constatar que tiene estructura de relación orgánica la existente entre el individuo y el Estado y la relación familiar y no la que haya

(32) «Cómo llegué a la sistematización del Derecho de Familia», en *Scritti minori di Antonio Cícu*, volume primo, *Scritti di Teoría Generales del Diritto, Diritto di Famiglia*, tomo primo, Milán, Giuffré Editore, 1965, págs. 118-119.

(33) *Sulla struttura del rapporto giuridico*, en el mismo tomo, pág. 73.

(34) *Id.*, *íd.*, pág. 74.

entre particulares pueden aportarse notables luces para los máximos problemas del Derecho, tanto técnicos como filosóficos y políticos» (35).

De tal planteamiento era lógico deducir consecuencias, en el campo de la sistematización del Derecho de Familia, en el cuerpo general del ordenamiento jurídico.

«Tradicionalmente—afirma CÍCU—había sido considerado como una de las partes del Derecho Civil o Privado, sometido, por tanto, a los principios y figuras generales del Derecho, que la doctrina pandectista alemana había recogido en una parte general. La doctrina civilista se sintió incómoda en varios puntos al forzar la inclusión dentro de estos principios y figuras del Derecho de Familia, incomodidad natural y evidente, porque los pilares del Derecho Privado son las instituciones de la propiedad, del negocio jurídico y de la responsabilidad por acto ilícito... Por el contrario, en el Derecho de Familia, la voluntad está determinada por el interés, pues está puesta para servirle: los bienes están vinculados a los fines, como ocurre en la dote o en el patrimonio familiar; sirven para el mejor cumplimiento de una función, como sucede en el usufructo legal de los padres, o son para fines altruistas, como acaece en la obligación de alimentos» (36).

El concepto de autonomía de la voluntad aplicado al campo del Derecho de Familia tiene una utilidad limitada, pues servirá para la doctrina general del Derecho, pero no borrará la profunda diferencia entre la autonomía privada en el Derecho Patrimonial y en el Derecho de Familia: la noción es inservible para la dogmática jurídica usual y para la práctica jurídica.

«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 de Derecho Público, era evidente que no podía acomodarse al 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

(35) *Cómo llegué...*, citada, pág. 117.

(36) *Cómo llegué...*, pág. 116.

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» (37).

En ningún momento, pues, CÍCU llegó a identificar el Derecho de Familia con el Derecho Público, a integrar el primero en el segundo. Destacó únicamente la evidente analogía de la relación jurídica familiar con la iuspública; la separación de aquélla de la relación jurídica atómica, individualista, característica del Derecho Privado, y la necesidad de construir los principios generales del Derecho de Familia así caracterizado. Por tanto, el Derecho de Familia, en la concepción primera de CÍCU, venía a ser un *tertium genus*, intermedio entre el Derecho Público y el Privado.

En 1955, sin llegar a rectificar su idea fundamental, la especificidad del Derecho de Familia dentro del sistema general del Derecho, precisó y matizó algunas de las conclusiones. En su obra *Principii generali di Diritto de Famiglia* (38) afirma que aunque la estructura de la relación jurídica familiar conduce a acercar el Derecho de Familia al Derecho Público, ello no lleva a considerarlo como parte del Derecho Público, sino más bien como parte autónoma del Derecho Privado. La razón para distinguirlo—como parte que es del Derecho Privado—del Derecho Público es la falta del concepto de soberanía, pues aunque existe en la familia un poder sobre individuos determinados—la patria potestad—tiene, sin embargo, una duración limitada. El *status* familiar, la relación orgánica familiar, pueden nacer de un hecho o un acto jurídico, pero nunca de un contrato. Ni están reguladas contractualmente ni se extinguen por el concorde querer de las partes, ya que la voluntad por sí sola es ineficaz para constituir, regular o extinguir las relaciones familiares: ni aun en las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, pese a que se reconozca aquí a la voluntad una eficacia mayor.

En la distinción, fundamental para la ciencia jurídica, entre Derecho Público y Derecho Privado, al Derecho de Familia se le mantiene en la posición sistemática tradicional, que lo incluye en el Derecho Privado. «Pero 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» (39).

(37) *Cómo llegué...*, págs. 117-118.

(38) Sigo la síntesis que del referido trabajo realizan LACRUZ BERDEJO (*Derecho de Familia. El matrimonio y su economía*, Librería Bosch, Barcelona, 1963, página 20, nota) y BELTRÁN DE HEREDIA (*ob. cit.*, pág. 844).

(39) CÍCU en la síntesis de dicho trabajo de BELTRÁN DE HEREDIA, pág. 844.

VI. LA «PUBLICIZACION» DEL DERECHO DE LA FAMILIA EN LAS LEGISLACIONES Y DOCTRINAS EXTRANJERAS

El cambio social irreversible que se produjo en Europa en los primeros decenios del siglo xx motivó el nacimiento de ideologías totalitarias —fascismo, nacionalsocialismo, comunismo—, que no dejaron de influir en la legislación familiar de los países a los que llegó su influjo.

La victoria de los aliados en la segunda guerra mundial llevó a la parte del mundo a que se extendió la esfera de influencia de Occidente, un ideario familiar esencialmente basado en la democracia liberal.

Por el contrario, en Europa oriental, sede de la U.R.S.S. y las democracias socialistas, preponderó lo que RIGAUX llama concepción dogmática secularizada de la familia.

a) Legislación familiar italiana de entreguerras: UNGARI (40) afirma que «en el ciclo político legislativo abierto por la marcha fascista sobre Roma en 1922 confluyen algunos postulados de la reforma propios de la era liberal, pero que llegan ahora a actuar una política legislativa dirigida a la restauración de la familia, que no tanto deriva del programa fascista como tal, sino que debe reconducirse al nacionalismo corradiano, a sus juristas y a su ideología. En sus más consecuentes elaboraciones doctrinales y, en particular, aquellas que están ligadas a la polémica científica emprendida antes de la guerra por CICU para la reivindicación del Derecho de Familia a la esfera del Derecho Público, esta tendencia podía contrastar de modo radical con la dirección concordataria que después fue seguida».

ALFREDO ROCCO, ministro de Justicia fascista, al que se debió la promulgación del Código civil de 1942, aunque no llevara su firma de ministro el Decreto real que lo promulgó, afirmó que «el principio de la fuerte organización social» y de «las diferencias cualitativas de los miembros» de la familia debía importar también el sacrificio de los intereses de los individuos a la unidad familiar y a las razones de la política demográfica nacional (41).

MAROI (42) resumía un estado de opinión de los juristas italianos de aquellos años al afirmar que «nuestro Código civil de 1965 ha ignorado todo lo que de cohesión y cooperación, de fraterno y patriarcal, hay todavía en las costumbres de nuestras familias rurales, es decir, un 'patrimonio de estirpe' todavía incorrupto, que mientras cimentaba la

(40) *Ob. cit.*, págs. 177-178.

(41) Citado en *Ungari*, pág. 178.

(42) Citado en *Ungari*, págs. 185-186.

homogeneidad étnica podía consentir vincular la obra de la nueva codificación civil a los tesoros del folklore jurídico y (lo que era parcialmente lo mismo) a la gran tradición del Derecho Común, preunitario y prenapoleónico».

La legislación fiscal, de seguridad social, administrativa, del fascismo, intentaba, sí, robustecer la familia para hacerla un instrumento al servicio del Estado.

CICU captó perfectamente la esencia del Derecho Familiar contenido en el Código Rocco, al afirmar que el legislador fascista tuvo clara conciencia de que el Código italiano de 1865, modelado sobre el napoleónico, aun inspirándose en los principios individualistas y liberales de la Revolución, no había podido, en la disciplina del instituto familiar, renegar aquello que es en su natural esencia, su función social, el predominio que tiene el interés superior, el momento del deber, sobre el interés individual, sobre la autonomía del individuo (43).

«Por tanto, el legislador fascista no introdujo—continúa CICU—radicales innovaciones en la disciplina de la familia» (44).

Enumera en dicho trabajo CICU los puntos en que el nuevo Código acogió o acentuó el espíritu propio del Derecho Familiar—en el sentido expuesto por el autor: transindividualista, autoritario y eminentemente conservador y jerarquizante de las relaciones jurídico familiares—y que, por supuesto, no voy a detallar.

b) Legislación familiar nacionalsocialista: No estoy de acuerdo con CATHERINE LABRUSSE-RIOU (45) y sí con BELTRÁN DE HEREDIA (46), al afirmar que la ideología política nazi tuvo influjo, y no escaso, en el Derecho de Familia Alemán. A las leyes que cita BELTRÁN DE HEREDIA habría que añadir la *Erbhofgesetz* de 1933, que restablecía la sucesión amayorazgada de las explotaciones agrarias familiares que no excedieran de 125 hectáreas de extensión. La finalidad de dicha ley era arraigar en la tierra a la familia campesina y hacer efectivo el mito nazi de *Blut und Boden*.

En la práctica se convertía en un útil instrumento de intervencionismo del partido y del Estado en la vida de la familia campesina.

El peligro para el Derecho de Familia alemán lo constituía, más que las singulares leyes nacionalsocialistas, el *Führers-prinzip*, contradictorio con la noción del Estado de Derecho y de la distinción del De-

(43) «Lo spirito del Diritto Famigliare nel nuovo Codice Civile», en *Scritti minori*, tomo citado, pág. 145.

(44) Id., id., pág. 145.

(45) *L'égalité des époux en Droit Allemand*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1965, pág. 21, nota.

(46) *Ob. cit.*, pág. 824.

recho en Público y Privado. La voluntad de Hitler hubiera podido arruinar, si se le hubiese dado tiempo, la estructura de la sana y tradicional familia alemana.

c) Legislación familiar soviética y de las democracias populares: Estudiar un conjunto de Derechos de Familia de características tan peculiares, influidos por la peculiar concepción materialista histórica marxista, pero que a la vez conservan reminiscencias de los ordenamientos jurídicos nacionales presoviéticos, es una tarea enorme para la que no me siento capacitado. Sin embargo, cabe apuntar algunas de las características o trazos comunes de lo que a los ojos de los especialistas constituye ya un sistema de Derechos de elementos determinantes semejantes, aunque varíen los elementos fungibles, que debe contraponerse a los sistemas de Derecho continental, anglosajón o cualesquiera otros en que para su estudio por el Derecho Comparado se divide el orbe de los ordenamientos jurídicos.

En la U.R.S.S., de un Derecho prácticamente liquidador de la vieja familia zarista—extensa, autoritaria, patriarcal—, muy radical en su emancipación de la mujer y en la concepción del matrimonio y de la familia—libre investigación de la paternidad, matrimonio por *usus* no formalizado legalmente, divorcio por mutuo disenso, aborto libre, supresión absoluta de la autoridad marital, separación absoluta de bienes en el matrimonio—, característico de los primeros tiempos del comunismo soviético, se pasa en la actualidad a una noción mucho más equilibrada y conservadora, en que los rasgos jurídicos de la familia soviética apenas sí difieren de los de la burguesa occidental (47).

Sin embargo, la «publicización» del Derecho de Familia es obvia para el jurista soviético. «La teoría y la práctica del Derecho socialista no aceptan la división bipartita de los sistemas de Derecho en Derecho Público y Derecho Privado, añadiendo eventualmente un tercer grupo de Derechos especiales variados conocida en los Derechos continentales y en los sistemas de Derecho anglosajón también. La teoría socialista

(47) CZACHORSKY, en «Observations préliminaires concernant le droit de la famille», en *Introduction aux Droits Socialistes*, obra colectiva de BLAGOJEVIC, CZACHORSKY, IONASCO y otros, publicada por la Akademiai Kiadó, Budapest, 1971, página 528, afirma que «la existencia de rasgos comunes explica de un modo relativamente fácil la aparición en los sistemas de Derecho de todos los países socialistas europeos de las mismas ideas o, si se puede decir, principios generales comunes del Derecho de la Familia. Estos principios constituyen el fundamento de las leyes y los códigos de familia de los países en cuestión. A nuestro parecer, parecen ser los siguientes: 1) laicización del matrimonio; 2) monogamia; 3) estabilidad de la familia; 4) igualdad de derechos de la mujer y el hombre; 5) protección del niño nacido fuera del matrimonio; 6) protección de los menores; 7) protección de las personas incapaces de trabajar (derecho de alimentos)».

del Derecho constata, ante todo, que, en el fondo, la división en cuestión no es la del sistema de Derecho en diferentes ramas, sino una distinción hecha según ciertos grupos de ramas del Derecho... Haciendo abstracción de toda otra consideración, la división tradicional del sistema de Derecho en Derecho Público y Derecho Privado reposa sobre un criterio formal, es decir, sólo sobre el modo de la reglamentación aplicada por el Derecho en uno y otro dominio. Esta división no tiene en cuenta, en efecto, lo que es reglamentado por tal o cual parte del sistema del Derecho, especialmente los caracteres que revisten las condiciones de vida reglamentadas. La base de la crítica ejercida en esta materia por la teoría socialista del Derecho consiste brevemente en que esta división desdeña el criterio objetivo frente al metodológico. En todo caso, en el Derecho socialista, los diferentes métodos de la reglamentación no se delimitan unos de los otros con una claridad que permita que el modo de la reglamentación, reposando, de una parte, sobre la subordinación, y de otra, sobre la autonomía, pueda llegar a ser un criterio independiente de la división. En consecuencia, la teoría socialista del Derecho busca otros criterios de división...» (48).

