

La capacidad jurídica de la mujer casada

(Aspectos históricos, sociológicos y de derecho
positivo)

(Continuación)

CAPÍTULO XIV

EL MOVIMIENTO DE LIBERACION DE LA MUJER Y EL PROBLEMA DE SU CONDICION JURIDICA

Al jurista que estudia el problema de la capacidad jurídica de la mujer, en sentido amplio—esto es, su posición jurídica en el matrimonio y en la familia, en los aspectos personales y patrimoniales—parece que no debe interesarle un movimiento tan polifacético y aparentemente alejado de las preocupaciones del investigador del Derecho como el llamado Movimiento de Liberación de la Mujer (Women's Liberation).

Sin embargo, tal conclusión creo es precipitada y es preciso al menos, tomar conciencia del problema que las mujeres y hombres enrolados en dicho movimiento plantean, de su marco geográfico y sociológico concreto y de las implicaciones que en el tema objeto de mi estudio pueden tener sus reivindicaciones sustanciales.

Las reformas que en la condición legal de la mujer han realizado las legislaciones, no han colmado, en modo alguno, las aspiraciones de las más conscientes de ellas. Podría decirse que es una ley histórica que

a las mujeres se les ha concedido «demasiado tarde y demasiado poco» de sus reivindicaciones.

En lo que podría llamar la «revolución francesa» de la mujer, se les ha concedido la equiparación con el varón en el campo del Derecho Privado y Derecho Público. A dicha fase corresponde el feminismo militante y el sufragismo del siglo XIX y principios del XX.

En la fase que podría considerarse la «revolución soviética» de la liberación de la mujer se ha mejorado su *status* económico, mediante una legislación social protectora que ampara su condición profesional y las particularidades derivadas de su condición de mujer de hogar y madre.

Sin embargo, para un observador atento la analogía entre la reforma legal de la condición de la mujer y tales movimientos revolucionarios de alcance mundial e incalculables consecuencias históricas, no pasa de ser irrisoria.

En efecto, ni siquiera en los países más avanzados de Occidente se ha conseguido la igualdad formal ante la ley de varones y mujeres. Las leyes que he enumerado en el apartado anterior dejan bien a las claras entrever que subsisten profundas disparidades entre la condición legal de la mujer y del varón, en el matrimonio singularmente, pero también fuera de él. Tal vez constituyan una excepción las de los países socialistas, pero también el papel de la ley en estos países tiene menor importancia, por lo mismo que es el aparato productivo estatal en definitivo el que prepondera, de un modo abrumador, en la vida de las personas. No tiene mucho sentido hablar de la igualdad legal absoluta de varones y mujeres en los países socialistas si el sistema de la producción y el educativo no brindan la misma igualdad de oportunidades a unos y otras.

La emancipación económica de la mujer tampoco se ha logrado plenamente en ningún país del mundo: la mujer con casi absoluta unanimidad percibe menores sueldos por iguales trabajos que el hombre, ocupa las profesiones más desprestigiadas de la sociedad, trabaja muchas veces temporalmente, tiene un menor nivel de instrucción y sufre un mayor paro laboral que aquél.

Hablar en tal sentido de una «revolución soviética» de la condición económico-social de la mujer no deja de ser una broma de mal gusto para las mujeres dotadas de sentido crítico.

Frente a las afirmaciones de los sociólogos conservadores de que la sociedad americana es un matriarcado, regido por mujeres, de que las mujeres en América controlan la mayor parte del fabuloso capital de las sociedades anónimas, las militantes enroladas en el «Movimiento de liberación» afirman que tal matriarcado es una ilusión, que las mujeres están sujetas a todas las discriminaciones características de una sociedad patriarcal, hecha por y para los hombres, y sobre todo, que la psicología

profunda de todos, hombres y mujeres, está condicionada desde hace milenios para imponer—el varón—y para sufrir—la mujer—la jerarquía sexual patriarcal.

