

Castán y el Derecho de Familia

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. ESTUDIOS MONOGRAFICOS SOBRE TEMAS DE DERECHO DE FAMILIA: A) LA REPUDIACIÓN DE LOS GANANCIALES. B) INSTITUCIONES PROTECTORAS DE LA FAMILIA Y DE SU PROPIEDAD. C) PROBLEMAS JURÍDICOS DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL.—III. EL «TRATADO DE DERECHO CIVIL ESPAÑOL, COMUN Y FORAL» Y EL DERECHO DE FAMILIA.—IV. CONCLUSION.

I. INTRODUCCION

El interés especial de CASTÁN por los temas de Derecho de Familia se pone de manifiesto por el hecho de que su tesis doctoral esté dedicada a uno de ellos. Se titula «La crisis del matrimonio» y fue publicada en 1914 por Hijos de Reus, Editores, como primer volumen de la colección *Sociología del Derecho privado*, tras haber sido distinguida con el premio extraordinario del doctorado. La dedicó al «Doctor don Felipe Clemente de Diego, civilista eximio y querido maestro». En ella se revelan dos características que van a estar presentes en toda su obra: una enorme erudición —según VALLADARES LANZA (1) cita 530 autores— armonizada con una sorprendente capacidad de síntesis y una facilidad sistematizadora fuera de lo común. El equilibrio de ambas da lugar a una exposición sumamente clara y fácilmente asimilable por el lector.

Aborda el tema de la crisis del matrimonio no sólo desde una óptica puramente jurídica, sino también sociológica. Expone y valora críticamente los acontecimientos que actúan en la realidad social como disuasorios del matrimonio. D. QUINTILIANO SALDAÑA, en el prólogo de la obra, nos dice al respecto, tras apostillar que se trata de la «primera obra seria que se escribe en España sobre un tema tan popular como difícil», que «el señor CASTÁN es un sociólogo y antropólogo del Derecho civil, primera mentalidad formada científicamente, para el estudio de una ciencia hoy

(1) *Las ideas jurídicas de Castán*. Editorial RDP.

suplantada por la rutina en los dominios de la exégesis académica y la práctica jurisprudencial».

Expone las diversas teorías formuladas, sistematizándolas de forma magistral y valorándolas críticamente, pero sin recurrir a parangonarlas con la doctrina tradicional. Y ello, «en primer lugar —nos dice— (2), porque esta labor es tan fácil que puede hacerla el lector y además porque, partiendo unas y otras de premisas diferentes, sería completamente ineficaz. Nuestra investigación —sigue diciendo— debe proponerse averiguar: primero, qué son esas doctrinas y cuáles son sus matices y modalidades; de dónde vienen, su filiación, cuáles son sus bases, fundamentos científicos».

El autor divide la obra en dos partes que él mismo denomina de «las ideas» y «los hechos». En la primera expone de forma pormenorizada y con exhaustiva aportación de citas, las diferentes corrientes filosóficas o doctrinales que llevan implícito un germen que atenta contra la estabilidad de la institución familiar o que, cuando menos, son contrarias a la unión conyugal, tales como el antigamismo (de la que el Malthusianismo es una de sus manifestaciones), el liberalismo sexual, el comunismo sexual, el feminismo familiar y el eugenismo o seleccionismo, del que fueron defensores GALTON y NIETZSCHE siguiendo bases darwinianas y que tan trágicas consecuencias tendría años más tarde al llevarse a la práctica en Alemania bajo el régimen nacionalsocialista.

En la segunda parte aborda el problema de la crisis social del matrimonio. Tras estudiar su influencia sobre determinados fenómenos sociales (la salud, la delincuencia, la economía o la actividad intelectual y política), a la que considera sumamente positiva, no se conforma con enumerar los factores que restringen la nupcialidad (desequilibrio numérico de sexos o causas socioeconómicas) o que contrarían la misma esencia del matrimonio (matrimonios tardíos, morbosos o interesados) o que, por último, inducen a la inestabilidad familiar, si no se busca las posibles soluciones, ya sean de índole legislativa o puramente social.

II. ESTUDIOS MONOGRAFICOS SOBRE TEMAS DE DERECHO DE FAMILIA

Su más ingente aportación al estudio del Derecho de Familia se encuentra recogida en los volúmenes correspondientes de su *Tratado de Derecho civil español, común y foral*, pero ésta no es la única. En 1946 anotó el tomo IV, dedicado precisamente al Derecho de Familia, de la

(2) *La crisis del matrimonio*. Hijos de Reus Editores, pág. 20.

edición española del tratado del Derecho civil de ENNECCERUS, KIPP y WOLF.