La supresión de la distinción del Derecho en Público y Privado para el jurista soviético creo responde a la especial consideración del concepto de «legalidad socialista» frente a la tradicional noción de Estado de Derecho de las democracias occidentales.

Se sostiene que la protección de los derechos y libertades individuales, aunque absolutamente necesaria, «no es para nosotros una cuestión de las más importantes. No lo es por la sencilla razón de que hay cosas más importantes todavía y elementos del concepto de legalidad socialista más esenciales. El elemento más importante—e insisto sobre esta palabra—y decisivo de la legalidad socialista es la garantía de la realización del socialismo, realización que se debe operar estrictamente según las reglas del Derecho, estableciendo los fines inmediatos y los más lejanos y definiendo los medios y las modalidades de la acción» (49).

En suma, la realización de los designios del Estado socialista tiene prioridad sobre la protección de los derechos y libertades humanos, que en la práctica carecen de las garantías necesarias y pueden ser conculcados diariamente. Los fines del Estado impiden que la distinción entre Derecho Público y Privado tenga sentido en los Derechos socialistas: dentro de la concepción unitaria del Derecho, el Derecho Público regula

(48) SZABÓ: «Le droit socialiste» (Introduction), pág. 125, en *Introduction*, citada, págs. 128-129.

(49) JAROSZINSKI: «Les éléments populaires dans le concept de la légalité socialiste», citado en *Sociedad, Estado y Derecho en la Filosofía marxista*, de REMIGIO CONDE, Ed. Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1968, pág. 181.

lo que en Derecho burgués es el Derecho constitucional, pero no existe un Derecho privado aislado de la influencia del Estado, como era característico del Derecho Privado del Estado burgués liberal de Derecho.

En tal sentido tiene escaso interés dentro de la concepción de la legalidad socialista si el Derecho de Familia forma parte del tradicional Derecho Civil o si es una rama autónoma del Derecho (50).

El Derecho de Familia está totalmente subordinado al Estado y tiene, ante todo, un carácter moral. Su función educadora es resaltada por todos los juristas: «Los principios fundamentales del Derecho de Familia coinciden necesariamente con los de la moral comunista, puesto que son partes integrantes de la misma supraestructura, expresan los intereses e ideales del pueblo trabajador y contribuyen a la realización de un mismo fin: la edificación de la sociedad comunista... El Derecho de Familia ejerce una función moral y educadora singularmente importante, cuyo influjo alcanza a las relaciones extrafamiliares» (51).

Como dice ARANGUREN, «se trata, como se ve, no de una simple 'socialización' de la moral, sino de su estatificación, de su politización. Y no sólo de la moral, sino de toda la cultura y—en la idea—de la vida entera. Todo es absorbido por el Estado, que impone una ideología oficial, a la manera del dogma u ortodoxia seculares, y dicta a cada

(50) SZABÓ, *ob. cit.*, págs. 143-144, afirma que... «el contenido principal del Derecho de la Familia y de la rama del Derecho a ella relativa están determinados por el carácter moral de los vínculos del matrimonio y del parentesco. El reconocimiento de este hecho ha coincidido en todos los países socialistas con el objetivo de realizar la igualdad jurídica del hombre y de la mujer en el interior de la familia igualmente. Este reconocimiento ha comportado la necesidad de crear leyes especiales sobre el matrimonio y la familia, y en consecuencia de ello el Derecho de la familia se ha desgajado del Derecho Civil en cuanto a su materia también, y ha accedido a la autonomía. Hoy en día, en la mayor parte de los países socialistas, el Derecho de la Familia es una rama distinta de Derecho, la cual tiene evidentemente ciertas conexiones con el Derecho Civil que son más estrechas que las que la unen a las restantes ramas del Derecho, lo que no modifica en nada el hecho de que el Derecho socialista de la familia reposa sobre principios fundamentales que, en su esencia, son otros distintos de los del Derecho Civil socialista».

Sin embargo, dicha opinión no es unánime. Así, CZACHORSKY opina «parecer más razonable pronunciarse por los partidarios de la unidad y no por los de la separación».

Así creemos justo tratar las materias de las relaciones familiares como parte de las relaciones de Derecho Civil en el sentido más amplio del término. Bien seguro, las relaciones familiares de que se trata tienen más de común con todos los reglamentos de Derecho puramente patrimonial que se refiere a los sujetos —personas físicas— que con lo que toca al orden de todas las personas morales, comprendidas las personas morales estatales, y su participación en las relaciones con otros sujetos de derecho» (*ob. cit.*, págs. 525-526).

(51) POPESCU: «Die erziehrische Rolle des Familienrechts, Neue Justiz», 1964-2, citado en REMIGIO CONDE, *ob. cit.*, pág. 208.

individuo lo que ha de creer, saber y hacer. El ámbito privado es completamente eliminado, la 'publicación' de la vida llega a ser completa. El Estado, mientras no se cumpla la mística escatológica marxista, se hace absorbente, cerrado, omnipotente, total» (52).

(4) Legislaciones y doctrinas jurídicas familiares occidentales: «publicización» y «privatización» del Derecho de Familia: La «publicización» del Derecho de Familia, o si se quiere hablar con menos precisión, el intervencionismo de los poderes públicos en la vida familiar, es una realidad evidente incluso en los ordenamientos democráticos de Occidente. Antes vimos el carácter no intervencionista en materia familiar del Estado burgués liberal del siglo XIX. Hoy en día, la familia, grupo social minúsculo, que ha perdido muchas de sus funciones tradicionales y que difícilmente puede cumplir las nuevas exigencias que una sociedad mucho más evolucionada y compleja le impone sin cesar, debe ser ayudada por el Estado.

Tal intervencionismo sería absurdo se realizase bajo el signo exclusivo del Derecho Privado, dejando los mecanismos de protección y apoyo a la discreción de los miembros de la familia. Algunos deberes primordiales de la misma, como el sustento y el cuidado de las enfermedades de sus miembros o la educación de los niños, no pueden simplemente dejarse al buen criterio de los padres: la obligatoriedad de tales funciones, ya imperante en todos los Códigos civiles liberales, se refuerza con nuevas leyes, que apenas dejan nada a su arbitrio.

Surge así el Derecho Familiar «administrativo» (53), descuidado curiosamente por los especialistas de Derecho Privado y por los administrativistas, como toda institución situada a caballo de dos ordenamientos.

El peligro grave de tal intervencionismo, que no dejan de apuntar los juristas extranjeros, es que si el Estado paga a la familia, la asalaría por el viejo aforismo de que «quien paga, manda». Cabe que los genuinos reductos del Derecho Civil, la patria potestad, la educación de los hijos, queden así a merced del poder público, que sutilmente puede dictar una política educativa que convenga a los intereses del grupo hegemónico que controla el Estado y no a los de promoción de la sociedad toda.

Se habría llegado en tal supuesto a una situación nazi sin terror o soviética sin ideología materialista ni ética comunitaria absorbente: el poder utilizaría a la familia como elemento de garantía, de protección

(52) *Ética y política*, Ediciones Castilla, S. A., Madrid, 1968, págs. 240-241.

(53) FRIEDMANN, en «El Derecho en una sociedad en transformación», traducción de la obra, mundialmente famosa, *Law in a changing Society*, por Fondo de la Cultura Económica, México, 1966, pág. 273, emplea esta denominación.

de los intereses de las casta dominante, imponiéndole la tarea de reprimir los intentos contestatarios de los jóvenes en etapa de formación, a cambio de la protección económica, que probablemente se discerniría de un modo paternalista, a las familias fieles al poder.

Viceversa, determinadas instituciones represoras del Derecho de Familia (vg., intervención del Estado en la patria potestad) se reservarían a aquellas clases sociales poco adictas al poder.

Se utilizaría el nuevo y el antiguo Derecho de Familia para el logro de los fines del grupo político hegemónico. La desaparición del Derecho Familiar Privado, reducto inviolable de la libertad civil, sería una consecuencia de esa torcida y nefasta «publicización» del Derecho Familiar. El final de un proceso semejante, unido a otra serie de medidas de gobierno—«privatización del Derecho Público»—, daría al traste con los últimos vestigios del Estado de Derecho.

En tal sentido, CARBONNIER (54) afirma que antaño la familia era un conjunto cerrado a la sociedad, se afirmaba incluso frente a ésta y obtenía de ella independencia, y de esta oposición, más independencia y más fuerza. Hoy todas las relaciones familiares son invadidas por intervenciones de la sociedad, es decir, por el Estado. Estas intervenciones estatales toman dos formas: 1) El Estado reemplaza a la familia en número creciente de funciones (por ejemplo, en la función pedagógica, por la educación nacional; en la función alimentaria, por la seguridad social y las prestaciones familiares). 2) El Estado controla a la familia en el ejercicio de las funciones que ella conserva... Las dos formas de intervención, por lo demás, tienen muchas veces entre sí una relación lógica; el que ayuda tiene el derecho de controlar; si la colectividad paga al padre para educar a sus hijos, no es sorprendente que pueda desposeerle de sus poderes nombrando un tutor para las prestaciones familiares.

El mismo autor no deja de reconocer que los mecanismos protectores y admonitores de las familias sólo afectan a algunas de ellas. «Sería una ilusión creerlas a todas igualmente expuestas a las presiones de la colectividad. En materia de poder paterno, por ejemplo, los controles más constrictivos han sido siempre reservados a una minoría de familias pobres o no conformistas, y una encuesta podría revelar que en el funcionamiento de la tutela, las relaciones de la familia al juez se establecen diferentemente, según los medios sociales» (55).

Apunta CARBONNIER que «el peligro del intervencionismo creciente del Estado es real para las libertades. Sin embargo, es la contrapartida

(54) *Flexible Droit*, París, 1971, págs. 128-129.

(55) *Id.*, *id.*, pág. 129.

de las ventajas, que nadie rechaza (y la pobreza es también un peligro para la libertad). No se trata por ello de una condenación absoluta, sino de conciliación, de precauciones y de arreglos» (56).

El mismo autor, pese a subrayar el creciente intervencionismo del Estado en la vida familiar, no deja de reconocer que el Derecho de la Familia sigue siendo fundamentalmente Derecho Privado, Derecho Civil, cuya misión es, ante todo, resolver los conflictos entre personas privadas. No deja, no obstante, de reconocer el particularismo del Derecho de Familia: que la parte de la autonomía de la voluntad sea en él más reducida, el orden público más desenvuelto; que las teorías generales del Derecho civil no se apliquen sin más (ejemplo: acto jurídico y matrimonio, medios de prueba y filiación); en el plano de procedimiento, la existencia de procedimientos especiales debatidos en jurisdicciones especiales.

Sin embargo, sería anticientífico no reconocer que junto a la «publicización» o intervencionismo del Estado en la vida familiar hay, por el contrario, un repliegue de esa misma intervención, una «privatización» del Derecho de Familia, que ha destacado clarivamente FEDERICO DE CASTRO (57).

Si en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos de Europa occidental se ha eliminado—o está en vías de eliminación, como en Italia—la potestad marital y se atribuye la patria potestad conjunta al padre y a la madre sobre los hijos menores, se está quebrantando por doquier la imagen patriarcal autoritaria de la relación jurídico familiar; según CICU, se está rompiendo la analogía entre la relación familiar y la de Derecho Público, pues ya no existe supremacía en uno de los miembros de la familia y subordinación en otro, sino la misma se estructura democráticamente.