ARANGUREN (81) se pregunta cuál es la meta, el objetivo del Movimiento de Emancipación de las mujeres. Y responde con ALICE ROSSI que «se ha tomado conciencia mucho antes de la desventaja social de la raza y de la clase económica que de la impuesta por el sexo. Una mujer encuentra grandes dificultades, multiplicadas si se casa, para abrirse camino profesional, llegar a ocupar puestos importantes en el profesorado o en la investigación científica, tener plena independencia jurídico-económica, desempeñar cargos públicos, gozar de una libertad amorosa y sexual semejante a la del hombre».

No es admisible—sería grosero y anticientífico—confundir el movimiento de liberación de la mujer con la llamada revolución sexual. Mucho menos con el libertinaje universal indiscriminado. Las *Women's lib* más conscientes consideran que tal revolución, la supresión de todos los tabús sexuales en el comportamiento erótico de la mujer, no la sacaría, como vio SIMONE DE BEAUVOIR y recuerda ARANGUREN (82), de su confinamiento erótico, de su ser con referencia al hombre.

Las reivindicaciones de las mujeres son, según ARANGUREN, la económico-profesional, la legal y la política, la familiar y la religiosa.

Para ARANGUREN (83) «el núcleo último de la dificultad está en la familia—la actual familia nuclear o conyugal—como institución social. Pero una repulsa de la institución familiar que las más radicales de las liberacionistas propugnan, pone en cuestión los fundamentos religiosos morales de nuestra cultura, y globalmente, la cultura misma».

Muy razonablemente el mismo autor pregunta frente a la tesis, hoy por hoy utópica de JULIET MITCHELL, de que la familia nuclear se autodisolverá, por pérdida total de su función, como se disolvió la familia extensa o consanguínea, que mientras no desaparezca esta familia reducida o conyugal, a la mujer, ¿qué solución aquí y ahora se le ofrece? (84). Y afirma que caban reformas en la familia, pero no una solución de recambio a menos que a la revolución de las actuales formas de aquella proceda una revolución cultural (85) (85 bis).

(81) *Erotismo...*, cit., pág. 125.

(82) *Ob. cit.*, pág. 129.

(83) *Id.*, *íd.*, pág. 130.

(84) *Id.*, *íd.*, pág. 136.

(85) *Id.*, *íd.*, pág. 140.

(85 bis). Uno de los máximos cultivadores de la ciencia política en el momento actual, MAURICE DUVERGER, en su obra *Las dos caras de Occidente*, Ediciones Ariel, 1973, pág. 255, reconoce que «un condicionamiento tan completo (de la mujer por los medios de masas de la sociedad de consumo) torna difícil el que la masa de las mujeres sea sensible a la “contestación” que llevan a cabo

Algunas de las ramas más radicales del Movimiento, atacan—como apunta ARANGUREN—a la familia moderna conyugal, igualitaria, fundada en el trabajo del hombre y en la actividad hogareña y profesionalmente subordinada de la mujer, como la última tentativa del sistema patriarcal para seguir subordinando a la mujer.

Al atacar tal modelo occidental de familia—casi diría mundial, pues los procesos socioeconómicos del momento actual son casi uniformes en todo el mundo—atacan también al movimiento reformista, difuso, pero no menos operante en todas las esferas de la sociedad occidental, que pretende mejorar la condición de la mujer.

Lógicamente el temor a las ideas del Movimiento puede retraer a sectores importantes del conservadurismo occidental, de continuar el proceso largo, inacabable, de promoción de la mujer.

Para algunos países ultraconservadores, como Portugal (85 ter), las ideas del Movimiento pueden ser cómodos pretextos para no iniciar siquiera lo que es ya viejo de muchos decenios en Europa: la supresión de la autoridad patriarcal del varón en el matrimonio.

Es posible que los círculos jurídicos interesados en la reforma de la legislación familiar ignoren totalmente las aspiraciones del Movimiento, y sigan su camino reformista sin tener en cuenta los positivos estudios acerca de la condición de la mujer que las ramas más moderadas del mismo han realizado.

En la medida en que tales estudios sean tenidos en cuenta y sean confrontados con los restantes datos que suministran las Ciencias del Hombre, y el conocimiento empírico de la realidad sociopolítica por los juristas reformistas, la labor de reforma de la condición jurídica de la mujer no operará sobre el vacío, sino será fecunda y actuante.