Años antes, en 1933, había visto la luz su obra titulada *Hacia un nuevo Derecho civil*, en la que a lo largo de sus tres tomos dedica una atención muy considerable a los temas familiares. Expone los principios que, según él, deben inspirar las orientaciones del Derecho civil, tras la entrada en vigor de la Constitución republicana de 1931, así como las reformas concretas que necesitaba nuestro Código Civil para adaptarse a la nueva realidad social imperante tras medio siglo de vida. Algunas de ellas (supresión de la dote, patria potestad, elevación de la edad para contraer matrimonio, tutela judicial, etc.) han necesitado otros cincuenta años para verse reflejadas en las páginas del *Boletín Oficial del Estado*; otras corrieron mejor suerte y encontraron reflejo en reformas anteriores. PLUTARCO MARSA (3) resume los posibles principios fijados por CASTÁN como orientadores de la futura legislación en el ámbito del Derecho de Familia: 1) Que el matrimonio debe seguir siendo la base de la familia; 2) que se han de tener en cuenta las uniones libres, no para favorecerlas, sino para proteger a la mujer y a los hijos; 3) que aun admitiendo el divorcio, por imperativo constitucional, aquél debe basarse en causas objetivas; 4) que abolida la autoridad marital, ha de fundarse el matrimonio sobre la igualdad y asistencia recíproca; 5) debe cambiar el carácter de las relaciones paternofiliales, para que el padre sea, más que un jefe, un protector, y la llamada patria potestad, más que un derecho, un deber, cuyo ejercicio ha de estar controlado por el Estado. Dichos principios estarán presentes en sus obras a lo largo del tiempo como inspiradores de aplicación e interpretación de las normas vigentes y como desiderátum a alcanzar por medio de las oportunas reformas legislativas.

En el ámbito de los estudios monográficos, dejando a un lado los dedicados a la situación jurídica de la mujer casada (4), tema que siempre le preocupó, pero que él mismo encuadró en la parte general y no en el campo del Derecho de Familia, aparte de su tesis doctoral, hay que citar los siguientes:

(3) *Estudios de Derecho civil en honor del Profesor Castán Tobeñas*. Tomo II, pág. 430.

(4) *La condición jurídica de la mujer*. Madrid, Reus, 1955, y «Los últimos avances de la condición jurídica de la mujer española». En el *Libro-homenaje al Profesor SERRANO* y en *RGLJ* de 1963.

A) DOGMÁTICA DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.
EFECTOS A LOS GANANCIALES EFECTUADA POR UNO DE LOS
CÓNYUGES O SUS HEREDEROS (5)

Se trata de un estudio polémico de indudable finalidad práctica, pero sustentado en sólidos fundamentos doctrinales. LEZÓN (6) había sostenido que la renuncia a los gananciales efectuada por uno de los esposos o sus herederos, sin hacerlo a favor de persona determinada, implicaba que la porción del repudiante pasase a sus herederos por aplicación del artículo 986 del Código Civil, al entender que la mitad de los gananciales formaba parte de su herencia. CASTÁN niega esta última aseveración. Sostiene que los cónyuges no reciben los gananciales por título hereditario, sino por el de liquidación del acervo común, operación cronológicamente anterior a la partición hereditaria. Es principio general que la renuncia de uno de los partícipes en una comunidad produce el acrecimiento de su cuota en los restantes.

Por ello, la repudiación pura y simple de gananciales origina un acrecimiento a favor del otro cónyuge o de sus herederos.

La Resolución de 2 de febrero de 1960 puso fin a esta polémica, aceptando plenamente la tesis de CASTÁN y en base a sus propios argumentos.

B) LAS INSTITUCIONES PROTECTORAS DE LA FAMILIA
Y SU PROPIEDAD (7)

A diferencia de la anterior, constituye un estudio eminentemente teórico. Se trata de un discurso pronunciado el 15 de septiembre de 1955 con motivo de la solemne Apertura de los Tribunales. CASTÁN considera que la institución familiar es en todo tiempo, pero en especial la familia moderna, «que implica fundamentalmente una creación del cristianismo, que infundiéndole un alto sentido ético le imprimió, de acuerdo con sus bases naturales, la estructura definitiva y más perfecta que pudiera alcanzar», ha sido un elemento de interés individual y social. Individual, en tanto constituye el ámbito en el que el individuo puede desarrollar plenamente las

(5) En *RGLJ*, 1929.

(6) «La renuncia a los gananciales por los herederos del cónyuge premuerto». *Revista de los Tribunales* de 1929.

(7) *Las instituciones protectoras de la familia y de su propiedad*. Discurso de Apertura de los Tribunales, Madrid, 1955.

potencialidades de su personalidad. Social, por ser un «factor primordialísimo de la vida social toda y también de la vida política, porque sólo quien ha vivido sometido a la disciplina de un hogar, dice, citando a SCHMOLLER (8), sabe someterse a la disciplina del Estado»; por otra parte, la familia tiene una importancia capital como elemento de conservación y transmisión de la civilización, ya que ésta «está subordinada a la conservación de sentimientos, ideas y tradiciones que sólo la familia conserva y transmite».

Por ello no es extraño que el autor vuelva a sentir preocupación ante los factores de índole económica, moral o social que redundan en la crisis de la familia, tales como el debilitamiento de las ideas religiosas, la gran anarquía de las concepciones filosóficas, la dispersión geográfica de los miembros de la familia, la escasez y carestía de la vivienda, la inestabilidad económica, y se preocupe del estudio de las instituciones jurídicas que pudieran ponerle freno. Nos dice: «Si la familia es un elemento de cohesión social; si la comunidad política ha de tener los sentimientos de solidaridad y altruísmo que le proporciona la familia, ¿qué duda cabe que el Estado y el Derecho han de orientarse decididamente en defensa de la institución familiar?»