La intervención del Estado en las relaciones familiares—para resolver el disenso de los cónyuges en el manejo de su hogar o en la educación de los hijos—no es sino esporádica y en cierto modo teórica en aquellos ordenamientos jurídicos inspirados en el principio de la par condición de los cónyuges (Derecho alemán, francés e italiano, según el proyecto de 1971).
condición de los cónyuges (Derechos alemán, francés e italiano según el

(56) *Droit Civil*, 2, *La Famille. Les incapacités*, P. U. F., París, 1969, página 10.

(57) *Compendio de Derecho Civil*, cit., pág. 35, nota: «Los autores que siguen la ideología individualista criticada podrían hablar (lo que no hacen) de una «privatización» del Derecho de Familia en las leyes modernas de diversos países (divorcio por mutuo disenso, etc.), en verdad, contrarias a la naturaleza de la familia y así repugnantes a la del Derecho Civil.»

acuerdo privadamente para resolver los problemas comunes. La democratización de la familia (58) comporta, a mi juicio, privatización de las normas que la regulan.

LACROIX (59), por cierto, nada sospechoso de individualismo o de laicismo, afirmó ya hace bastantes años que la familia era «encarnación de la categoría de lo social privado». «Frente a una observación superficial, la familia aparece como el lugar privilegiado de la defensa de lo privado...

Es preciso rehusar toda experiencia familiar y estar obsesionado por las preocupaciones político económicas para no ver en la institución familiar más que la célula de la sociedad... El desarrollo de la persona humana exige imperiosamente que el hombre no se dé enteramente ni a la vida privada ni a la pública, sino que progrese a través de una y otra. Uno de los peores peligros que hoy amenazan al ser humano es lo que podría denominarse su publicidad...

Para HEGEL todo es público, todo está abierto, todo está revelado, y en cierto sentido, el hegelianismo es la identidad de la impresión y de la expresión, del interior y del exterior... El pudor se opone a la publicidad del universo hegeliano; está esencialmente ligado a la noción de lo privado. De esta forma puede hablarse del pudor familiar, ya que en la familia existe un secreto y un privado que se comunican inmediatamente a todos los parientes sin que se expresen fuera.»

RIGAUX (60) distingue tres concepciones fundamentales en la estructuración jurídica de la familia en el mundo actual: la concepción cristiana tradicional, fundada en el matrimonio indisoluble; la concepción empírica, consecuencia del proceso de secularización de la familia, y la secular dogmática, característica de la secularización operada en los países socialistas.

En los países occidentales de civilización cristiana, en los que predomina la concepción empírica de la familia, dos ideas fundamentales parecen hoy dominantes: en el matrimonio, los valores de la intimidad pasan a primer plano y crean un derecho nuevo, el derecho a la felicidad. La estabilidad de la pareja llega a ser el ideal del matrimonio, pero

(58) «Es todavía hablar por analogía lejana. Se quiere decir que las relaciones de autoridad que caracterizaron en otro tiempo a la familia han cedido el lugar a relaciones de reciprocidad, que la autocracia del «marido padre», jefe de la familia, se ha desvanecido frente a la autonomía de la mujer y de los hijos» (CARBONNIER: *Flexible Droit*, citado, pág. 132).

(59) *Fuerzas y debilidades de la familia*, Editorial Fontanella, Barcelona, 1967, páginas 61 y sigs.

(60) *Les personnes*, tomo I, *Les Relations Familiales*, Précis de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain, Bruselas, Maison Ferdinand Larcier, S. A., 1971, pág. 123.

el Derecho Positivo admite más ampliamente que otras veces el alineamiento de relaciones jurídicas sobre las situaciones de hecho. El divorcio se limita a liquidar el fracaso de la experiencia conyugal. Para este autor (61), las fuentes del Derecho de Familia pertenecen al Derecho Civil o Derecho Privado, no, como tantas veces se ha afirmado, al Derecho Público. Ni el interés del Estado en la familia ni la circunstancia de que el matrimonio se celebre ante el oficial del estado civil justifican la aproximación del Derecho de Familia al Derecho Público. Los derechos subjetivos familiares son individuales, ligando entre sí a las diversas personas que integran la comunidad familiar. La familia no constituye una entidad con existencia propia. La comunidad familiar no está estructurada jurídicamente.

Para ERNST WOLF (62), lo que en las relaciones familiares bajo sus dos formas (esposos y padres e hijos) constituye 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 tanto que persona. Existir como persona significa tomar sus decisiones libremente, es decir, sin estar dependiente en virtud de un vínculo causal.

En la misma dirección de la privatización del Derecho de Familia se mueven las doctrinas de los sociólogos del Derecho que reconocen la existencia de una pluralidad de ordenamientos jurídicos, de un pluralismo jurídico, en el que la familia sería una fuente de normas jurídicas. Dichas normas jurídicas necesariamente serían privadas, pues no parece lógico que el Estado moderno tolere ordenamientos iuspublicísticos sustraídos de su directo control.

LEVY BRUHL (63) se pregunta cuáles son los grupos humanos que pueden imponer a sus miembros normas jurídicas y si es exacto que cada grupo humano tiene su derecho. Distingue el autor entre la escuela monista y la pluralista. La primera, a la que se adhieren casi todos los juristas, estima que un solo tipo de grupo social, el grupo político, está habilitado para crear normas jurídicas. La otra escuela sostiene que en todo grupo de alguna consistencia pueda darse, y a menudo se da, normas de gobierno que pueden exceder el carácter de simples reglamentos para alcanzar el rango de verdaderas normas jurídicas. Hay, al lado de Derecho estatal, Derecho supraestatal (Derecho Canónico, De-

(61) *Ob. cit.*, pág. 107.

(62) Citado en RIGAUX, *ob. cit.*, pág. 89, su artículo «Das Begriff Familienrecht», publicado en 1968.

(63) *Sociología del Derecho*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1964, páginas 13 y sigs.

recho de las organizaciones internacionales) y Derechos infraestatales. En el Derecho histórico, entre otras agrupaciones, la *gens*, el *genos*, la *sippe*, ejercían funciones públicas. En los Derechos modernos, los juristas pluralistas afirman que teóricamente, al menos, toda agrupación humana tiene su Derecho: lo mismo lo tiene un club deportivo, una sociedad de comercio, un sindicato, que una nación.

SÁNCHEZ DE LA TORRE (64) afirma que los 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 familia 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).

SANTORO PASSARELLI (65), aun en una perspectiva netamente conservadora de cara al proyecto de ley aprobado por la Cámara de Diputados italiana en primera lectura en diciembre de 1971, que modifica de modo casi revolucionario muchas instituciones del Derecho Familiar italiano, examina la posición que el Derecho estatal debe asumir respecto de la autodeterminación de la familia. Hay intereses generales ligados a la existencia de la familia, de la familia como es configurada en el artículo 29 de la Constitución de la República italiana (66), y también a la condición de los hijos naturales, como debe ser asegurada según la norma del artículo 30 (67), y, ciertamente, la tutela de tales intereses

(64) *Introducción al Derecho*, Ediciones Anaya, S. A., Salamanca, 1971, página 112.

(65) «Significato attuale del Diritto nell'organizzazione e nella vita della famiglia», en *La Riforma del Diritto di Famiglia*, Quaderni della Rivista di Diritto Civile, Padua, Cedam, 1972, pág. 11.

(66) Dicho artículo dice así: «La República reconoce los derechos de la familia como sociedad natural fundada sobre el matrimonio. El matrimonio está regulado sobre la igualdad moral y jurídica de los cónyuges, con los límites establecidos por la ley en garantía de la unidad familiar.»

(67) Los dos últimos párrafos del artículo 30 dicen así: «... La ley asegura a los hijos nacidos fuera del matrimonio toda tutela jurídica y social, compatible con los derechos de los miembros de la familia legítima. La ley dicta las normas y los límites para la investigación de la paternidad.»

no puede no atañer a la Ley del Estado. Pero existen intereses de la familia como tal, que deben ser dejados al cuidado y a la realización de parte de los componentes de la familia. Esta es una sociedad que no puede dejar de ser dotada de autonomía en el ámbito del ordenamiento jurídico. Parece que la autonomía de la familia, de las singulares familias, no ha sido suficientemente respetada en el proyecto de ley.

BUCCIANTE (68) reconoce que la fórmula del artículo 29 de la Constitución italiana, que consagra la unidad del agregado familiar, permite una vastísima gama de interpretaciones, y la más idónea es apreciar en las fuerzas internas de la familia el medio más idóneo para mantener la unidad familiar y superar lo que podríamos definir como las enfermedades contagiosas de la vida conyugal.

e) Conclusiones: El análisis de la «publicización» del Derecho de Familia permite deducir que la misma alcanzó su cenit—no siempre por influjo directo de Cicu, pero sí de las ideas nacionalistas y católico autoritarias en que dicho autor se formó—en la legislación fascista, y fuera de todo influjo del profesor italiano, en la nacionalsocialista. Que el Código italiano de 1942, que vige sustancialmente en la actualidad, debe ser—y de hecho lo es por los juristas actuales y por los Tribunales—interpretado de acuerdo con la nueva constitución republicana democrática de 1946, aunque, como es lógico, haya diversidad de pareceres al respecto. Que la concepción dogmática secularizada que inspira los Derechos de Familia socialistas presenta externamente los rasgos técnicos del Derecho Familiar de las democracias occidentales, pero que la no distinción entre Derecho Público y Derecho Privado, la supresión de la noción de Estado de Derecho y la conceptualización de la familia como un organismo ético al servicio de los fines de la sociedad comunista la hacen divergir profundamente de aquél. Que el nuevo influjo de las cambiantes *mores* familiares—democratización de las familias, supresión de los viejos símbolos patriarcales de la autoridad del padre de familia y del esposo que regían en el ámbito de lo privado familiar—alejan el peligro de «publicización» de la familia en el Derecho europeo occidental, pese a la intervención del Estado en la vida de la familia y a la presión del Derecho Administrativo. Familia protegida y familia libre privada, autónoma, son perfectamente posibles en el seno de una nueva ética comunitaria o societaria, y de un renovado concepto de Estado democrático de Derecho.

(68) *La patria potestà nei suoi profili attuali*, Milán, Giuffrè, 1971, pág. 12.

VII. OPINION DE LOS AUTORES ESPAÑOLES ACERCA DEL PUESTO SISTEMATICO DEL DERECHO DE FAMILIA EN LA DISTINCION DERECHO PUBLICO-DERECHO PRIVADO

La mayor parte de los autores españoles se niegan a romper la unidad sustancial tradicional de los diversos cuerpos que integran el Derecho Civil y separar del mismo el Derecho de Familia. En este sentido, entiendo que ni siquiera la última opinión de CÍCU, pretendiendo configurarlo como parte autónoma del Derecho Civil, con la que mantendría evidente conexión, ha tenido demasiado eco en nuestra doctrina.

DE CASTRO (69) afirma que en la concepción liberal individualista se entienden los Códigos civiles dictados 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 buena parte de los preceptos del Código civil. «Ello explica que casi todas las recientes disposiciones se diagnostiquen como síntomas de una «publificación» 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 o al que contrata forzado), *para mantener la unidad y buena organización de la familia*, 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* —los subrayados son míos—, 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 (70) que la especialización del estudio científico de materias comprendidas en el Código civil, como es el Derecho de Familia, no supone peligro grave de disgregación del ordenamiento civilista.

DÍEZ PICAZO (71) 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 diferente organización del régimen jurídico de las relaciones familiares frente a las 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 de Derecho Público se propugnará la autonomía del Derecho de Familia frente al Derecho Civil. Esta direc-

(69) *Compendio*, citado, pág. 35.

(70) *Compendio...*, pág. 34.

(71) *Lecciones*, citada, pág. 19.

ción 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 jurídica civil aquellos que en realidad se presentan sólo en la relación jurídica patrimonial.»

JORDANO BAREA (72), comentando el texto de DE CASTRO, que ha reproducido en la nota 69, afirma que «esto aclara bastante las ideas frente a la postura de quienes se obstinan en ver un fenómeno de 'publicación' del Derecho Privado siempre que se está frente a instituciones que, por fuerza de urgentes exigencias, sustituyeron la inspiración liberal individualista por otra orientación cimentada en el *bonum commune*. El moderno intervencionismo administrativo no siempre responde a un aumento del poder estatal, sino que muchas veces implica una reacción del Estado para defender a la persona y a la comunidad frente a las fuerzas sociales fomentadas por el régimen de la economía liberal».