Las más moderadas de las mujeres que integran el Movimiento, no pretenden destruir el matrimonio ni la familia, sino reformar, humanizar las estructuras sociales para que ni el matrimonio ni la familia sean una opresión para la mujer. Pretenden que se suprima la competitividad exagerada de la moderna sociedad de consumo, se adopte el principio

los movimientos de liberación femenina que se desarrollan en Occidente. Estos son muy minoritarios en proporción; aún mucho más que los movimientos de estudiantes o jóvenes. Su aspecto pintoresco hace olvidar a veces que luchan contra una opresión real y profunda». Este autor incluye los movimientos de liberación de la mujer en su capítulo «La impugnación del sistema de Occidente», epígrafe «La revuelta de los marginados».

La impotencia de los movimientos de liberación de la mujer para hacer progresar su condición, agudamente denunciada por DUVERGER, en modo alguno debe ser un motivo para archivar sus justísimas demandas. La opresión existe aunque el oprimido carezca de armas políticas para eliminarla. Una política legislativa humanista debe esforzarse en atender dichas demandas y plasmarlas en leyes y praxis sociales liberadoras.

(85 ter) Este párrafo fue escrito antes de la Revolución de 25 de abril de 1974.

cooperativo frente al principio competitivo, se extienda a todos los seres humanos la calidad de la vida, se libere a la mujer de cuantas discriminaciones y tabúes la han encadenado durante milenios, actuando en las esferas de la educación, legislación, medios de masas, dinámica de pequeños grupos, de forma que vaya cambiando el condicionamiento del subconsciente social que destine al varón a la competición y a la mujer a la pasividad.

Dentro de este orden de ideas, de la reforma de la propiedad, de la educación, de la empresa, de la política y de la sociedad toda, al liberarse la mujer se liberaría también al hombre, obligado ahora, quiéralo o no, a mantener el rol dominante, predador, que milenios de cultura patriarcal han infiltrado en su subconsciente. Rol que muchas veces es destructor de su felicidad y no pocas de su equilibrio psíquico.

El jurista, como jurista y como ciudadano que es de pleno derecho, tiene que estar disponible a toda esta problemática que preocupa en el momento actual a los mejores pensadores de Occidente. Como defensor que es de los derechos humanos de los ciudadanos, no puede remitirse fríamente a las leyes que consagran sobre el papel la igualdad de derechos de varones y mujeres. Mucho menos cuando tal igualdad—como en España—no ha sido lograda ni siquiera en el *Boletín Oficial del Estado*. Debe tomar conciencia que tales derechos humanos no han sido desenvueltos y consagrados en la praxis social de ningún país, ni siquiera los más avanzados socialmente. Debe suministrar las fórmulas jurídicas necesarias para el avance social de la mujer, conociendo todos los datos que las Ciencias del Hombre—y el Movimiento de Liberación de la Mujer—arrojan sobre el problema.

La tarea es hercúlea, pero está hecha a la medida de su vocación de hombre justo y de su preparación de jurisperito.

La reforma de la condición de la mujer, que de modo apremiante, vehemente, y quizá a veces algo áspero, pero con una gran carga de razón nos plantea el Movimiento de Liberación de la Mujer, se halla en íntima conexión, con las mismas *Women's Lib* reconocen, con el problema de la elevación de la condición socioeconómica de todos los desfavorecidos sociales. La justicia social es indivisible y no puede ser aislada en compartimientos estancos.

En la medida en que la promoción de la condición femenina se lleve a efecto, articulando a la par la reforma del Derecho de Familia—privado, administrativo y jurisdiccional—, a impulsos de una coherente política familiar inspirada en el humanismo personalista y en la participación política, creo que el Movimiento de Liberación de la Mujer, no será en Occidente un factor de perturbación social, sino la voz de la conciencia

que destruya la «buena conciencia» del conformismo apático de la sociedad de consumo actual.

En la medida en que tal política no se lleve a cabo, los problemas socioeconómicos que la cuasi marginación social de la mujer lleva consigo, se enconarán con el transcurso del tiempo, causando daños irreparables en la delicada trama de las relaciones sociales.