Considera que son medidas favorecedoras de la familia las que tienden a favorecer la nupcialidad, tales como la supresión de formalidades, la dote social y los préstamos nupciales; en materia de vivienda, la prórroga forzosa de los arrendamientos urbanos, las viviendas de protección oficial o, incluso, la propiedad horizontal, a la que califica como el «mejor medio y el más difundido para facilitar el acceso a la propiedad privada urbana»; o, finalmente, medidas de tipo social, salario justo, seguridad social o un trato tributario equitativo. A esto último dedica las siguientes palabras que hoy todavía gozan de plena autoridad: «El Derecho fiscal durante mucho tiempo ha ignorado a la familia. No se ha cuidado de proteger ni de compensar la situación desventajosa en que la familia se encuentra respecto al impuesto». Concluye afirmando que la legislación tributaria debería contener desgravaciones por razón de las cargas familiares.

En lo que se refiere a la familia rural, entiende que para su estabilidad es fundamental la existencia de una «propiedad familiar» que le proporcione medios de subsistencia. Se declara partidario del restablecimiento de la propiedad comunal; lamenta que el Código Civil, pese a regular instituciones que claramente se orientan a la defensa de la familia (prodigalidad, dote, gananciales, legítima, deuda alimentaria, etc.), no contenga un reconocimiento claro de la idea de «propiedad familiar», pues su concep-

(8) *Principes de economie politique*. París, 1905, pág. 61.

ción del dominio es puramente individualista como corresponde a su filiación decimonónica. Reconoce, por el contrario, la existencia en Derecho foral de instituciones que suponen una clara vinculación de la propiedad a la familia, las cuales sería conveniente exportar al Código Civil, como el retracto gentilicio, el fideicomiso familiar, el consorcio foral, la sociedad familiar, la libertad de testar, los heredamientos, el petrucio o la casa. Concluye pensando que en el Derecho agrario, rama en clara fase de expansión, se hallan las soluciones para subsanar las deficiencias de que adolece nuestro primer cuerpo sustantivo, en especial mediante la creación de un patrimonio inembargable e inalienable como el configurado por la Ley de 15 de julio de 1952.

C) LOS PROBLEMAS DE LA LLAMADA «INSEMINACIO ARTIFICIALIS»
EN LOS SERES HUMANOS (9)

Siempre atento a la repercusión que los más modernos fenómenos puedan tener en el mundo del Derecho, CASTÁN es uno de los primeros autores españoles que estudia, desde un punto de vista jurídico, lo que hoy se denominan técnicas de reproducción asistida. Su valoración moral del nuevo fenómeno es francamente negativa, como corresponde a una mentalidad de su época. Lo considera —en especial a la inseminación artificial cuando está al servicio del eugenismo— como algo que destruye las bases en que se funda la familia y desconoce las elementales exigencias de la dignidad y moral humana. Pero ello no implica que por un momento piense que el Derecho deba cerrar los ojos ante la nueva realidad, consecuencia del progreso de las ciencias biológicas; así, por ejemplo, piensa que el nacido deberá reputarse como hijo legítimo, cuando la fecundación se ha llevado a efecto con el consentimiento de la mujer y de su esposo; como vemos, es la misma solución adoptada por la novísima Ley reguladora de la materia de 22 de noviembre de 1988.

III. EL TRATADO DE DERECHO CIVIL COMUN Y FORAL Y EL DERECHO DE FAMILIA

Con todo, sus más importantes aportaciones al Derecho de Familia y, sin duda, las que más trascendencias han tenido, se hallan contenidas en el *Tratado de Derecho común español, civil y foral*, donde dedica a tal

(9) *Libro-homenaje a D. Juan Moneva y Puyol*. Consejo de Estudios de Derecho Aragonés. Zaragoza, 1954.

tema el tomo V que a partir de la edición de 1960 está dividido en dos volúmenes, dedicado el primero a la exposición de las relaciones matrimoniales y el segundo a la filiación.

Define el Derecho de Familia siguiendo a FERRARA, «como el que regula las relaciones personales y patrimoniales de los miembros de una familia entre sí y respecto a terceros». Al abordar el problema de su naturaleza expone la tesis del que fue profesor de Bolonia, ANTONIO CICU, que lo sistematizó sobre bases autónomas, con perfecta separación del Derecho privado y con construcción afín al Derecho público. Pero aun reconociendo que en el Derecho de Familia se dan rasgos caracterizadores que no son comunes en otras ramas del Derecho civil (escaso ámbito de la autonomía de la voluntad, relaciones que a la vez son derechos y deberes, facultades que no se ejercen en beneficio propio y que resultan inalienables, inembargables, imprescriptibles e irrenunciables), piensa que no son suficientemente consistentes para encuadrarlo en la órbita del Derecho público, pues, a mayores de la tradición histórica, es evidente que la familia moderna no constituye un colectivo dotado de *imperium* que es la nota que debe tipificar al Derecho público.

A) CLASIFICACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA

Sistematiza la exposición de esta rama del Derecho civil, atiende a las diferentes esferas en que puede desenvolverse, distinguiendo: 1) Relaciones matrimoniales, donde incluye las estrictamente personales (derecho de familia puro, en la terminología de SAVIGNY), como las de carácter patrimonial; 2) relaciones paternofiliales; 3) relaciones parentales, donde incluye la obligación de alimentos entre parientes, y 4) relaciones cuasi familiares que comprende la tutela.

No se muestra conforme con la postura que los Códigos decimonónicos adoptan respecto a la familia ilegítima: la indiferencia. Pese a que por sus convicciones considera a la familia legítima como modelo ideal, cree que las relaciones extramatrimoniales deben ser regulada por el Derecho con una intensidad superior a la de las leyes de la época, protegiendo el derecho de la prole extramatrimonial al reconocimiento y reglamentando las consecuencias económicas que de la relación familiar deban derivarse.

B) EL MATRIMONIO Y SUS FINES

Rechaza la tesis de la naturaleza contractual del matrimonio, pese a concebirlo como un negocio jurídico bilateral. Se trata de una convención

que implica, dice citando a GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, que implica la adhesión a una institución: el matrimonio como estado.

Repasa las diversas teorías formuladas sobre los fines de la institución matrimonial, haciendo especial hincapié en la recogida en el *Corpus Juris Canonici* (canon 1.013), el cual ejerce, sin duda, una considerable influencia sobre su propio pensamiento. El mismo distingue entre fin remoto la conservación de la especie humana y, próximo, la constitución de una comunidad plena entre personas de distinto sexo.

C) SISTEMAS MATRIMONIALES

Como no podía por menos, dada la época en que escribe, aborda el problema del carácter subsidiario del matrimonio civil respecto del canónico, propio del Derecho español de la posguerra. Haciendo gala de su talante liberal, sostiene con FUENMAYOR, frente a la opinión de un importante sector doctrinal integrado fundamentalmente por canonistas (DEL AMO, REGATILLO, MALDONADO), que el Concordato de 1953 no supuso para el Estado la obligación de recibir en el ámbito de su derecho interno la norma contenida en el canon 1.099 del Código de 1917 que imponía a todos los bautizados, incluso a los que hubieran apostatado, la necesidad de contraer matrimonio en forma eclesiástica. Sin embargo, las ulteriores reformas legales y reglamentarias (la de 24 de abril de 1958 del Código Civil y los Decretos de 26 de octubre de 1956 y 14 de noviembre de 1958, que reformaron el Reglamento del Registro Civil) han recogido de forma inequívoca la tesis canonista.

Tampoco le convence el sistema de matrimonio en forma civil con carácter obligatorio. Considera que en una materia que no tiene exclusivamente carácter jurídico, sino fundamentalmente ético y religioso, sería lógico, aunque el Estado no fuera confesional, permitir a los contrayentes optar entre una forma civil o religiosa; máxime en un país como el nuestro, donde existe una gran masa de católicos que sentiría repugnancia ante un matrimonio en forma exclusivamente civil, y, donde el matrimonio civil carece de arraigo histórico, pues sólo estuvo vigente bajo los breves períodos de vigencia de la Ley de Matrimonio Civil de 1870 y la republicana de 28 de junio de 1932.

D) EFECTOS PERSONALES DEL MATRIMONIO

Piensa CASTÁN que la cobertura que el Derecho puede proporcionar a las relaciones personales entre los esposos es muy escasa. A diferencia de

las patrimoniales o económicas que son de marcado carácter jurídico, las personales tienen fundamentalmente carácter moral, por lo que sólo son incorporadas al Derecho en la limitada medida en que es posible lograr su sanción y efectividad por medios legales.

Se muestra conforme con el sistema existente en su época, hoy modificado sustancialmente por las diversas leyes reformadoras del Código Civil, pero es partidaria de una interpretación progresista y adaptada a los nuevos tiempos. Así, por ejemplo, justifica la existencia de la autoridad marital en la necesidad de que toda sociedad tenga una autoridad que la dirija; pero la autoridad marital no debe llegar al extremo de que el marido pueda fiscalizar la correspondencia y relaciones personales de su mujer, máxime cuando ésta puede ejercer una profesión que, a su vez, puede implicar el deber de guardar secreto profesional.

E) SISTEMAS ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Crítica la absurda sistemática del Código Civil que regula el régimen económico del matrimonio en el libro IV, dedicado a las obligacionales y contratos.

A continuación expone los diversos sistemas económicos matrimoniales existentes en Derecho comparado. Y, aunque reconoce que es difícil hacer en abstracto una crítica de los mismos, muestra su simpatía por los de comunidad limitada, tipo nuestra sociedad de gananciales. En ellos se armoniza la propiedad particular de cada cónyuge con el patrimonio común, respeto de la personalidad de cada esposo con el reconocimiento de la mancomunidad creada por el matrimonio. Por ello resulta loable el régimen de gananciales adoptado por el Código Civil, siguiendo la tradición histórica del Derecho castellano; si bien serían convenientes algunos retoques, tales como la posibilidad de comunidad conyugal continuada, o de bienes reservados y una mayor intervención de la mujer. El régimen de separación de bienes, por el contrario, sólo favorece a la esposa cuando tiene un patrimonio considerable o ejerce una profesión equiparable a la de su cónyuge.

