

# El derecho de familia y el derecho privado

(Teoría del Profesor Cicu.)

El derecho de familia es, generalmente, considerado como una parte del derecho privado. El cual suele dividirse en cuatro partes: derechos reales, de crédito, de familia y de sucesión. Algunos añaden una parte general que contiene los conceptos y principios comunes a todo el derecho privado.

Nosotros—dice el profesor Cicu—disentimos de esta concepción tradicional del derecho de familia. Consideramos, por el contrario, que para él no sirven los principios y conceptos propios del derecho privado, sino que debe figurar en una exposición sistemática colocada fuera del campo del derecho privado.

Para probar esta afirmación, empieza el profesor Cicu por establecer la distinción entre derecho público y privado, y para establecerla sienta el concepto de Estado y la posición que en él ocupa el individuo.

El Estado, para Cicu, es un organismo, porque tiene los caracteres esenciales de todo organismo; es decir, la dependencia de los elementos que le constituyen de un fin y la conexión e interdependencia de los elementos entre sí.

Los elementos constitutivos del Estado son los individuos, no como entes biológicos, sino como entes espirituales, en cuanto tienen fines que alcanzar y conciencia y voluntad para alcanzarlos.

Los individuos se encuentran en el Estado orgánicamente asociados entre sí, porque los fines por los que el Estado surge y vive van más allá y superan a los fines del individuo como tal ; es decir, no son los fines del individuo considerado aisladamente, sino del individuo como género ; no como fines comunes a cada individuo, sino como fines superiores a los fines individuales. Como superiores que son, se presentan tales fines al individuo como necesarios, y debiendo perseguirlos se encuentra él en posición de dependencia de esos ; es decir, del Estado, que los impersona ; por lo tanto, en posición de interdependencia frente a los otros individuos.

Tal posición de dependencia abarca a todo el individuo. En el contraste entre las teorías extremas—dice el profesor Cicu—, una que considera al individuo completamente autónomo, negando, por tanto, al Estado la obra que lo considera absorbido enteramente por el Estado, se ha propendido, por lo general, a seguir una teoría ecléctica que considera al individuo, en parte autónomo y en parte sometido al Estado. Pero tal desdoblamiento de la personalidad se le presenta al jurista como un absurdo. Si es verdad que el derecho se produce y aplica por el Estado, el individuo que estuviera en parte fuera del Estado, estaría por tal parte fuera del derecho.

Para Cicu, el error común está en no distinguir el problema jurídico del problema político. Jurídicamente, el individuo no puede tener en el Estado más que una posición de plena dependencia ; si así no fuera, la soberanía, en la que se expresa la esencia del Estado, no tendría sentido. No basta considerar la soberanía como el producto de las libres voluntades individuales, como quiere la escuela del derecho natural o contractualista, porque el individuo que se reserva una parte de su libertad frente al Estado, estaría por tal parte fuera del Estado. La verdad es, para Cicu, que el Estado no es creación artificial, arbitraria, de voluntades individuales, sino producto natural, espontáneo ; su aparición se halla determinada por exigencias que, aun movidas por impulsos y necesidades egoístas, las superan y se imponen a la conciencia individual como necesarias y superiores. Estas dan vida a un conjunto orgánico, en el cual los individuos entran con todo su ser.

Según Cicu, el conflicto entre el individuo y el Estado se plantea y se resuelve dentro del Estado, no implicando él una afirmación del individuo contra o sobre el Estado, sino que se plantea en los siguientes términos:

¿Es interés del Estado considerar como fines suyos y, por lo tanto, elevar a fines superiores todos los fines individuales, o, por el contrario, es su interés dejar al individuo una mayor o menor esfera de libertad individual, en la que él sea libre de plantear y perseguir sus fines particulares? Basta poner el problema en estos términos para comprender cómo aun cuando el individuo esté colocado en tal estado de libertad, no se halla ni contra ni fuera del Estado, sino que siempre depende de él.

Ahora—dice Cicu—, la libertad que el Estado deja al individuo es libertad privada; la regulación jurídica de tal libertad es derecho privado. De lo que resulta que la distinción entre derecho público y privado deriva de la diversa posición en que al individuo coloca el Estado, posición de dependencia del fin en el derecho público, posición de libertad en el derecho privado.

Esta distinta posición, traducida al lenguaje jurídico, da lugar a una estructura diversa de la relación jurídica pública de la privada.

Toda relación jurídica tiene como elementos constitutivos suyos el interés y la voluntad; el derecho es, en la realidad, la regulación de intereses, y se actúa mediante la voluntad. Ahora, en el derecho privado, el interés, elemento de la relación, es el interés individual propio de cada individuo que entra en la relación. Este es, por tanto, relación entre entidades autónomas independientes, que persiguen cada una el propio y particular interés con libertad de juicio y de querer. Se tienen, por tanto, intereses y voluntades *distintos y contrapuestos*, y la tutela jurídica de los intereses tiene lugar mediante la tutela de las voluntades.