CAPÍTULO XV

EL PROBLEMA DE LA CAPACIDAD DE LA MUJER EN NUESTRO DERECHO HISTÓRICO

No puede afirmarse cuál sea la tendencia dominante en nuestro Derecho histórico acerca de la capacidad jurídica de la mujer casada.

Como en el resto del occidente europeo, en el Medioevo español existe un acentuado pluralismo normativo, y la regulación de la capacidad de la persona guarda relación con su pertenencia a un estamento de la sociedad. Habría que distinguir, pues, cuál es la posición jurídica de la mujer casada infanzona o rica hembra, la de la villana, de la burguesa o habitante de las villas, de la sierva o de la que se halla en alguna de las situaciones intermedias entre la simple adscripción a la gleba y la franquicia de los hombres de behetría que podían cambiar de señor siete veces al día si así lo deseaban.

No es de extrañar que, por lo que sé, no se haya intentado hacer un estudio de conjunto de la capacidad de la mujer casada en nuestro Derecho, fuera de la memorable obra de EDUARDO DE HINOJOSA, *La condición civil de la mujer en el Derecho español antiguo y moderno*.

Sin embargo, sí es posible hacer algunas conjeturas sólidas como las expuestas por DE CASTRO (86): «En el antiguo Derecho español no se ve una línea clara ni una dirección dominante; junto a disposiciones que presuponen la plena capacidad jurídica de la mujer casada, hay otras que se la niegan, en especial para librar al marido de responsabilidad por los actos de su mujer. En general, la situación personal de la mujer es regulada por el uso, mientras que su capacidad patrimonial mayor o menor resulta del régimen de los bienes conyugales en los distintos territorios. En Cataluña y Navarra la aplicación del Derecho romano se subordina al régimen pactado en capitulaciones matrimoniales. En Aragón, la institución de la sociedad o consorcio conyugal impone, a falta

(86) *Derecho Civil de España*, II, Madrid, 1953, pág. 255.

de pacto, una comunidad de bienes, determinantes de restricciones de poder para la mujer y el marido.»

En Aragón, afirma PALÁ MEDIANO (87), «en el Antiguo Cuerpo legal de Fueros y Observaciones no aparece precepto alguno que establezca la subordinación de la esposa con la institución de la potestad marital y sus secuelas del deber de obediencia y de la interposición de licencia como regla general para todos los actos jurídicos de la mujer. Las limitaciones que producía el matrimonio, no ya en la capacidad jurídica, sino en el poder de disposición sobre los bienes matrimoniales, se referían a ambos cónyuges que habían de actuar conjuntamente, o uno de ellos con el consentimiento del otro...» Con todo, la situación de la mujer casada—asegura DELGADO ECHEVERRÍA (88)—fue deteriorándose con el paso del tiempo.

LACRUZ BERDEJO (89), aun reconociendo la incapacidad de la mujer casada, con carácter general, consecuencia de las costumbres germánicas que admitían el Munt del marido, reconoce que en muchos fueros municipales el principio de unidad de acción en el matrimonio determina que se limite la capacidad de los cónyuges recíprocamente, y así, ambos cónyuges han de disponer en mano común de los bienes inmuebles. La mujer, fuera de ello, sólo puede realizar actos de gestión doméstica—que habrá que entender que para mujeres de artesanos y pequeños profesionales sería de suma importancia, dada la economía primitiva de la época—salvo si ejerciera con licencia del marido una profesión o comercio, en cuyo caso tiene plena capacidad y puede comparecer en juicio sin licencia del marido.

El Fuero Viejo, inspirándose en el de SEPÚLVEDA y otros, limita la capacidad de la mujer para obligarse o enajenar, sin licencia del pariente con el que morare.

El Fuero Real, sigue diciendo DE CASTRO (90), desviándose de la legislación de las Partidas, dispuso que la mujer no pudiese hacer deuda sin otorgamiento de su marido.

CASTÁN TOBEÑAS (91) afirma que aunque estuviese reconocida en nuestra patria por los Cuerpos legales del Antiguo Derecho y por las costumbres el predominio del marido en la familia, de acuerdo con la tesis general de la autoridad marital, consagrada por el Cristianismo, no

(87) «La esposa administradora en la Compilación de Derecho Civil de Aragón», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1968, pág. 352.