Sentado lo que antecede, concluye el autor (73) que el Derecho Civil es, desde luego, Derecho Privado, el Derecho Privado general o nuclear. Y en nota agrega:

«Sin exceptuar al Derecho de Familia, que para nosotros, como para la doctrina dominante, forma parte del más puro y genuino Derecho Privado, una de cuyas materias o instituciones propias es precisamente la familia. La concepción del Derecho de Familia como Derecho autónomo, afín al Derecho Público (CICU), aunque logró en gran parte alguna adhesión (RUGGIERO), no ha tenido gran acogida, ni siquiera en Italia. La concepción semipublicista que del Derecho Familiar tiene CICU es falsa en su mismo fundamento. Presupuesto de la doctrina de CICU es la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado, cifrada en el interés, en la voluntad y en la posición que ocupa el individuo de la relación jurídica.»

HERNÁNDEZ GIL (74) afirma que «la base de la concepción de CICU no es, por tanto, muy estable, en la situación actual de la ciencia jurídica, porque descansa en una distinción entre Derecho Público y Derecho Privado inaceptable».

Para PUIG BRUTAU (75), «la cuestión está en la actualidad práctica-

(72) *Ob. cit.*, pág. 874.

(73) *Ob. cit.*, pág. 875.

(74) *El concepto de Derecho Civil*, citado en la nota de JORDANO BAREA a que se alude en nota 73.

(75) *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo IV, volumen I, *El Matrimonio y el Régimen Matrimonial de Bienes*, Barcelona, Bosch, 1967, pág. 16.

mente resuelta, pues es de reconocer de manera muy preponderante que pertenece al Derecho Privado».

Para ROYO MARTÍNEZ (76), CICU en su razonamiento envuelve una petición de principio, porque arranca de haber configurado previamente al Derecho Privado recogiendo los caracteres que se le asignan nada más que del Derecho del tráfico. Si se adopta para marcar la distinción fundamental un criterio formal..., que atendiendo a la estructura fundamental de la relación jurídica y a la cualidad de los sujetos de la misma señala como Derecho Público al que regula las relaciones jurídicas en las que interviene como sujeto el Estado o uno de los entes que forman parte de su organización o estructura, y precisamente con el carácter de titular o partícipe de la soberanía política, entonces no se podrá compartir ni aprobar la tesis del profesor CICU.

Con esta noción de Derecho Público-Derecho Privado... «desaparecerá la incompatibilidad entre el Derecho de Familia, dados los caracteres que dijimos antes que lo configuran, y el Derecho Privado, porque éste no será ya el Derecho consagrado al egoísmo, sino el Derecho consagrado a la persona en las íntimas relaciones que no tienen por parte al Estado..., y sí será el Derecho consagrado a la persona en aquellas actuaciones que no realiza como súbdito de un Estado, sino simplemente como persona y respecto de otras personas...

Pienso, en resumen, que el Derecho de Familia es Derecho Privado, porque concierne a un sector importantísimo de nuestra vida en cuanto simples personas y no en cuanto súbditos o miembros de la comunidad nacional u organización política a la que llamamos Estado».

BONET RAMÓN (77), tras citar el precedente párrafo de ROYO MARTÍNEZ, afirma que «ésta es la *communis opinio* en nuestra Patria—DE DIEGO, CASTÁN, HERNÁNDEZ GIL, ESPÍN—, aun reconociendo que el Derecho de Familia ocupa un puesto propio en la órbita del Derecho Privado, porque las normas de que resulta son imperativas o de *ius cogens* (llamadas de orden público) y repugnan a los derechos subjetivos familiares algunos caracteres que aparecen connaturales en los derechos subjetivos patrimoniales».

ESPÍN (78) no tiene una opinión muy decidida sobre el problema, pues tras estudiar los caracteres del Derecho de Familia en la forma que es tradicional en nuestros autores, afirma que «estas características, propias del Derecho de Familia, le dan una fisonomía publicista, que ha

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

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

(78) *Manual de Derecho Civil español*, vol. IV, *Familia*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1972, págs. 5-6.

hecho pensar en la pertenencia del mismo al Derecho Público; en crear una zona próxima al mismo, intermedia entre éste y el Derecho Privado, integrada por el Derecho de Familia (tesis de CICU, según ya vimos), o, finalmente, aun rechazando la inclusión del Derecho de Familia en el público, así como su exclusión del Privado, afirmar simplemente que, aun dentro de la órbita del Derecho Privado, mantiene una posición destacada frente al resto del mismo».

En una posición claramente minoritaria, los partidarios de CICU en nuestro Derecho insisten en los distintos caracteres de la relación jurídica individualista—esencialmente, la patrimonial—y de la relación jurídica familiar para singularizar al Derecho de Familia del conjunto del Derecho Privado.

Anteriormente expuse la tesis de D'ORS distinguiendo el sistema de situaciones (características de la visión del Derecho Público) y el sistema de relaciones (propio del Derecho Privado). Derecho Privado es para él el *ius dispositivum*; Derecho Público, el *ius cogens*. El Derecho Civil contiene, al lado de las normas típicamente privativas (*ius dispositivum*), otras que sin dejar de ser civiles pertenecen, por ser *ius cogens*, al Derecho Público. Para D'ORS no cabe duda que el Derecho de Familia no puede ser Derecho Privado, pues para este autor el «Derecho propiamente dicho» tiene por objeto las relaciones y es fundamentalmente privado, esto es, Derecho Patrimonial (79). El estudio de las situaciones la reserva D'ORS a la llamada ciencia de la organización: «El conjunto de la organización no es propiamente Derecho. La ciencia que estudia estas materias es la ciencia de la organización. En cierto modo tiene prioridad sobre el Derecho, pues los factores fundamentales del Derecho—como la situación de las personas y el sistema judicial—dependen del sistema público previamente organizado» (80).

«La familia es el órgano mínimo de toda la organización social del género humano; es también el más natural e imprescindible, pues ella reduce la continuidad del mismo. La organización social debe tomar la familia como principio y fundamento para el desarrollo de toda la escala de los otros grupos humanos» (81).

Creo que no hay una prueba más concluyente de la opinión de este autor, que ni siquiera considera como de Derecho Público a la familia, sino que la excluye del campo jurídico propiamente dicho y la considera como la base primaria de la organización social, a imagen de la

(79) Véase *Una introducción al estudio del Derecho*, Ediciones Rialp, S. A., Madrid, 1963, págs. 25 y sigs.

(80) *Una introducción...*, pág. 26.

(81) *Una introducción...*, pág. 53.

cual se organiza jerárquicamente la sociedad civil en todos sus niveles y la comunidad internacional.

Con un enfoque dogmático-jurídico, BELTRÁN DE HEREDIA insiste en los desgastados argumentos de CICU acerca de la distinción entre la relación jurídico individualista y la orgánica. Resulta que allí donde la autonomía de la voluntad no funciona, no puede hablarse de Derecho Privado. En la medida que el Derecho Civil contiene normas imperativas, en las que la voluntad no tiene imperio, dejan automáticamente de pertenecer al Derecho Privado.

Su posición le obliga a degradar la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado, «carente de contenido sustancial en el momento actual, en cuanto que permite incluir dentro de lo que tradicionalmente integraba el segundo a instituciones reguladas por normas del primero, que no responden a los principios que fueron característicos de aquél, e incluso a instituciones que se rigen por normas de ambas clases conjunta e indiscriminadamente» (82). Todo lo cual le lleva a rechazar el uso del Derecho Privado y a considerar que el «término Derecho Civil, como más general y amplio, comprendería las instituciones referentes al ciudadano o individuo, cuya regulación se efectúa en unos casos con normas de Derecho Privado—cada vez más reducidas en número y debilitadas en profundidad—y, en otros, por normas de Derecho Público, sin que por ello pierdan su carácter de auténticas instituciones de Derecho Civil» (83).

VIII. OPINION PROPIA AL RESPECTO: DERECHO PRIVADO, DERECHO ADMINISTRATIVO Y DERECHO JURISDICCIONAL FAMILIAR

Yo creo que la inclusión del Derecho de Familia dentro del Derecho Público es inadmisibile. Al menos, lo que hemos entendido tradicionalmente por Derecho de Familia: el contemplado esencialmente por el Código civil y su legislación complementaria y modificativa. Otra cosa muy distinta es lo que podríamos llamar «Derecho Jurisdiccional Familiar»—Civil, Canónico, de Tribunales Tutelares de Menores—y el Derecho Administrativo Familiar, tan injustamente preterido por nuestros autores. Decir sin más que tales materias no son Derecho de Familia (84)

(82) *Ob. cit.*, págs. 844 y 845.

(83) *Ob. cit.*, pág. 845.

(84) LACRUZ BERDEJO y SANCHEZ REBULLIDA: *Derecho de Familia. El Matrimonio y su economía*, citado, pág. 19.

es demasiado poco: ¿Qué son, entonces? ¿Simple acción de fomento del Estado en la vida familiar? ¿No le interesa al civilista en absoluto saber qué pretensiones puede aducir la familia española concreta ante los diversos organismos e instancias de la vida nacional e incluso internacional? ¿Cuál ha de ser la posición del Derecho Civil en la proyectada Escuela de Ciencias Familiares? ¿Llegarán tarde los juristas españoles, por haber desdeñado el análisis del Derecho Administrativo Familiar, a la cita que a la familia española brinda la Historia para emprender derroteros hacia metas de mayor libertad y bienestar?

El Derecho de Familia pertenece al Derecho Privado. En la medida que el ordenamiento jurídico establece las reglas supletorias o correctoras de la libre autonomía familiar, definiendo las grandes líneas sobre las que se basa la institución familiar—matrimonio, patria potestad, régimen de la filiación—, prescribiendo un mínimo jurídico indispensable para el recto funcionamiento de la familia, por estimar que las simples *mores* familiares no deben ser árbitros de intereses sociales tan fundamentales como la educación y manutención de los hijos, la convivencia ordenada de los esposos, la recta composición de los intereses de los esposos y de los terceros en el patrimonio familiar, la protección de los incapacitados que se hallan incardinados en una relación familiar o la imitación de los vínculos de la naturaleza por la convivencia entre adoptante y adoptado, en modo alguno nos hemos alejado de la *privacy*, del más íntimo, entrañable y recóndito Derecho Privado.

Decir, como Crcu (85), que la familia es una institución privada, la más privada de las instituciones, y que, por tanto, no puede subsumirse en el Derecho Público, es tanto como decir lo que la mayor parte de los juristas de Occidente creen en el momento presente: que el Derecho de Familia sigue siendo Derecho Privado.

Como tal Derecho Privado deberá tener un contacto íntimo, aún más que con el Derecho Patrimonial, con el Derecho de la Persona, ya que éste regula—hasta donde le es posible—las más íntimas esferas del ser humano, comprendido en su radical individualidad y el Derecho de Familia los medios por los que en el seno del conjunto familiar se socializa, a la par que se individualiza—dos facetas existencialmente indisolubles—el ser humano. Materias como la atribución del nombre familiar, la regulación de la capacidad, de los estados, la tutela, la protección del honor familiar, etc., se hallan a caballo de ambos ordenamientos. Creo que un ahondamiento en la esencia del Derecho de la Familia provocará un enriquecimiento del Derecho de la Persona y viceversa.

En tal orden de cosas no puede considerarse un demérito técnico el

(85) *Cómo llegué...*, ob. cit., pág. 117.

que los civilistas franceses y belgas y el propio Código civil italiano de 1942 ignoren, como cuerpo sistemático del Derecho, el Derecho de Familia y estudien sus instituciones bajo la rúbrica de «Las personas», coincidiendo en esto con el criterio del *Code civil* francés de 1804.

El Derecho Administrativo Familiar es obviamente Derecho Público. El Estado define un orden soberano y sin deber limitar ni menoscabar la autonomía familiar establece instituciones y modos de intervención en el desenvolvimiento externo de la familia—no en su esfera íntima—, que corrigen los posibles casos patológicos en que los fines del agregado familiar no se cumplen, o apoyan decisivamente, con todo el poder de un ordenamiento cogente, a la misma en los diversos planos en que sus intereses—educativos, económicos, organizativos, etc.—se hallan en juego.

Construir este Derecho Administrativo Familiar como categoría científica singularizada, separada del inmenso magma del Derecho Administrativo Común, es una labor que merece los esfuerzos de un tratadista de la talla de ANTONIO CICU, o mejor aún, de equipos interdisciplinarios de profesionales del Derecho asesorados por técnicos de las más diversas especialidades—sociólogos, urbanistas, médicos, asistentes sociales, arquitectos, psicólogos, filósofos—. Creo que no es enumerar demasiadas especialidades para conseguir la justa regulación y sistematización científica de la intervención de los poderes públicos en pro del bienestar de la familia.