F) CAPITULACIONES MATRIMONIALES

Pese a carecer de tradición en Derecho castellano, piensa que está justificada su introducción en el Código Civil, pues con ello se acerca a los Códigos modernos y a los Derechos forales, a la vez que puede ser útil para determinadas personas.

Califica su naturaleza de «acto reglamentario», ya que su finalidad es la de instituir un estatuto que habrá de regir las relaciones económicas de cónyuges, entre sí y respecto a terceros. Dentro de su contenido, distingue entre «las convenciones económico matrimoniales propiamente dichas», que son lo que años más tarde LACRUZ (10) va a llamar «estipulación capitular», de aquellas otras estipulaciones (donación de bienes futuros, mejoras, heredamientos, etc.) que pueden constar en el mismo documento, pero que pertenecen a una esfera jurídica ajena al régimen económico del matrimonio. Al estudiar el límite que el antiguo artículo 1.316 establecía al contenido de las capitulaciones, en el sentido de que no podían contener nada que fuera depresivo de la autoridad, que, respectivamente, corresponda en la familia a los futuros cónyuges, dice que es lícito transferir a la mujer la administración de los bienes matrimoniales, pero no es el pacto por el que se encomienda aquélla a un tercero. Considera que el fundamento de la prohibición contenida en el primitivo artículo 1.317, no radicaba, como sostuvo DURÁN Y BAS, en una malquerencia a los Derechos forales, sino en la necesidad de dar certeza al régimen económico en un momento histórico en el que el Derecho foral no estaba codificado.

Por lo que se refiere a la publicidad de los capítulos, echa de menos la existencia de un Registro especial de regímenes matrimoniales, dada la trascendencia que tienen para terceros, pues la figura de las «indicaciones» a la que se refiere el artículo 77 de la Ley de Registro Civil, es un sistema insuficiente. Realza el importante papel que los Registros de la Propiedad y Mercantil juegan, cuando las capitulaciones afectan a inmuebles o a comerciantes, como instrumentos para hacer oponible a terceros su contenido.

G) GANANCIALES

Cabe a CASTÁN el mérito de haber sido uno de los primeros en formular la teoría de la titularidad compartida del marido y la mujer sobre los bienes que integran el acervo de la sociedad de gananciales, la cual goza hoy de la máxima difusión en la doctrina y en la jurisprudencia. Antiguamente predominaba el criterio de que los gananciales eran propiedad del marido, en quien radicaban las facultades dispositivas y de administración, mientras que la mujer tan sólo era titular de un derecho de crédito que se materializaba en bienes concretos al liquidarse la sociedad. Esta teoría todavía fue recogida por el Tribunal Supremo en Sentencias de 5 de diciembre de 1974 y 28 de febrero de 1975.

(10) *Los regímenes económicos del matrimonio y la publicidad registral.*

Por el contrario, CASTÁN piensa que la naturaleza de los gananciales consiste en una comunidad de tipo germánico al carecer de cuotas negociables, cuya titularidad es común a ambos cónyuges, si bien las facultades de administración correspondían al marido (art. 1.412), aunque para ciertos actos se requiera la intervención de la esposa, como ocurría con las donaciones (art. 1.415), o con ciertos actos dispositivos (art. 1.413, tras la reforma de 24 de abril de 1958).

Crítica la confusión en que incurría el Código (versión originaria) entre renuncia a la sociedad de gananciales y renuncia a los gananciales obtenidos. La primera no se permitía durante el matrimonio como consecuencia del principio de inmutabilidad del régimen económico del matrimonio; la segunda sólo era admisible tras la disolución del matrimonio (art. 1.394). Con la precisión que le caracteriza enuncia los tres principios que inspiran la determinación de los bienes que han de integrar la masa activa de la sociedad de gananciales: *a)* El derivado de la propia naturaleza de la sociedad de gananciales (dado que se trata de una comunidad de adquisiciones deberán ser comunes los frutos de todo tipo de bienes y los rendimientos del trabajo o industria de cualquiera de los cónyuges; *b)* el principio de subrogación real, y *c)* la presunción favorable a la ganancialidad. Al estudiar la prueba en contrario pone de relieve la distinta naturaleza que tiene la efectuada ante el Registrador, a efectos del antiguo artículo 95 del Reglamento Hipotecario, donde no hay contienda entre partes y el resultado trasciende a terceros, de la que se desarrolla ante los Tribunales de Justicia con motivo de una contienda civil. Por eso encuentra justificado el hecho de que la doctrina de la Sentencia de 2 de febrero de 1952, que dio validez a la confesión del cónyuge perjudicado, no haya sido recibida en el ámbito registral.