(88) «Notas sobre parafernales en Aragón», *Anuario de Derecho Civil*, 1971, página 1168.

(89) *Derecho de Familia. El matrimonio: su régimen y economía*.

(90) *Ob. cit.*, pág. 90.

(91) *La condición social y jurídica de la mujer*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1955, pág. 170.

encontramos una regulación sistemática de la autoridad marital hasta las Leyes de Toro, que dedicaron a esta materia las Leyes 54 a 59, precedente directo de las disposiciones de la Ley del Matrimonio Civil de 1870 y del Código civil.

Conforme a dichas leyes, la mujer no podía durante el matrimonio, asegura LACRUZ BERDEJO (92), sin licencia del marido, repudiar ninguna herencia ni aceptarla, como no fuera a beneficio de inventario (Ley 54), hacer contrato alguno ni separarse de él ni presentarse en juicio (Ley 55); el marido podía darle licencia general (Ley 56); y en su defecto otorgársela el juez con causa legítima o necesaria o provechosa para la mujer (Ley 59); por último, no le estaba permitido a la mujer obligarse como fiadora de su marido, ni solidariamente con él, salvo ciertos casos (Ley 61).

Respecto del sentido de tales leyes, la doctrina se preguntó si en los parafernales no entregados por la mujer al marido conservaba la mujer la administración y, por tanto, si tenía o no capacidad de contraer respecto de ellos. ¿Eran preferentes las Partidas, que admitían los parafernales no entregados al marido o las Leyes de Toro, que exigían la licencia marital para contratar y obligarse la mujer?

Asegura DE CASTRO (93) que la mayor parte de la doctrina opinó en sentido contrario a la capacidad de la mujer, por estimar que ésta se hallaba sujeta a la curatela del marido, como si de una menor se tratase, y que los frutos de los parafernales son gananciales, y su administración corresponde al marido.

Sin embargo, la práctica y la jurisprudencia anterior al Código entendieron que se mantenía la vigencia del Derecho de las Partidas y así la capacidad de la mujer casada de administrar sus bienes.

DE CASTRO opina también que antes de la vigencia del Código civil no era derogable el régimen de la sociedad legal de gananciales por medio de capitulaciones matrimoniales.

En las mismas no se podía pactar el régimen de separación, inconciliable con la preceptiva sociedad legal de gananciales; las mismas sólo podían contener las aportaciones de los cónyuges, la entrega de dote o de parafernales, donaciones por razón de matrimonio, mejoras, etc.

El régimen establecido para la capacidad de la mujer casada por las Leyes de Toro, afirma DE LA CÁMARA (94), tiene como obligado telón de fondo la sociedad legal de gananciales.

No cabe duda que la posición personal de la mujer casada en los usos

(92) *Ob. cit.*, pág. 177.

(93) *Ob. cit.*, pág. 256.

(94) «La separación de hecho y la sociedad de gananciales», *Anuario de Derecho Civil*, enero-marzo de 1969, pág. 82.

sociales había mejorado considerablemente en las capas ilustradas de la sociedad del siglo XVIII, con relación a la de los siglos XV a XVII, que integran la que con frase feliz ha llamado AMÉRICO CASTRO (95), «La Edad Conflictiva». En aquel siglo se admitía cierta libertad personal de la mujer casada y ésta, a imitación de las costumbres franceses o italianas, podía tener un «acompañante», en otras latitudes *cavalier servant* o *cicisbeo*.

Sin embargo, en el siglo XIX el prestigio de la ideología patriarcal de la codificación francesa, y la avasalladora influencia de la moral victoriana—trasunto de la ética sexual calvinista característica de la burguesía triunfante en dicho siglo—influyeron en los juristas y hombres de Estado todos que examinaron en nuestra Patria el tema objeto del presente trabajo.

GARCÍA GOYENA funda el deber de la obediencia de la mujer hacia su protector, el marido, en una consecuencia necesaria de la sociedad conyugal, que no podría subsistir si uno de los cónyuges no obedeciera al otro. Obediencia que comportaba, según el propio autor, el derecho de corregir moderadamente a la esposa. Esta venía a ser una verdadera menor de edad.