Resulta difícil, dado el estado actual de estudios de la materia, enumerar principios fundamentales de tal disciplina. Creo que en el plano más formal que sustancial deben destacarse dos: el de legalidad y el de subsidiariedad.

La justicia social exige que las prestaciones que haya de atribuirse a la familia, las intervenciones todas de la Administración en el quehacer externo de la misma, no sean graciabiles ni discrecionales, sino sometidas a criterios objetivos, inspirados en el bien común y en la protección de los intereses de los más débiles. Todo un sistema de recursos ante jurisdicciones independientes, incluso la contencioso administrativa, debe ser articulado para respetar el principio de legalidad. La Administración, encargada del bienestar de las familias, debe aplicar la regla de Derecho. La discrecionalidad debe ser reducida al mínimo: el poder reglado debe ser un *desideratum* de la acción de la Administración.

El principio de subsidiariedad es un corolario del necesario respeto de la autonomía de la familia, de todas las familias. Lo que pueda hacer por sí sola esta singular familia, aun ayudada tangencialmente por el poder público, debe hacerlo. Lo que un grupo de familias asociadas vo-

luntariamente pueda hacer por sí solo debe, asimismo, hacerlo aunque haya de recibir ayudas de toda índole de los poderes públicos. Cuando sea absolutamente imprescindible atribuir a una asociación o grupos de asociación familiares el monopolio de ciertos intereses o alguna representación familiar, por estimarlo conveniente el poder público, en el seno de dicha asociación debe reinar una democracia real, no formal; otra cosa sería una inadmisible militarización de la familia.

El Derecho Familiar Administrativo debe inspirarse en la Declaración de los Derechos de la Familia, emanada de la U.I.O.F. (Unión Internacional de Organismos Familiares) (86): Artículo 1. «El Estado debe garantizar el libre ejercicio de su misión dejándole la responsabilidad de su futuro.» En su artículo 7, la Declaración señala que «los medios empleados por los organismos públicos o privados para la ayuda de la familia deben respetar la autonomía de la comunidad familiar».

Del Derecho Administrativo Familiar debe distinguirse la política familiar. Mientras el Derecho Administrativo debe definir un cuadro estable de pretensiones que la familia puede ostentar frente a las diversas instancias de la vida nacional—consumo, educación, vivienda, familias numerosas, previsión de los infortunios, protección de los subnormales, lucha contra la marginación social de algunos de sus miembros, etcétera—, cuadro que debe rígidamente configurarse, en el marco de un Estado de Derecho, en un régimen jurídico claro y estable, que atribuya auténticos derechos a las familias y establezca un sistema de recursos contra los actos administrativos, la política familiar tendrá el carácter de circunstancial, evolutiva, cambiante: en suma, poco reducible a normas jurídicas. Pero no por ello discrecional, graciable ni paternalista.

El Estado de Derecho impone un control al quehacer político de los gobernantes y la par condición de los ciudadanos ante el poder es incompatible con tales desviaciones de la recta filosofía de la política familiar (87).

El Derecho Jurisdiccional Familiar es más bien una generosa idea que una verdadera realidad. Es obvio que los diversos conflictos que se suscitan en la vida familiar requieren instancias judiciales—o arbitrales—que los zanjen y dicten la regla jurídica aplicable al caso concreto.

En nuestro Derecho, el conocimiento de las causas sobre nulidad y separación de los matrimonios canónicos y, en general, de las causas matrimoniales, se atribuyen a la jurisdicción eclesiástica (art. 80 del Có-

(86) Citadas en «Notas sobre política social familiar», de JUAN A. PEREDO, en *¿Hacia dónde va la familia española?*, publicación de la Fundación Foessa, octubre-diciembre de 1971, pág. 28.

(87) Sobre política social familiar, ver el artículo citado en la nota anterior y la bibliografía que el mismo contiene.

digo civil). Fuera de tales casos es competente la jurisdicción civil ordinaria.

El Derecho de Familia no matrimonial es aplicado, asimismo, por la jurisdicción ordinaria, si bien lo relativo a la protección de los menores de dieciséis años compete a los Tribunales Tutelares de Menores, organismos mixtos jurisdiccionales-administrativos.

La formulación del concepto del Derecho Jurisdiccional Familiar se ve obstaculizado por el pluralismo de ordenamientos que lo integran—canónico y civil—, que difícilmente pueden homogeneizarse, reducirse a principios jurídicos semejantes y unitarios. No es fácil que en nuestra Patria tengan acogida en un futuro próximo ideas que flotan en el ambiente de la doctrina patria, en el sentido de que el conocimiento de las causas de separación de personas fuera atribuido a los Tribunales civiles, aun en el caso del matrimonio canónico. Tal idea, que no hace sino reproducir la solución dada al problema por el proyecto de Código civil de 1851 (88), permitiría un cierto desenvolvimiento de la jurisprudencia matrimonial de los Tribunales civiles, tan escasa y sin contenido en la actualidad, y probablemente daría ocasión a que el Derecho Jurisdiccional Familiar tomara cuerpo, saliera de la nebulosa en que hoy se encuentra.

IX. AUTONOMIA DEL DERECHO DE FAMILIA

A) DERECHO PRIVADO FAMILIAR.—Creo deben precisarse las diversas acepciones que la palabra «autonomía» tiene en la teoría general del Derecho aplicada a un cuerpo sistemático de normas jurídicas.

La autonomía docente del Derecho Privado Familiar, en el sentido del estudio jurídico singularizado de las relaciones privadas familiares en los planes de las Facultades de Derecho, no sólo es deseable, sino ya existe en la actualidad. Los autores patrios, a diferencia de los franceses, han acogido la idea de tal estudio separado del indiferenciado Derecho de las Personas y no parece haber discrepancia acerca de tal punto. La innegable especialidad que las relaciones familiares presentan frente a las patrimoniales y a las personales o de la personalidad justifica el destaque de aquéllas y su estudio especializado.

No se ve ningún peligro, como acertadamente anotó DE CASTRO, en tal examen singularizado, siempre que los programas de estudios in-

(88) El artículo 75 de dicho proyecto sometió tanto los efectos civiles del matrimonio como el divorcio—no vincular, por supuesto—a la jurisdicción civil. Véase DE CASTRO: *Derecho Civil de España*, citado, pág. 190.

sistan en su carácter iusprivatístico y mantengan la adecuada conexión con el restante Derecho Privado, singularmente el Derecho Patrimonial Común y el Derecho de las Personas. En tal sentido, el mismo autor (89) afirma que: «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 los principios del predominio del valor personal, respecto a la palabra dada, restablecimiento del significado del honor en el tráfico y supremacía de la relación causal y de la buena fe sobre las exigencias de la seguridad mercantil.»

La autonomía científica, en el sentido de articular el Derecho de Familia en un sistema de principios separados del resto del cuerpo de Derecho Civil, ya hemos visto que ha sido rechazada casi por unanimidad por la doctrina española y por lo más moderno y actual de la europea.

Sin embargo, no deja de ser curiosa la postura de la mayor parte de nuestros autores, al rechazar la tesis sistematizadora de CICU, sin dejar por ello de caracterizar el Derecho de Familia con los rasgos dominantes de la concepción transpersonalista autoritaria de dicho autor. Quizá sea una excepción dentro de este orden de ideas DÍEZ PICAZO, que reconoce que «la autonomía privada—y, por tanto, el negocio jurídico—funcionan en el Derecho de Familia en la misma forma y con iguales límites que en el resto del Derecho Privado, si bien toman en él mayor amplitud el límite moral y el de orden público, amplitud que no puede ser *a priori* establecida, sino que, dada la naturaleza de ambos conceptos, deberá ser en cada caso determinada» (90).

La autonomía legislativa, en el sentido de agrupar las normas del Código civil y las leyes especiales que regulan la familia (compilaciones de Derecho Civil especial), creando con ellas un Código separado del actual, es totalmente inviable y doctrinalmente inadecuada, pues estando ya codificada la regulación de la familia de Derecho Común nada se ganaría con la extracción de la misma del cuerpo legal. La autonomía legislativa tiene sentido en aquellas legislaciones, como la agraria, que no han sido objeto de una codificación: una ley agraria general sería beneficiosa desde el punto de vista técnico-sistemático; una ley especial de la familia que regulara su estructura íntima fuera de su sede natural, el Código civil, sería un retroceso histórico.

(89) *Derecho Civil de España*, cit., pág. 122.

(90) «El negocio jurídico del Derecho de Familia», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, junio de 1962, pág. 12, del sobretiro de dicho artículo, editado por Instituto Editorial Reus.

B) DERECHO ADMINISTRATIVO FAMILIAR.—Creo interesante postular la autonomía docente del Derecho Administrativo Familiar. La materia está en nebulosa, aunque ciertamente en menor nebulosa que el Derecho Jurisdiccional Familiar. Agrupar, al principio un tanto empíricamente, las diversas instituciones y normas legales que regulan el intervencionismo del Estado en la vida familiar, intentar hallar principios comunes, suscitar—mediante coloquios e incluso en fase más avanzada congresos científicos—el estudio sistemático de la materia administrativa familiar, denunciar las lagunas de la disciplina, la falta de un rígido esquema de derechos de la familia frente al poder público, definir el régimen jurídico de los recursos en vía jerárquica y la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa en esta materia, creo que no pueden sino beneficiar a la familia dotándola de un estatuto jurídico cimentado y seguro y los estudios todos del Derecho.

Los administrativistas, obviamente, tendrían la primera palabra para la elaboración de tal disciplina singular, pues es claro que dicho Derecho, que podría ser considerado como una especialización del Administrativo, debe ser deslindado del Derecho Privado, debe ser estudiado primordialmente con mentalidad iuspublicista.

Pero sólo en una primera fase. La unidad del Derecho impide, como vimos, el fragmentarismo de los estudios especializados.

La noción de familia, los fines de la misma, la sociología jurídica de la familia, las *mores* familiares y el estudio de los cauces jurídicos del Derecho Externo Familiar (SÁNCHEZ DE LA TORRE), de la regulación estatal de la familia contenida en el Código civil y demás normas privadas serían de absoluta precisión para este estudio especializado del Derecho Administrativo. Y es claro que sólo los civilistas podrían facilitar a sus compañeros de trabajo tales nociones.

La autonomía legislativa, en el sentido de una regulación más sistemática que hasta el presente de las diversas normas e instituciones de la Administración que intervienen en la vida familiar, sería deseable. Definir las bases de la intervención del Estado en los aspectos de la vida social en que la familia está interesada (viviendas, trabajo, emigración, educación, familias numerosas, seguridad social de la familia y protección de los miembros incapacitados, marginados o subnormales de la familia) debiera ser objeto de una ley general de la familia, de que se habla en los últimos tiempos. Los principios de subsidiariedad, legalidad e igualdad ante la ley debieran ser cardinales en dicha ley.

En una fase más avanzada de los estudios y del funcionamiento del renovado Derecho Administrativo Familiar tal ley general podría ser la

base de un Código de la Familia, semejante en estructura al que en la actualidad rige en Francia.

La autonomía doctrinal—segregación del Derecho Administrativo Familiar del tronco del Derecho Administrativo Común y formulación de principios jurídicos totalmente independientes de éste—es inviable y contraria al último fin que pretendo: una visión unitaria del Derecho de Familia en sus diversos aspectos, una contemplación interdisciplinar de todos los problemas jurídicos que atañen a la familia. Mal podría ser elaborado el Derecho Administrativo Familiar prescindiendo de las construcciones mucho más avanzadas del ordenamiento administrativo común.

C) DERECHO JURISDICCIONAL FAMILIAR.—La regulación del Derecho Jurisdiccional Familiar, en el doble plano orgánico y procedimental, está en sus comienzos en nuestra Patria. Es muy difícil construir una doctrina del proceso familiar, como es muy difícil establecer una jerarquía de Tribunales de la familia separados de la jurisdicción ordinaria (90 bis). Ya vimos algunos de los obstáculos que se oponen a la creación de una disciplina docente con tal título. La formulación de unos principios comunes al proceso canónico y al proceso civil basados en evoluciones históricas dispares, cuando no antagónicas, es prácticamente imposible.

Aun soportando la gran limitación de competencia que el sistema concordatorio del matrimonio comporta para los Tribunales civiles, la regulación de los Tribunales de familia supondría previamente una profunda reforma del Código civil, en la que deberían ser novadas muchas cosas antes que la organización y el procedimiento para la resolución de las controversias de Derecho de Familia.