Al estudiar el tema de las cargas pone, una vez más, de manifiesto su concepción funcional de la familia en el sentido de entender que las facultades de sus miembros (fundamentalmente el marido o el padre), no son absolutas ni pueden ser ejercidas en beneficio propio, si no en interés del conjunto familiar. Por ello encuentra injusto el artículo 1.411 que hacía recaer en el patrimonio ganancial lo perdido y pagado por uno de los cónyuges en los juegos ilícitos. En el mismo orden de ideas, siguiendo a ISABAL, interpreta el párrafo primero del derogado artículo 1.408, entendiendo que el marido, a pesar de la generalidad de su enunciado, sólo obliga los bienes gananciales por deudas contraídas en interés de la familia. El Tribunal Supremo ha recogido esta teoría en Sentencias de 13 de mayo de 1971 y 22 de abril de 1972.

En lo que se refiere a la enajenación de los bienes gananciales, se muestra satisfecho con la reforma llevada a cabo por la Ley de 24 de abril de 1958, cuyos resultados tantas veces había reclamado. Por eso lamenta

la crítica negativa que un sector de la doctrina dedicó al nuevo artículo 1.413. Se muestra partidario, por su parte, de interpretar el nuevo precepto legal de la forma que resulte más favorable para la mujer: piensa que la nueva disposición debe aplicarse a todos los actos celebrados tras su entrada en vigor aunque el matrimonio sea de fecha anterior; considera que los actos contrarios al 1.413 como ineficaces, por lo que la misma esposa o sus herederos podrían promover su impugnación y sólo en el caso de que ésta no tuviera éxito, procedería la colación al liquidar la sociedad, de conformidad con el artículo 1.419. Opinión esta última no seguida por la jurisprudencia que se adaptó a soluciones más conservadoras.

H) RÉGIMENES DE SEPARACIÓN Y DOTE

A CASTÁN le parecía absurda la existencia de un régimen de separación previsto con carácter sancionador para los casos tipificados en el primitivo artículo 45 del Código Civil, «porque en vez de recaer el castigo sobre el culpable y únicamente sobre él, sucederá muchas veces que la separación supondrá un beneficio para el cónyuge que actuó en contra de lo dispuesto en la Ley y un perjuicio para el que no cometió falta alguna». El Tribunal Supremo, en Sentencia de 4 de mayo de 1970, hubo de enfrentarse con uno de tales supuestos, y repugnándole, como a CASTÁN, la aplicación de la sanción, recurrió al subterfugio de considerar que los esposos habían vivido sometidos «de hecho» al régimen de gananciales, por lo que no procedía aplicar el de separación al separarse los cónyuges.

El régimen de separación convencional se hallaba huérfano de regulación legal. Para llenar el vacío, CASTÁN pensaba que en ausencia de pacto, habría que aplicarse por analogía lo dispuesto en el artículo 50, pero sólo en cuanto regula el régimen, no en su parte restrictiva o de penalidad.

Consideraba, siguiendo a DE DIEGO y BURÓN, que no era precisa la licencia marital para la validez de los actos de la mujer y que fueren necesarios para la administración de sus bienes: por el contrario, sí sería precisa para enajenarlos o gravarlos, por analogía con el sistema de parafinales y lo que disponía el artículo 1.444.

A propósito de este último, hay que resaltar su famosa interpretación a base de cuatro criterios (gramatical, histórico, lógico y práctico), para sostener que la esposa en las situaciones anormales del matrimonio que el precepto contemplaba, podía realizar por sí sola, sin licencia de ningún tipo, actos de enajenación y gravamen sobre bienes muebles.

Se muestra, en principio, partidario de la «dote», por tratarse de una institución basada en un principio de justicia («cual es repartir por igual

las cargas del matrimonio entre los cónyuges») y que «reporta una clara utilidad social: mejorar la condición de la mujer». Por ello considera que la figura debe subsistir, pero sometiéndola a una profunda remodelación, eliminando las excesivas complicaciones de que adolecía su reglamentación, que eran la causa de la crisis que le afectaba. La reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981 ha prescindido de ella; sin embargo, ulteriores reformas de compilaciones forales la han respetado.

Le parecen muy acertadas las Sentencias (30 de diciembre de 1897 y 19 de enero de 1960) y Resolución (20 de diciembre de 1899), que consideraron que los bienes pertenecientes a la mujer se presumían parafernales y no dotales, ya que tal solución es más beneficiosa para la mujer, ya que conserva más derechos sobre este tipo de bienes.

I) DONACIONES POR RAZÓN DEL MATRIMONIO

Distingue entre donaciones con ocasión del matrimonio y donaciones entre cónyuges, pese a que el Código regulaba ambas instituciones englobadas bajo una misma rúbrica («donaciones por razón del matrimonio»), en el capítulo II del capítulo III, del libro IV. Piensa que las primeras consisten en donaciones sometidas a una *conditio iuris* (el matrimonio) y que el artículo 1.331 recogía un supuesto de sucesión contractual, como tuvieron ocasión de reconocer la Sentencia de 20 de octubre de 1908 y la Resolución de 24 de noviembre de 1925. La segunda era una figura prohibida por los artículos 1.334 y 1.335, según CASTÁN, sin que existieran motivos justificados para ello. La reforma de 13 de mayo de 1981, una vez más, ha elevado al rango legal una de sus aspiraciones, al hacer desaparecer toda prohibición al respecto.