Es, pues, lógico que en el Proyecto de Código civil de 1851 no sólo se admitieran las incapacidades de las Leyes de Toro para la mujer casada y se consagrara el deber de obediencia de la mujer al marido, sino que todos los bienes de la mujer cayeran en la administración forzosa del marido, desapareciendo enteramente la regulación de los bienes parafrenales.

Pese a que la revolución de septiembre de 1868 vino a suponer una consagración del liberalismo y consiguientemente, de las ideas de libertad e igualdad, extensibles a todos los ciudadanos—se instauró por vez primera el sufragio universal—, no parece que los pensadores de la revolución superaran el hábil equívoco de ROUSSEAU sobre la equivalencia de ciudadano-varón.

(95) «... Hasta fines del siglo XV, durante unos cuatrocientos años, en los reinos cristianos de la Península, habían convivido bastante en paz cristianos, mudéjares y judíos en virtud de un sistema de tolerancia, en su raíz fundado en preceptos islámicos. Gracias a ellos cada uno de dichos grupos desempeñó su peculiar cometido... A medida que tal ensamblaje humano fue desencajándose se produjo una situación cuyos momentos más salientes son: de una parte, el predominio estatal e internacional de una de esas tres castas, con reducción del valor y de la posibilidad de subsistir de las otras dos. Desde fines del siglo XV—ya sin judíos, con los moriscos reducidos a nivel cada vez más bajo— España se trastornó económicamente mientras los hispano-cristianos se alzaban a inimaginables cimas de grandeza... Tal fue el drama de la vida española» (*De la edad conflictiva. Crisis de la cultura española en el siglo XVII*, Taurus Ediciones, S. A., Madrid, 1972, págs. 41-42).

En efecto, en una conferencia dada en Madrid en 1869, PI Y MARGALL afirma (96): «Hay ciertamente en los pueblos modernos, cierta tendencia no sólo a que la mujer sea política y literata, sino también a que entienda de industria y de comercio. Pero en esos pueblos suele observarse que los lazos de familia se relajan de día en día, que la mujer pierde las bellas cualidades de su sexo, sin adquirir las del hombre, y que, lejos de ser un elemento civilizador, pasa a ser un elemento perturbador... La mujer que se entrega completamente a la industria, el comercio, a la literatura, a las artes, sí suele ver con cierto desdén el hogar doméstico... No es ése el camino que yo quisiera que la mujer siguiese: no fuera, sino dentro del hogar doméstico creo que debe llenar su misión. En el hogar doméstico tiene la mujer su teatro, su asiento, su trono»...

Lo único que puede decirse en descargo de PI Y MARGALL es que ni ROUSSEAU, ni SCHOPENHAUER, ni CARLOS DARWIN, entre otros, superaron en el siglo XIX su planteamiento de la condición femenina, pero sí lo hicieron, como antes examiné, entre otros, ALEXIS DE TOCQUEVILLE, STUART MILL, MARX y ENGELS.

ESPÍN CÁNOVAS (97) reconoce que el movimiento feminista no tuvo resonancia en la España del siglo XIX. «Bajo los regímenes políticos más dispares se había estructurado la familia sobre la misma base de la autoridad marital sin que ello despertara protestas.»

Ello es lógico. Hacia el año 1870, la economía española era dualista (98), con un débil sector capitalista y un amplísimo sector tradicional todavía vigoroso. El factor tierra era abrumadoramente importante en la jerarquía social.

Nada había cambiado en la infraestructura económica de la familia que contemplaron las Leyes de Toro. El Derecho de Familia se fundaba en las costumbres, y en él, la existencia de las potestades—marital, patria, tutelar—ahorraba mucho esfuerzo al legislador al delinear las relaciones personales y patrimoniales de sus miembros. Estas relaciones eran jerárquicas y no había ninguna razón de cambio social que las alterara.

El 80 por 100 de la población española trabajaba en la tierra. Es sobradamente conocido que el proceso de emancipación femenino se

(96) Citado en el *Informe Sociológico sobre la situación social de España 1970*, de la Fundación Foessa, Madrid, 1970, Editorial Euramérica, S. A., página 491.