Es evidente que el aspecto orgánico de la cuestión supondría el empleo de medios materiales cuantiosos, la organización de estudios de

(90 bis) «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 Lille. 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 Lille, han comunicado sus experiencias. Los resultados obtenidos son muy alentadores... Las experiencias bordelesa y lilesa nos muestran que la institución de las salas familiares representan un neto progreso en las perspectivas 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 treinta últimos años. Ha llegado el momento para que el legislador se haga cargo del problema e instituya en el plano nacional salas familiares» (JEAN CHAZAL: *Les Droits de l'enfant*, P. U. F., 1969, páginas 116-118).

las ciencias de la familia, la creación de cuerpos de consultores de tal institución, la investigación en instituciones especializadas de la magna problemática familiar que la sociedad tecnificada y urbanizada de nuestro tiempo lleva consigo.

El juez que resuelva una causa de separación matrimonial, que apruebe una modificación de capitulaciones matrimoniales o una adopción o que falle una reclamación de paternidad que comporte el análisis de las pruebas biológicas que se aduzcan, difícilmente podrá ser el honesto y competente juez ordinario español, cargado de trabajo, abrumado por la compleja tramitación que el universo de la práctica judicial moderna comporta e imposibilitado de especializarse en los rudimentos de las ciencias humanas y de la familia que su altísima y delicada misión llevaría consigo.

La organización del cuerpo de jueces especiales de la familia sería un engranaje más en la compleja máquina que el Derecho Administrativo Familiar debería crear para promover el bienestar de la familia: asistentes sociales especializados en cuestiones familiares, técnicos en desarrollo comunitario, médicos especializados, psiquiatras, investigadores, sociólogos, urbanistas.

Todos estos profesionales especializados, encuadrados en organizaciones adecuadas provistas de medios económicos suficientes, serían indispensables para que el juez o Tribunal familiar, utilizando sus servicios, pudieran, fallando en equidad, arbitrando, cautelando más que juzgando de acuerdo con el principio dispositivo, ser la última *ratio* para el posible arreglo de la problemática familiar.

El Derecho sería la última medida que la sociedad tomaría respecto de las cuestiones familiares en litigio. Donde bastara el asistente 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 Derecho estricto, de acuerdo con el principio dispositivo.

El panorama del Derecho Jurisdiccional Familiar es tan sugestivo; por otra parte, la falta de atención hacia los problemas que enuncio, tan completa; la insuficiencia de los actuales presupuestos de los ministerios interesados, tan aguda respecto de las necesidades y atenciones de la familia que nuestra compleja sociedad comporta, que desborda casi mi competencia y mi imaginación. Los Tribunales familiares, los jueces juveniles—con una mayor competencia, desde luego, que nuestros Tribunales Tutelares de Menores, necesitados de una profunda reforma—

existen en otros países. Los estudios de Derecho Comparado son indispensables para sentar las bases del moderno Derecho Jurisdiccional Familiar. Las ciencias humanas tienen que suministrar su sustrato, su enfoque científico, al jurista familiar.

Esto me lleva al estudio del Derecho de Familia dentro del seno de las restantes ciencias jurídicas, al engarce del mismo en la sociología jurídica y en la filosofía jurídica.

X. METODOLOGIA PARA EL ESTUDIO DEL DERECHO DE FAMILIA: LA CONCEPCION TRIDIMENSIONAL DEL DERECHO APLICADA AL DERECHO DE FAMILIA

No creo revelar nada nuevo al afirmar que el problema de la metodología es la clave de las ciencias humanas. La revolución científico técnica en que nos hallamos inmersos queramos o no, el progreso explosivo de las ciencias humanas de los últimos decenios, acumula tal marejada de información, que podemos sufrir un auténtico *shock* por exceso de noticias si no somos capaces de ordenarlas, sistematizarlas, someterlas a método.

No es éste el punto indicado para traer aquí a colación los diversos planteamientos que las varias escuelas (91) han formulado de la cuestión del método jurídico. Algunos de ellos, obviamente—escuela histórica, exégesis, jurisprudencia conceptualista pura—, están radicalmente superados. Otros—sociologismo jurídico, escuela del Derecho libre, normativismo jurídico—son insuficientes por sí solos para captar la compleja realidad del Derecho, a la vez norma, hecho social y valor ideal.

El análisis del Derecho de Familia exige algo más que el examen de la norma jurídica familiar. No olvidemos que el radical problematismo del Derecho de Familia, que, en parte, impide su autonomía científica—digan lo que quieran los seguidores de CICU—, estriba en que mientras el Derecho Patrimonial se asienta en instituciones jurídicas clave—«propiedad», «contrato», «sucesión *mortis causa*»—perfectamente definidas y dotadas de sentido unívoco, la «familia» no tiene entidad jurídica, sólo sociológica. Existen las relaciones—personales y patrimoniales—que entre sí mantienen los diversos miembros de la familia como individuos,

(91) Sobre Metodología jurídica en nuestra patria, véase la trascendental obra de ANTONIO HERNÁNDEZ GIL: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, de la que hay publicada hasta la fecha los volúmenes I y II, Madrid, 1971, y las págs. 105 a 132 de la capital obra de ELÍAS DÍAZ: *Sociología y Filosofía del Derecho*, Taurus Ediciones, S. A., Madrid, 1971.

sin relación alguna con el conjunto familiar, noción existencial, íntima, pero que no se traduce en derechos y deberes atribuidos a un sujeto jurídico independiente de sus miembros. Parafraseando a LACROIX, diré que lo que es la «fuerza» de la familia en el plano existencial, vivencial—su intimidad, el sentido de lo privado y lo sacro familiar, el ámbito de lo humano, el refugio que presta a sus miembros frente al mundo—, es su «debilidad» en el plano jurídico: todas esas relaciones vivenciales no son aprehendidas por el Derecho sino en mínima parte.

Lo que decía SÁNCHEZ DE LA TORRE al hablar de normas internas de la familia frente a las externas o estatales es rigurosamente cierto: la norma interna es escasamente jurídica; no está codificada; no es dogmática, sino amplia y suave; es evolutiva. «En su conjunto—dice el autor—, el sistema de las reglas familiares es simple, claro, discrecional y basado en el desarrollo inductivo de un principio muy profundo, que cada vez se hace más explícito cuando por el crecimiento de los hijos éstos llegan a depender menos de los padres por las necesidades, pero se penetran más con ellos de un modo radicalmente libre y estrictamente personal, desde los estímulos del amor en que han sido formados lentamente por aquéllos» (92).

Todo ello ya lo intuyen los tratadistas del Derecho de Familia cuando afirman que «las reglas jurídicas que disciplinan la familia son un *posterius*, determinación, concreción y a veces simple repetición de reglas de un orden mucho más elevado» (93).

El Derecho de Familia, por supuesto, se apoya en la existencia de reglas morales propiamente dichas y de *mores* familiares, en usos sociales diferenciables de la regla moral, que tienen vigencia en las familias de un determinado sector o de unas ciertas características o clasificación social.

El estudio radical de la ética familiar creo que conduce necesariamente a la filosofía de la familia y, por consiguiente, a la filosofía jurídica, puesto que al jurista le interesa la ética de la familia no en su sentido ideal, sino en cuanto se proyecta en la esfera externa, coactiva, del Derecho.

El estudio de las *mores* familiares supone, asimismo, penetrar en el campo de la sociología de la familia y la sociología de la ética.

En suma, la cuestión metodológica presupone la delimitación del objeto del estudio, el sentido de la investigación y la relación de la dogmá-

(92) A. SÁNCHEZ DE LA TORRE, *ob. cit.*, pág. 114.

(93) LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA: *Derecho de Familia. El Matrimonio y su economía*, cit., pág. 19.

tica jurídica familiar con el resto de disciplinas: sociología jurídica y filosofía jurídica.

La sociología jurídica de la familia suministra las bases para un conocimiento en profundidad del efecto de las normas sobre el organismo familiar y viceversa, el efecto de las *mores* familiares, de la nueva ética comunitaria y, en general, del cambio ético sobre la actividad del legislador, el quehacer de los jueces y el estudio de los juristas especializados en el Derecho de Familia. Este Derecho, tan íntimamente ligado a la ética y a las *mores*, no puede menos de ser especialmente sensible al cambio ético y al cambio de las costumbres.

La sociología familiar tiene consagrados determinados modelos ideales de la familia europea occidental en proceso de cambio—familia rural, familia urbana proletaria, familia urbana acomodada—, que son aplicables, creo, con pocas variantes, a nuestra Patria. Su conocimiento por nuestros autores servirá para eliminar muchas ideologías que siguen insistiendo en la noción patriarcalista, idílica, religiosa, inmune al cambio de nuestra idealizada familia «tradicional» (94).

Pero de poco serviría que el sociólogo de la familia constatará la existencia de determinadas costumbres o de ciertas ideologías desfasadas si la labor del mismo y del jurista familiar terminara ahí. Entra entonces en función el filósofo del Derecho: éste debe meditar radicalmente si los hechos familiares tienen un sentido, si la ética familiar actual—o la que se vislumbra en una concepción personalista comunitaria de la vida—contribuye o no al desarrollo de los valores humanos, de la autonomía de la persona, de su autorresponsabilidad, dentro de un orden jurídico en que los intereses de otras personas implicadas no sean perjudicados.

La noción filosófica en que se basa CICU—transpersonalismo familiar, subordinación de los intereses de los miembros de la familia a los del conjunto familiar, subordinación de los intereses de los individuos todos a los del Estado o comunidad—no es hoy defendible o, al menos, no debe ser impuesta autoritariamente por el aparato de un Estado.

(94) Sobre la influencia que en la ideología política tienen las estructuras familiares y la correlación que guardan entre sí los símbolos de padre de familia—jefe de Estado—, Padre Eterno, véase la ponencia de CARLOS MOYA: «Familia e ideología política», en el Coloquio «Las Ideologías en la España de hoy», de JOSÉ JIMÉNEZ BLANCO, AMANDO DE MIGUEL, CARLOS MOYA y otros, publicado por Seminarios y Ediciones, S. A., Madrid, 1972. Sobre los rasgos de los modelos sociológicos de los diversos tipos de familia española—campesina autónoma, rural proletaria, urbana industrial—, ver el trabajo de DEMETRIO CASADO, «Esquemas para el estudio sociológico de la familia española», en *¿Hacia dónde va la familia española?*, citado, págs. 7 y sigs. Es también interesante el capítulo séptimo, «Familia», del *Informe Sociológico sobre la Situación Social de España 1970* de la Fundación Foessa.

El desarrollo de la persona humana en el marco de la familia lleva consigo a un replanteamiento de una serie de cuestiones acuciantes, que la filosofía jurídica no puede menos de denunciar. La potestad marital, ¿puede sostenerse hoy a la luz del reconocimiento filosófico de la igualdad intrínseca de los sexos, de que la condición de la mujer ha sido desde milenios inferior al varón por una serie de costumbres y presupuestos socioeconómicos carentes hoy en día de sentido? La patria potestad, ¿debe seguir siendo atribuida en exclusiva al padre, cuando la madre, en la práctica, es la guardiana del hogar y la que pecha con el peso de la educación de los hijos; cuando el padre, en virtud de los agobiantes horarios de trabajo moderno, es en casi todo Occidente un «visitante de la familia a la hora de dormir»? ¿Deben seguir privados de todo derecho familiar los hijos extramatrimoniales no naturales, prohibida la investigación de la paternidad, rechazada la prueba biológica de la paternidad? Por el contrario, ¿no es más justo y más humano que el Derecho arbitre fórmulas (95) para que sin mengua de la protección de la familia legítima sea desenvuelto el justísimo deseo y derecho humano de toda persona de conocer sus orígenes?

Es así como RECASENS SICHES, BOBBIO, REALE, ELÍAS DÍAZ y otros juristas filósofos propugnan una concepción tridimensional del Derecho. «El jurista (y el juez de modo preeminente) deberá respetar siempre las normas—lo contrario sería caer en la arbitrariedad y en la inseguridad jurídica—. Pero esa crítica-valoración desde la sociología y, sobre todo, desde la filosofía del Derecho cumple, puede decirse, una doble importante función: primera, con respecto a la creación de un nuevo Derecho o a la transformación del existente; segunda, función más compleja y polémica, ayudando al jurista y a la ciencia del Derecho a una aplicación de las normas que, por supuesto, sin falsearlas ni mucho menos violarlas, incorpore progresivamente a su contenido las constantes nuevas exigencias de la sociedad (científicamente aportadas por la sociología jurídica) y las también constantes nuevas exigencias de la justicia (derivadas de forma mucho más problemática e incierta... de la filosofía jurídica).