J) BIENES PARAFERNALES

La categoría de los bienes parafernales que estuvo a punto de no ser recogida en el Código Civil (los proyectos de 1851 y 1882 la omitieron) ha merecido la crítica adversa de una gran parte de la doctrina más caracterizada, tanto por lo que se refiere a su utilidad (la dote inestimada cumplía la misma función, decían), como a su regulación, a la que tachan de precitada, insuficiente y fragmentaria. Sin embargo, CASTÁN, fiel como siempre a una mentalidad liberal y progresista, pese a reconocer que su regulación dejaba mucho que desear, consideró que los parafernales «pueden representar dentro de otros regímenes como el de comunidad o el dotal, un elemento de independencia patrimonial de la mujer».

Como ocurre en todo el Derecho de Familia, la interpretación que CASTÁN propone de los preceptos ambiguos o las soluciones que da a las cuestiones discutibles, es siempre la más adecuada para lograr el mayor grado posible de autonomía jurídica en la mujer. Así, por ejemplo, piensa que la esposa podría en cualquier momento pedir al marido la restitución de la administración de los bienes que formal o tácitamente le hubiere encomendado, salvo que lo hubiere hecho en capitulaciones, ya que éstas eran inalterables a tenor de lo que disponía el artículo 1.320; que la esposa no necesitaba licencia marital para realizar los actos requeridos por la administración de estos bienes; posibilidad de licencia judicial supletoria para enajenar o gravar los parafernales, por analogía con el 1.387; que los frutos de los parafernales no tuvieran la consideración de gananciales en los casos de separación de hecho, pues, como el Tribunal Supremo ha puesto de relieve en muchas ocasiones, en tal caso no hay cargas que levantar.

K) FILIACIÓN

CASTÁN se muestra muy crítico con la regulación que el Código Civil dedica a la filiación; mucho más que respecto al régimen instuido para cualquier institución de derecho matrimonial, sea puro o aplicado a los bienes. Comienza poniendo en tela de juicio los términos «legítimo» e «ilegítimo», expresiones que en los Códigos modernos (siempre el Derecho comparado ha sido para él una fuente de inspiración crítica) se sustituyen por los de «hijos matrimoniales» y «extramatrimoniales».

La presunción de legitimidad, propia de los Códigos del siglo XIX, que encerraba el desaparecido artículo 108. se basaba, a su vez, en otras dos presunciones: la de que los hijos nacidos en ciertos plazos han sido engendrados durante el matrimonio y la de que lo han sido por el marido de la madre (*pater est quam nuptiae demonstrat*). Ambas presunciones eran lógicas atendiendo a los conocimientos de la ciencia médica en la época de la redacción del Código Civil que recoge en este punto una tradición que parte de Hipócrates y llega a los Códigos decimonónicos, pasando por los juriconsultos romanos y las Partidas. Pero lo que no convence a CASTÁN es el excesivo rigor con que los artículos 108 y 109 las reflejaban, ya que ello puede dar lugar a consecuencias absurdas e injustas. Por eso mismo, siguiendo a CASTRO PÉREZ (11), con un criterio acorde a los avances de la ciencia, considera adecuado recurrir a pruebas de carácter biológico (de

(11) "La investigación de la paternidad y las modernas orientaciones biológicas", *RGLJ*, 1944, pág. 163.

grupos sanguíneos), posibilidad que el Tribunal Supremo ha venido rechazando de forma reiterada hasta la reciente reforma de 13 de mayo de 1981; cree del mismo modo que la contraprueba de la imposibilidad física de acceso a la mujer durante el período en que se presume la concepción, debe sustituirse por la más exacta de «imposibilidad de procreación», acudiendo una vez más, si fuere preciso, a criterios biológicos; finalmente, piensa que un amplio arbitrio judicial puede ser mucho más justo y eficaz que un sistema de presunciones y pruebas tasadas.

Como en él era de imaginar, interpreta los preceptos legales de la forma que resulte más favorable para el hijo, pero siempre de un modo racional que evite soluciones injustas. Así, por ejemplo, se inclina por considerar ilegítimo, en principio, al hijo nacido dentro de los ciento veinte días siguientes a la celebración del matrimonio sin que concurriese alguno de los supuestos del antiguo artículo 110, o después de los trescientos días siguientes a su disolución, ya que lo más normal es que la concepción no haya tenido lugar durante el matrimonio, pero sin cerrar la posibilidad de probar por cualquier medio lo contrario; en caso de conflicto de presunciones (los nacidos durante los ciento veinte días siguientes a la celebración de un segundo matrimonio, pero antes de transcurrir trescientos desde la disolución del primero), remite la solución al arbitrio judicial, pues cualquier criterio apriorístico, no sería adecuado para conocer la verdad y conducirla, por tanto, a soluciones inadecuadas.