(97) *Ob. cit.*, pág. 68.

(98) «Dos modalidades se enfrentan... Una economía capitalista inmadura se yuxtapone, se codea dentro del mismo espacio con una economía tradicional vigorosa... La economía española ostenta evidentemente una posición ambigua. Era a la vez tradicional y moderna, de subsistencia y capitalista; propiamente era una economía dual» (NICOLÁS SÁNCHEZ ALBORNOZ, *España hace un siglo: una economía dual*, Barcelona, 1968, pág. 13).

intensifica en la octava década del siglo XIX y llega a plasmar en las leyes del Estado de Nueva York—1878—y la inglesa de 1882. Precisamente, las dos únicas áreas de Occidente donde cientos de miles, quizá millones de mujeres trabajaban fuera del hogar, desempeñaban profesiones retribuidas.

En suma: mal podía desarrollarse el movimiento feminista en la España socialmente inmóvil de fines del siglo XIX (98 bis) cuando faltaban todos los presupuestos infraestructurales para ello, singularmente el desarrollo de la moderna economía capitalista y la incorporación masiva de la mujer al mundo del trabajo.

Pese a ello, la ley de matrimonio civil no deja de hacerse eco en su exposición de motivos del movimiento feminista, al afirmar (99) que pretendía ser «el último desarrollo de la teoría que tiene por objeto la emancipación jurídica de la mujer, y el reconocimiento de sus derechos en el seno de la familia», y en algunos puntos es más progresista que el proyecto de Código civil de 1851 (100).

Sin embargo, como afirma DÍAZ PICAZO (101) «la ley del matrimonio civil no contenía sólo una normativa sobre la forma del matrimonio, sino también una disciplina sobre los efectos generales respecto a las personas y los bienes de los cónyuges y sobre los efectos del matrimonio respecto de los hijos (problema de legitimidad, de patria potestad y de alimentos)... Las disposiciones de la Sección 1.^a del capítulo 5.^o (artículos 44 a 55 de la ley) han pasado con algunas variaciones que probablemente son sólo de detalle, al vigente Código civil donde constituyen los artículos 55 al 66. La tónica de estos preceptos, como la del Código, es la de una limitación de la capacidad de la mujer y una sumisión de ésta a la autoridad del marido. La mujer debía obedecer al marido, vivir en su compañía y seguirle dondequiera que trasladase su residencia. Se admite que los tribunales puedan eximirlo de la obligación cuando el marido se traslade al extranjero. En cambio, no se admite la excepción relativa a las provincias de ultramar»...

(98 bis). «El profesor JOVER ZAMORA hablará de la “inercia básica de nuestra evolución social” y de “la persistencia de un espectro social cuasi feudal” en los años que señalan la mitad del siglo XIX» (ANTONI JUTGLAR, *La España que no pudo ser*, Dopesa, Barcelona, 1971, págs. 186-187).

(99) Citado en DE CASTRO, *ob. cit.*, II, pág. 257, nota.

(100) El artículo 64 de la Ley reconoce que la madre, en defecto del padre, es titular de la patria potestad, lo que supone un notable avance sobre el resto de las legislaciones decimonónicas.

(101) «El Derecho de la Persona y el Derecho de la Familia en la legislación de 1870», conferencia insertada en la obra colectiva *El centenario de una gran obra legislativa*, publicada por el Ilustre Colegio de Abogados de Valencia y la Academia Valenciana de Legislación y Jurisprudencia, Valencia, 1972, páginas 136 y 137.

«La sujeción de la mujer a la autoridad del marido es en 1870 extraordinariamente rigurosa. Puede calificarse, sin duda, de sistema conservador, y desde nuestro punto actual de vista, de racionario.» Incluso se exige la licencia marital o en su defecto autorización judicial para que la mujer pueda dar a la luz pública los productos de su imaginación.

La ley del matrimonio civil no respondió a las aspiraciones de ninguno de los grupos de la Cámara, no atendió a los deseos de la minoría republicana, ni envolvió ninguna reforma fundamental en la organización civil de la familia, como ya reconoció SILVELA en las Cortes Constituyentes en sesión del 9 de mayo de 1870 (102). Por otra parte, su vigencia fue controvertida y fue prontamente derogada en su esencia la forma civil del matrimonio por Decreto de 9 de febrero de 1875.