De este modo, parece que podremos acercarnos algo más a la superación, hoy perentoriamente exigida, tanto del exclusivismo, se ha dicho, de una *Begriffsjurisprudenz*, como del exclusivismo de un *Interessenjurisprudenz*, en una real y auténtica *Justizjurisprudenz*, en una jurisprudencia de justicia» (96).

(95) El Derecho Comparado las ofrece y recientes: Ley francesa de 3 de enero de 1972 sobre el estatuto jurídico de los hijos extramatrimoniales; proyecto unificado de ley italiana, aprobado en primera lectura por la Cámara de Diputados en diciembre de 1971.

(96) *Sociología y Filosofía del Derecho*, citada, págs. 130-131.

El papel del jurista que utiliza el método tridimensional de aproximación al estudio del Derecho es trascendental: creo sinceramente que su papel se ha visto revalorizado y no es en modo alguno inferior al del jurista romano clásico, que ante las imperfecciones del viejo *ius civile* supo crear un flexible y justo *ius honorarium*, aplicando un método tópico de examen de casos concretos a la luz de su particular concepción filosófica estoica (97). Sólo que las ciencias humanas y la filosofía humanista, no exenta de connotaciones comunitarias, darán sentido pleno a las investigaciones del jurista especializado en Derecho Familiar, dotando de plenitud la trascendental innovación metodológica que ha supuesto la concepción tridimensional del Derecho.

Tal vez nunca ha estado el porvenir del Derecho, como hoy en día, en mano de sus servidores, nosotros, los juristas. Porvenir del Derecho que supone la regulación de una sociedad más civil, más humana que la del presente, en la libertad y la justicia.

XI. SISTEMATIZACION CIENTIFICA Y LEGISLATIVA DEL DERECHO PRIVADO FAMILIAR

Mientras sea tan controvertida la existencia misma y los principios generales en que se fundan el Derecho Administrativo Familiar y el Derecho Jurisdiccional Familiar, resulta un tanto aventurado ensayar la sistematización de la doctrina jurídica de uno y otro Derecho.

La sistemática del Derecho Privado Familiar es, por el contrario, tema relativamente trillado, aunque tanto los autores como las legislaciones se muestran dispares en sus elaboraciones. Sin embargo, como antes vimos, la construcción de un sistema es lo que puede permitir predicar la existencia de la ciencia jurídica, aun cuando no haya que exagerar su importancia ni olvidar la fecunda aportación de VIEHWEG a la lógica jurídica con su método tópico de enfocar los problemas jurídicos.

La ciencia del Derecho es a la vez sistema y conjunto de soluciones

(97) Sobre el método tópico de los juristas romanos, véase VIEHWEG: *Tópica y Jurisprudencia*, Taurus, 1964. Critica este método, al ser aplicado por los juristas modernos, ELÍAS DÍAZ: *Sociología...*, citada, pág. 104. Estima que: «... ¿Hasta qué punto podría seguir hablándose de ciencia con respecto de un conglomerado asistemático de problemas, de proposiciones y de soluciones a su vez imposibles de irse progresivamente sistematizando? ¿El ataque a todo el sistema no es, en cierto modo, el ataque a la ciencia? ¿Una Jurisprudencia así entendida no estaría precisamente justificando, en definitiva, la tesis de KIRCHMANN sobre «la falta de valor científico de la Jurisprudencia»? Conuerdo con quienes, por lo demás desde diferentes perspectivas, reafirman que la idea del sistema es irrenunciable para la ciencia, para el Derecho y para la Ciencia jurídica.»

de casos concretos. El Derecho de Familia no puede estar ausente de esta problemática.

A) AUTORES EXTRANJEROS.—CARBONNIER (98), en el tomo II de su *Droit Civil*, expone las materias de la familia y las incapacidades. Divide la exposición de la familia en el matrimonio (los esponsales, la formación del vínculo matrimonial, los efectos del vínculo matrimonial, relaciones personales y relaciones pecuniarias, los atentados al vínculo matrimonial y el concubinato o unión libre); la filiación (legítima, natural, legitimación, filiación adoptiva); el parentesco, la afinidad y el estar a cargo de otro, y, por último, estudia las incapacidades, entre las que expone la obligación del padre y de la madre de alimentar, mantener y educar a sus hijos y la potestad paterna.

DELMAS MARTY (99) expone, con un criterio más sociológico que jurídico, a mi juicio, la materia del Derecho de Familia según un triple círculo de amplitud: *el círculo familiar amplio*: la solidaridad familiar—extrapatrimonial y patrimonial—y la carga de otro (noción fundamental en la seguridad social francesa para atribuir las prestaciones familiares); *el hogar*: los padres y la persona del niño—la autoridad parental y la tutela—y los padres y el patrimonio del niño—la manutención del niño y los bienes del niño—; y *la pareja*—la unión de las personas de los esposos regida por los principios de reciprocidad, igualdad y jerarquía—y las relaciones de intereses, en las que estudia el derecho común matrimonial o régimen matrimonial primario e imperativo y los diversos regímenes matrimoniales.

En obra aparte (100) estudia el autor el matrimonio y el divorcio, distinguiendo en el primero el elemento fisiológico, el elemento psicológico y el elemento sociológico, y en «descasamiento» (*demariage*), la anulación del matrimonio, el divorcio, la separación de cuerpos y la separación de hecho.

RIGAUX (101) no se aleja de la sistemática del *Code civil* de 1804, vigente en Bélgica, con las modificaciones que el legislador y los Tribunales belgas han introducido a lo largo de la historia de esta nación. En este sentido ha agrupado en el tomo I del *Precis de Droit Civil*, de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Lovaina («Las personas»), las relaciones personales dimanantes del estado familiar. Las relaciones patrimoniales familiares ocupan en el *Precis* un tomo aparte. Re-

(98) *Droit Civil*, citado, tomo II.

(99) *Le Droit de la Famille*, P. U. F., Colección Que sais je?, 1972.

(100) *Le mariage et le divorce*, de la misma Colección y Editorial, 1972.

(101) *Obra citada*.

chaza expresamente la noción «Derecho de Familia», «que no ha sido jamás usual en la doctrina francesa» (102). Con esta importante limitación destina la primera parte de la obra al estudio de la familia y del Derecho de Familia: familia y sociedad, Derecho de Familia y su relación con las otras fuentes de Derecho, caracterización jurídica de la familia, el parentesco y la afinidad, las fuentes del Derecho de Familia, los derechos subjetivos familiares y la evolución del Derecho de Familia hasta nuestros días. La segunda parte, al matrimonio y la sociedad conyugal, destinando un capítulo a la doctrina del matrimonio, elementos de la historia del matrimonio, matrimonio civil y sacramento, definición del matrimonio, teoría institucional del matrimonio y la problemática del matrimonio en la sociedad contemporánea.

Otros capítulos de dicha segunda parte los destina el autor a la regulación de las relaciones sexuales en función del matrimonio, las promesas de matrimonio y las cláusulas de celibato o de viudedad, la conclusión del matrimonio, los efectos personales del matrimonio y el divorcio y la separación de cuerpos.

En la tercera parte, destinada a la filiación, examina en diversos capítulos el derecho de la filiación, los modos de establecimiento de la filiación, generalidades sobre los efectos de la filiación, los efectos de la filiación en relación con el hijo menor y las obligaciones alimentarias entre personas mayores.

En la doctrina italiana, DOMENICO BARBERO (103) divide en cinco grandes capítulos la materia, comprendiendo: en el primero, las nociones generales; en el segundo, el matrimonio; en el tercero, la filiación y la adopción; en el cuarto, la asistencia y protección, y en el quinto, los alimentos. Es de notar que en la sección cuarta del capítulo segundo (el matrimonio) examina el régimen matrimonial de la familia, y en la filiación (capítulo tercero), la administración y el usufructo legal sobre los bienes del hijo.

B) LEGISLACIONES EXTRANJERAS: a) Código civil francés de 1804. Fracciona la unidad del Derecho de Familia al regular el aspecto personal de las relaciones familiares en el libro I («De las personas»), y el contrato matrimonial y los regímenes matrimoniales, en el libro III («De los diferentes modos de adquisición de la propiedad»). En el primero, el título V se destina al matrimonio; el VI, al divorcio (con un capítulo destinado a la separación de cuerpos); el VII, a la paternidad y filiación;

(102) Introducción, pág. VI.

(103) *Sistema istituzionale del Diritto Privato italiano*, Unione Tipografica, Editrice Torinese, 1958, tomo I.

el VIII, a la filiación adoptiva; el IX, a la autoridad de los padres; el X, a la minoridad, la tutela y la emancipación, y el XI, a la mayoría de edad y a los mayores protegidos por la ley.

El título II del libro III contiene, en su capítulo VIII, el régimen de las donaciones hechas por contrato de matrimonio a los esposos, y el título V del mismo libro, el contrato matrimonial y los regímenes matrimoniales.

Sobre confundir en un solo libro la materia de las personas y de la familia—lo que no creo constituya un defecto, sino todo lo contrario, al menos para un Código civil, por la íntima conexión de una y otra esfera jurídica—, rompe la unidad del Derecho de Familia al extraer la materia patrimonial familiar del libro I y regular el contrato matrimonial como un modo de adquirir la propiedad.

b) Código civil alemán de 1896.—Primer gran Código en seguir el plan pandectístico de SAVIGNY, dedica el libro IV al Derecho de Familia. En la sección primera regula el matrimonio civil, subdividido en los títulos I (esponsales), II (conclusión del matrimonio), III (nulidad e impugnación del matrimonio), IV (ulteriores nupcias en el caso de declaración de fallecimiento), V (efectos del matrimonio en general), VI (derecho matrimonial de bienes), VII (divorcio) y VIII (obligaciones eclesiásticas). La sección segunda (parentesco) se subdivide en ocho títulos: el I (disposiciones generales), II (descendencia legítima), III (obligación de alimentos), IV (posición jurídica de los hijos legítimos), V (posición jurídica de los hijos de matrimonio nulo), VI (posición jurídica de los hijos ilegítimos), VII (legitimación de los hijos ilegítimos) y VIII (adopción).

La sección tercera, destinada a la tutela, se subdivide en los títulos I (tutela de los menores de edad), II (tutela de los mayores de edad) y III (curatela).

c) Código civil suizo de 10 de diciembre de 1907.—Destina el libro II al Derecho de Familia. El título III regula el matrimonio; el IV, el divorcio; el V, los efectos generales del matrimonio; el VI, el régimen matrimonial; el VII, los hijos legítimos; el VIII, la filiación ilegítima; el IX, la familia (la deuda alimentaria, la autoridad doméstica y los bienes de familia); el X, la organización de la tutela; el XI, la administración de la tutela, y el XII, el fin de la tutela.

d) Código civil italiano de 1942.—El Código civil italiano de 1942 no destina, como sería de esperar, dada la trascendencia que las ideas de ANTONIO CICU tuvieron en Italia en el tiempo de su redacción y los precedentes de los Códigos civiles alemán y suizo, un libro independiente al Derecho de Familia, sino que dedica el libro I a las personas y a la

familia. El título I de dicho libro regula las personas físicas; el II, las personas jurídicas; el III, el domicilio y la residencia; el IV, la ausencia y la declaración de muerte presunta; el V, el parentesco y la afinidad; el VI, el matrimonio; el VII, la filiación; el VIII, la adopción; el IX, la patria potestad; el X, la tutela y la emancipación; el XI, los menores confiados a la asistencia pública o privada y el prohijamiento; el XII, la enfermedad de la mente, la interdicción y la inhabilitación; el XIII, los alimentos, y el XIV, los actos del estado civil.

e) Código civil portugués.—Aprobado por Decreto-Ley 47.344, de 25 de noviembre de 1966, destina, siguiendo en este punto el ejemplo suizo, el libro IV al Derecho de Familia. El título I regula las disposiciones generales; el II, el matrimonio—en el que se comprenden tanto los efectos del mismo en cuanto a las personas y en cuanto a los bienes de los cónyuges—; el III, a la filiación; el IV, a la adopción, y el V, a los alimentos.