Por el contrario—dice Cicu—, en las relaciones de derecho público, corriendo la relación entre individuos y Estado como ente soberano, no es admisible que el interés del individuo se distinga y contraponga al interés del Estado. El interés del Estado es interés superior a los intereses individuales; no puede, por tanto, ponerse a la par con éstos. En el individuo es ese interés, no del individuo como tal individuo, sino del individuo como

parte orgánica, como miembro del Estado; es éste siempre el interés del Estado. Y, por tanto, en la relación de derecho público no entra como elemento constitutivo otro interés que el superior del Estado. Teniéndose, por tanto, interés único y voluntad convergente a su satisfacción, la voluntad, aun cuando es soberana, está aquí subordinada al interés, porque éste se coloca como exigencia necesaria, superior, que debe ser satisfecha. Y se designa tal relación como relación orgánica, precisamente porque hay coordinación de las voluntades a un fin único y subordinación de aquéllas a éste.

Si ahora examinamos las relaciones del derecho de familia en su estructura—añade Cicu—, será fácil convencerse que en él no están tutelados intereses individuales como autónomos, independientes, contrapuestos; ni se halla tutelada una libertad de querer con relación a ella, sino que la subordinación de las voluntades a un interés único que se antepone como superior a los intereses individuales, se halla más manifiesta que en el derecho público.

Tomemos como ejemplo la relación que más debería asemejarse a la relación privada, porque es relación entre dos individuos en posición de igualdad, la relación entre los cónyuges. El individuo entra en ella bajo el impulso de los sentimientos más íntimos, de los más celosamente tenidos como individuales. En el sentido vulgar de la palabra nada hay más privado que los intereses y la vida conyugal. Y sin embargo, la ley no deja en libertad a los esposos ni para constituir, ni para regular, ni para romper su relación; a pesar de lo cual, dice muy acertadamente el profesor Cicu, se sigue considerando por muchos el matrimonio como un contrato que debería ser precisamente acuerdo de voluntades para constituir, regular o romper un vínculo jurídico.

Ni para constituir, en cuanto que el matrimonio se constituye en virtud de la inscripción en el Registro civil. Ni para regularlo, en cuanto que los derechos y deberes de los cónyuges se hallan determinados por la ley, y no se concede a los esposos el sustraerse de ellos o limitarlos, poniendo pactos y condiciones al matrimonio, y esto también en la regulación de las relaciones patrimoniales, que no pueden alterarse después de la celebración (artículo 1.320 del Código civil). Ni para romper, y esto no sola-

mente por lo que se refiere a nuestra ley, que no admite el divorcio; aun admitido éste, libertad de romper el vínculo la habría únicamente cuando se admitiera el divorcio por mutuo consentimiento.

Todo lo cual demuestra que el derecho no tiene en cuenta los fines particulares que los individuos pueden proponerse al ir al matrimonio; pero señala fines al matrimonio a los que subordina la voluntad de los esposos.

Aún es más evidente la subordinación de la voluntad a un fin superior en la relación entre padres e hijos.

La relación está constituida principalmente para la guarda de los intereses de los hijos como incapaces: es evidente que los derechos que la ley concede a los padres no tienen su fundamento en un interés individual de éstos, sino en el interés único del incapaz, porque tal interés no puede ser salvaguardado por el mismo incapaz; y así, de interés individual suyo, se eleva a interés superior de la familia, y es confiado ante todo al padre, como llamado que es por la Naturaleza en primer término para tal fin. Con esto, la ley no hace más que sancionar jurídicamente una exigencia que espontáneamente se afirma en la conciencia del padre como tal; el interés del hijo es sentido por el padre como interés propio como padre y como interés que supera al interés propio como individuo. La diferente posición que en el Estado tiene el individuo, según que le consideremos como tal o como miembro del Estado, se reproduce aquí según que consideremos al padre como tal o como individuo.

Por tanto, dice Cícu, en el derecho de familia, la relación jurídica tiene las mismas características que en el derecho público: interés único superior y voluntades convergentes a su satisfacción. Es decir, es una relación orgánica. La familia, sin embargo, no se presenta como un organismo, como el Estado, dado que no se encuentra sino esporádica y embrionarioariamente una organización de sus miembros; pero esto depende de que las funciones a ella confiadas son temporales y algunas veces accidentales y, sobre todo, que son designadas *a priori* las personas a quienes las mismas funciones van confiadas.

Y añade Cícu, dada tal estructura en las relaciones del derecho de familia, radicalmente distinta, como se ha visto, de aquella

de las relaciones de derecho privado, incluir en el derecho privado el derecho de familia, como generalmente se hace, es ir en contra del criterio más elemental de sistematización científica. Esencialmente diferente es, en un campo y en el otro, el fin de la tutela jurídica, que en el derecho privado regula principalmente el conflicto de intereses sobre la base de la voluntad y responsabilidad de los individuos interesados, mientras que en el derecho de familia garantiza el interés superior por encima de los intereses de los individuos.

Con esto, el profesor Cicu no afirma que el derecho de familia debe incluirse en el derecho público. Si derecho público—dice— es el derecho del Estado y de los otros entes públicos, el derecho de familia no es derecho público. La familia no es ente público, no tanto porque no esté sujeta, como los entes públicos, a la vigilancia y tutela del Estado (no está aún garantizada a la familia frente al Estado una libertad y autonomía de la misma naturaleza que la privada) como porque ella no tiene a su cuidado, como los entes públicos, intereses de la generalidad.

Por todas estas razones, llega Cicu al final de su teoría sosteniendo que el derecho de familia debería asignársele un puesto propio en la distinción entre el derecho público y el privado, lo que podría hacerse sustituyendo la bipartición del derecho por una tripartición: lo que respondería a las características particulares que socialmente asume el agregado familiar frente al agregado político.

MANUEL RAVENTÓS Y NOGUER.

Agosto 1925.