Al estudiar la filiación ilegítima muestra un criterio tendente a lograr la posibilidad de reconocimiento en el mayor número posible de casos. Para ello interpreta la frase que «al tiempo de la concepción pudieron casarse con dispensa o sin ella» empleada por el artículo 119, limitando su significado a la libertad de los padres para contraer matrimonio, pero sin incluir la posible existencia de vicios en el consentimiento; admite que los hijos adulterinos puedan ser reconocidos unilateralmente por el progenitor soltero y que los que en el Derecho antiguo se denominaba «sacrílegos», pudieran serlo en forma plena, dado que los ordenados *in sacris*, conforme al artículo 83-4.º, podían contraer matrimonio civil con la oportuna dispensa. Alaba la tendencia de los Códigos modernos a limar las consecuencias de la distinción entre hijos matrimoniales y los habidos fuera del matrimonio y, por lo que a España se refiere, las medidas contenidas en los artículos 52 y 51 de la Ley de Registro Civil de 1957 que prohíben, fuera del ámbito familiar, la desigualdad de los españoles por razón de su filiación y la publicidad de cualquier dato que revele la condición de ilegítimo.

De *lege ferenda*, es totalmente partidario de la posibilidad de investigar la paternidad, pues las razones tradicionalmente invocadas en contra (tranquilidad de las familias, fomento de las relaciones ilícitas y dificultades de

prueba), le parecen viejos prejuicios carentes de consistencia suficiente para privar a un hijo del derecho natural de conocer a su padre y de exigirle que cumpla las obligaciones propias de toda relación paterno-filial. De *lege data*, interpreta los preceptos legales de manera tendente a favorecer la posibilidad de reconocimiento, admitiendo la validez de la realizada por un menor de edad, siempre que la paternidad fuere verosímil (criterio recogido hoy por el art. 124); el de la mujer casada sin necesidad de licencia marital o la posibilidad del reconocimiento de póstumos (hoy, art. 126).

L) LA PATRIA POTESTAD

Concibe la patria potestad como un haz de facultades que el ordenamiento confiere al padre, pero que debe ejercer siempre en beneficio del hijo.

Pone de relieve el hecho de que las legislaciones más progresistas la atribuyan conjuntamente a ambos progenitores. Por ello interpreta los preceptos del Código Civil tendiendo a otorgar a la madre el mayor grado posible en su ejercicio. Así, defiende que cuando un hijo es reconocido por el padre después de haberlo hecho la madre, ésta no debería perder la patria potestad, pese al tenor literal del artículo 154; tal solución, aparte de constituir una injusticia, infringiría el artículo 167 que no incluía ese supuesto entre las causas de pérdida de la patria potestad. Considera un acierto del Código el hecho de extenderla a los hijos naturales reconocidos (cosa que la legislación anterior no hacía) y lamenta que no hiciera lo mismo con el resto de los hijos ilegítimos.

M) LA TUTELA

En los Derecho modernos la figura del tutor no es un ente que actúe en beneficio propio y sin control alguno, como ocurría en Derecho romano. Hoy existen órganos que fiscalizan su actuación y garantizan, al menos teóricamente, que redunde en beneficio del tutelado. Tales órganos pueden consistir en la intervención judicial en determinados actos (tutela de autoridad) o en la actuación de una asamblea de parientes (tutela de familia).

El Código Civil, siguiendo al napoleónico y separándose de la tradición histórica castellana, optó por el último sistema. Sin embargo, los resultados alcanzados no han sido muy alentadores. Cita CASTÁN a MORELL, al que califica de «tan conocedor de la realidad jurídica de nuestra Patria», que piensa que el consejo de familia nunca se constituiría en la práctica si

en los Registros de la Propiedad pudieran hacerse inscripciones a favor o en contra del tutelado, sin tal requisito. Palabras que ponen de manifiesto el escaso funcionamiento real de la institución.

Pero tampoco considera prudente volver al sistema anterior, donde los Jueces de Primera Instancia, al decir de PEDREGAL, tenían totalmente olvidadas sus funciones. Por ello propone que la tutela sea intervenida por un «Juez popular especial» que con carácter único vigile de forma continuada y responsable la conducta del tutor. Se trata de algo semejante a lo que en nuestros días debiera ser el juez de familia.

También es partidario de la reintroducción de la distinción entre tutela y curatela, reservando ésta para los que no se hallen totalmente incapacitados. La reciente y profunda reforma de la figura siguió sus directrices también en este punto.

IV. CONCLUSION

Las aportaciones de CASTÁN al Derecho de Familia contenidas en su Tratado han servido de base para la formación de varias generaciones de juristas durante más de cincuenta años. Pero, a diferencia de lo que ocurre en otras ramas del Derecho civil, el Derecho de Familia que estudió y enseñó CASTÁN ya no está vigente. Diversas reformas lo han sustituido por otro más acorde con la realidad social y con sus propias aspiraciones. Sus ideas fueron en gran medida los motores que impulsaron la transformación. Estas líneas sólo pueden ser unas torpes pinceladas de las mismas ante la imposibilidad de exponer en tan breve espacio una síntesis de su pensamiento.

JOSÉ MARÍA GÓMEZ VALLEDOR
Registrador de la Propiedad