XII. SISTEMATICA Y CONTENIDO DEL DERECHO DE FAMILIA EN LA DOCTRINA PATRIA Y EN EL CODIGO CIVIL

A) AUTORES PATRIOS.—ROYO MARTÍNEZ (104), tras una introducción destinada a generalidades y a la historia de la familia, destina una primera parte al matrimonio (generalidades; esponsales y teoría general del matrimonio; prohibiciones comunes al matrimonio canónico y civil; inhabilidades absolutas para el matrimonio civil; forma, título de estado y prueba del matrimonio; supuestos de ineficacia del matrimonio civil; efectos civiles del matrimonio canónico o civil; efectos civiles del matrimonio canónico o civil nulo; separación conyugal y divorcio vincular; relaciones extra-matrimoniales); una segunda, al régimen económico del matrimonio (los sistemas económicos en general; el Derecho común sobre el régimen de bienes en el matrimonio; las masas patrimoniales; el examen de las distintas masas, en particular, del régimen dotal y de la dote; de las distintas masas patrimoniales, bienes gananciales y la separación de bienes); en la tercera parte acomete el estudio de la filiación (generalidades e historia; filiación legítima; filiación ilegítima; patria potestad; la adopción; parentesco y alimentos entre parientes), y en la cuarta, las instituciones cuasi familiares (tutela; órganos de la tutela y su funcionamiento y extinción).

(104) *Obra citada.*

BONET RAMÓN (105) destina la sección primera del Derecho de Familia al estudio de los principios generales (la familia y el Derecho de Familia); la sección segunda, a las relaciones conyugales (el matrimonio y los sistemas matrimoniales, el sistema español vigente en particular, el matrimonio civil y las formas excepcionales, las relaciones personales entre cónyuges, las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, las donaciones matrimoniales, la dote, los parafernales y bienes propios del marido, comunidad y separación de bienes, comunidad legal de adquisiciones, la invalidez y disolución del matrimonio, los conflictos de leyes); la sección tercera, a las relaciones paterno filiales (filiación legítima, filiación ilegítima, legitimación de hijos naturales, Derecho foral e internacional, la patria potestad, la modificación, suspensión y extinción del poder paterno); la sección cuarta, a las relaciones parentales (prestación alimenticia, el patrimonio familiar); la sección quinta, a las relaciones cuasi familiares (la institución tutelar, sistemas y delación, el tutor y el protutor, el consejo de familia, la autoridad judicial y los conflictos de leyes).

LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (106) distinguen en su estudio: la familia y el Derecho de Familia; el matrimonio; el contrato matrimonial; ineficacia, relajación y disolución del vínculo conyugal; defectos del matrimonio; organización económica de la sociedad conyugal; los capítulos matrimoniales; donaciones *propter nuptias* y dote; las masas patrimoniales en general; la sociedad legal de gananciales; otros regímenes económicos del matrimonio; Derecho foral; Derecho internacional e interregional; la filiación en general; filiación legítima; filiación ilegítima; filiación reconocida; filiación ilegítima no reconocida; la adopción; la patria potestad; el parentesco; la tutela en general; organización y constitución de la tutela, y el funcionamiento de la tutela.

PUIG BRUTAU (107) destina el tomo IV, dividido en dos volúmenes, al Derecho de Familia. El primero («El matrimonio y el régimen matrimonial de bienes») estudia la familia y el Derecho de Familia, el matrimonio, los esponsales, matrimonio canónico, matrimonio civil, nulidad, disolución y separación en el matrimonio, la separación de hecho en el matrimonio, efectos del matrimonio en las personas de los cónyuges, régimen matrimonial de bienes, la dote y el régimen dotal, bienes privativos de los cónyuges, la sociedad de gananciales y otros regímenes de comunidad, régimen de separación de bienes, y dos apéndices sobre la

(105) *Obra citada.*

(106) *Derecho de Familia*, Barcelona, Bosch, 1966.

(107) *Obra citada.*

Compilación de Derecho Civil Especial de Aragón y la Ley de la libertad en materia religiosa.

El segundo («Filiación, patria potestad, adopción, alimentos, tutela») contiene el examen de la filiación legítima, la filiación ilegítima, la legitimación, la patria potestad, la adopción, la deuda alimenticia entre parientes y la tutela.

DÍEZ PICAZO (108), aun sin haber escrito un tratado de Derecho de Familia, esboza en la parte general de sus lecciones lo que para él constituye el sistema de esta disciplina. «La única innovación que se debe ensayar o insinuar es una parte general o introducción que comprenda los conceptos generales de esta parte del Derecho Civil. Tras ella, el estudio de las particulares relaciones familiares. El Derecho de Familia se ofrece así comprendido en dos apartados: A) Introducción. B) Las relaciones familiares particulares.

A) La introducción al Derecho de Familia comprende realmente tres grupos o problemas. El primero, el estudio del Derecho de Familia como disciplina científica y, lo que es más importante, de la familia misma como realidad social y principalmente como realidad jurídica. El segundo lo compone el estudio, en términos generales, de la relación familiar (parentesco, poderes y derechos familiares, prestación de alimentos, derechos sucesorios). El tercero lo integra el estudio de los negocios jurídicos familiares.

B) La segunda parte del Derecho de Familia—relaciones familiares, en particular—enfila tres órdenes de problemas claramente diferenciados: relación matrimonial, relación paterno filial e institución tutelar.»

El mismo autor no deja de criticar (109) el plan clásico de exposición del Derecho Civil (parte general y parte especial, subdividida en Derecho de Cosas, Derecho de Obligaciones, Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones), cuyo autor fue SAVIGNY. Aconseja reducir la excesiva extensión de la parte general y sustituirla por una sencilla introducción al Derecho Civil, reservando la primera parte institucional al Derecho de la Persona, exigido no sólo por la tradición jurídica, sino también, y aún con más fuerza, por el hecho de ser la persona la primera realidad institucional del Derecho Civil, aquellas cuestiones que sobre ella se centran y a ella hacen referencia.

«La dimensión familiar del hombre, preeminente de acuerdo con los principios cristianos, obliga a convertir el 'Derecho de Familia' en la segunda parte institucional del Derecho Civil. No obstante, el hecho de suponer necesariamente su estudio conceptos jurídicos de carácter

(108) *Obra citada*, pág. 29.

(109) *Obra citada*, pág. 23.

patrimonial hace aconsejable, por una razón de orden didáctico, posponer su estudio al del Derecho de Bienes sin desvirtuar, desde luego, su consideración de pieza maestra del Derecho Civil ni convertirle, según alguna moderna dirección apunta, en parte del Derecho Público» (110).

ESPÍN CÁNOVAS (111), tras una introducción, dedica una sección primera al vínculo matrimonial (celebración del matrimonio, nulidad del vínculo matrimonial, separación conyugal); la sección segunda, a los efectos del matrimonio (efectos personales entre cónyuges, relaciones patrimoniales entre cónyuges); la sección tercera, a las relaciones paterno filiales (filiación legítima, filiación natural, filiación ilegítima no natural, filiación legitimada, filiación adoptiva, patria potestad); la sección cuarta, a las relaciones parentales; la sección quinta, a las relaciones cuasi familiares (tutela, personas sujetas a tutela y su extensión, delación, órganos tutelares, constitución del organismo tutelar, ejercicio, extinción e inscripción en el Registro Civil).

B) SISTEMÁTICA DEL DERECHO DE FAMILIA EN EL CÓDIGO CIVIL: SU CRÍTICA.—Como es sabido, nuestro Código se inspira en el Plan francés, con la variante de diferenciar en dos libros—III, «De los diferentes modos de adquirir la propiedad»; IV, «De las obligaciones y contratos»—los diferentes modos con que se adquiere la propiedad, que para el *Code* civil de 1804 constituyen el tercero y último libro.

No es lugar el Código civil para construcciones doctrinales; de ahí que la ausencia de una parte general, como la existente en Derecho alemán, ni mucho menos la inconcebible para su época, introducción al Derecho de Familia, sean en modo alguno deméritos; ni tampoco, como antes apunté, la regulación conjunta del Derecho de Personas y del Derecho de Familia, en el libro I de nuestro Código.

Sí es de reprochar el fraccionamiento del Derecho de Familia al llevar al libro IV, título II, las capitulaciones matrimoniales y los regímenes matrimoniales de bienes. Sin embargo, al legislador no se le ocultó el carácter singularísimo de estas materias y al colocarlas—siguiendo en esto también la técnica del *Code* civil—en el primero de los títulos, destinado a contratos en particular, y anteriormente a la regulación del capital contrato de compraventa, creo que las dotó de la suficiente autonomía del resto del cuerpo del Derecho de Contratos, como queriendo aislarlas de los restantes contratos típicos.

Tal vez una de las razones que movieron al legislador a adoptar esta sistemática fue la necesidad de desenvolver en el capital artículo 1.315 lo que no es sino un corolario del también capital artículo 1.255: la

(110) *Obra citada*, pág. 24.

(111) *Obra citada*.

libertad de pactos en las capitulaciones matrimoniales muy a tono con el liberalismo del período codificador, no menos que con la tradicional libertad capitular de los Derechos forales. Por otra parte, la deficiente sistemática empleada puede ofrecer ventajas al permitir aplicar la teoría general de los contratos (título II del mismo libro) a las capitulaciones matrimoniales, con las adaptaciones precisas.

Hecha esa somera crítica de la sistemática empleada por nuestro Código al regular la materia familiar, creo ocioso reproducir los títulos que el mismo dedica en el libro I a la materia.

XIII. CONCLUSIONES

No ha sido mi propósito al iniciar la redacción de estas notas pretender agotar la materia, analizar las Fuentes del Derecho de Familia, los caracteres que presenta este Derecho, ni mucho menos la sociología de la familia, distinguiendo el modelo tradicional de la familia extensa y el modelo moderno de la familia nuclear en proceso de cambio social. Tampoco era posible esbozar una historia del Derecho Privado familiar, tarea que, al menos en el campo de nuestro Derecho, es materia prácticamente virgen (112). La materia de la introducción al Derecho de Familia es muy amplia, como hace resaltar Díez PICAZO. El análisis pormenorizado de las singulares instituciones de la parte especial es tarea que agotaría la vida de un equipo de especialistas, sobre todo si emplearan el método en profundidad de la concepción tridimensional del Derecho.

Es mi propósito continuar ahondando en los puntos indicados—excepto, tal vez, la historia jurídica de la familia española, tarea superior a mis fuerzas y competencia—y en los restantes que integran la introducción al Derecho de Familia: la relación jurídico familiar; sus clases; caracteres de la misma; los poderes, derechos, deberes y facultades familiares; las potestades familiares, y el negocio jurídico familiar.

Ni siquiera esta enumeración ejemplificativa de Díez PICAZO agotaría el estudio de la introducción al Derecho de Familia, pues los principios nuevos de igualdad jurídica de los esposos—frente a la arcaica potestad marital—, solidaridad de la pareja en el manejo del consorcio conyugal y en la dirección de la familia y los hijos y la protección de los intereses del niño estimo que pugnan por desplazarse de la esfera de la

(112) No ocurre así en otros países. En Italia, véase *Ungari, obra citada*, en la que se suministra bibliografía acerca de la materia. En Francia, *Histoire de Droit Privé, Le Droit Familial*, de OURLIAC y DE MALAFOSSE, en colección Themis, de P. U. F.

filosofía jurídica a la del Derecho Positivo y deben ser estudiados en la introducción, como pórtico informador de las singulares instituciones familiares.

Algunos de dichos principios tienen una base firme en nuestro ordenamiento jurídico y sólo precisan ser desenvueltos por la ley o la jurisprudencia.

La relación entre el Derecho Privado, Derecho Administrativo y Derecho Jurisdiccional Familiar debe ser desvelada en la introducción; para ello es preciso que las dos últimas nombradas disciplinas salgan de la relativa nebulosa jurídica en que se hallan inmersas.

¿Se podrá llegar a una teoría jurídica general de la familia de la que sean subdisciplinas las tres ramas del Derecho indicadas? ¿Cabe construir una categoría jurídica unitaria con la inaprehensible idea de la familia o tal vez de la relación jurídico familiar?

El tema excede ya mi competencia: roza la filosofía jurídica al entrar decididamente en la teoría general del Derecho. Los estudios de dicha teoría general se hallan lo suficientemente atrasados como para no permitir en un futuro próximo tal construcción. Quede constancia de mis preocupaciones metodológicas y sistemáticas.

Pero sin olvidar lo que debe ser mi meta: contribuir a esclarecer en la medida de lo posible la solución justa de los complejos problemas jurídicos en que los intereses familiares están en juego, a la luz de los valores jurídicos ínsitos en nuestro ordenamiento jurídico, teniendo muy presentes los sistemas jurídicos extranjeros que nos son más afines y, sobre todo, las exigencias de la moderna sociología y filosofía jurídicas en una renovada concepción de las ciencias humanas y del humanismo personalista.

ENRIQUE FOSAR BENLLOCH
Notario