El Decreto de 2 de febrero de 1880, al sentar sobre nuevas bases la solución del problema foral, implícitamente dio paso a la posterior introducción del principio de libertad civil, característico de los fueros, en la regulación del régimen económico matrimonial, mediante las capitulaciones matrimoniales.

No obstante, el Proyecto de Código civil de 1882 no reguló los bienes parafernales, siguiendo en esto la pauta del de 1851.

La Ley de Bases del Código civil estableció en la número 15 que el contrato sobre los bienes con ocasión del matrimonio tendrá por base la libertad de estipulación entre los futuros cónyuges... y en la 25 que «quedaban a salvo los derechos... que puedan establecerse respecto al uso, disfrute y administración de ciertas clases de bienes por la mujer durante el matrimonio».

Es así como el Código, dice DE CASTRO (103), «al dar cumplimiento al encargo de la Ley de Bases, se ha separado completamente del ejemplo francés y de la dirección restrictiva de la capacidad de la mujer casada, estableciendo un nuevo y distinto sistema»:

(102) DÍEZ PICAZO, *El Derecho de la Persona...*, pág. 141.

(103) *Ob. cit.*, pág. 257.

CAPÍTULO XVI

EL SISTEMA DE CODIGO CIVIL: ¿PUEDE VARIAR
LA CAPACIDAD DE LA MUJER CASADA SEGUN
EL REGIMEN MATRIMONIAL DE BIENES?

El sistema adoptado por el Código civil sobre la capacidad jurídica de la mujer casada es sobradamente conocido para que haga hincapié en el mismo (104).

Creo que es importante resaltar, por ello, el mayor o menor fundamento y la mayor o menor eficacia práctica de ciertas interpretaciones progresistas del mismo por la más brillante doctrina jurídica de nuestro tiempo.

DE LA CÁMARA (105) ha afirmado que «las conocidas limitaciones de los artículos 60 y 61 del Código civil son el trasunto de la Ley 54 de las de Toro, que tenía como obligado telón de fondo la sociedad de gananciales... Es lícito, pues, preguntarse hasta qué punto las graves y amplísimas restricciones que imponen dichos artículos a la capacidad de obrar de la mujer casada deben ser aplicadas cuando los cónyuges, en uso de la libertad que les concede el artículo 1.315 no sólo han excluido el presupuesto normal de actuación de las mismas (es decir, la sociedad de gananciales), sino que además han establecido otro sistema económico con el que aquéllos son incongruentes o difícilmente conciliables. La licitud, al menos, de una licencia general conferida con el carácter de estipulación capitular y, por tanto, irrevocable, parece estar en ese caso, completamente justificada».

Sigue afirmando el autor (106) que «cabe aducir en contra de esta solución que la licencia marital es irrenunciable y esencialmente revo-

(104) En brevísima síntesis, ESPÍN CÁNOVAS, *ob. cit.*, pág. 26, lo delinea así: «la mujer casada: a) está sujeta a la obediencia del marido (art. 57), al que ha de seguir dondequiera que fije su residencia, excepto si la traslada a Ultramar o a país extranjero (art. 58), concediéndosele al marido la administración de los bienes del matrimonio, por regla general (art. 59); b) la mujer ve restringida su capacidad a través de la representación procesal de su marido o la venia marital; c) respecto al régimen económico matrimonial se permite la libertad de estipulación y, en su defecto, rige la sociedad de gananciales, bajo la gestión marital, proyectándose la incapacidad de la mujer en sus bienes privativos a través de la licencia marital para los actos dispositivos y comparecencia en juicio».

Es objetable, a la luz de la teoría que a continuación expondré en el texto, su afirmación de que «nuestro Código... siguió en general en esta materia el modelo francés».

(105) *Ob. cit.*, págs. 82 y 83.

(106) *Id., id.*, pág. 83.

cable, pues, los artículos 60 y 61 del Código civil son de orden público. Se arguye a este propósito..., que tanto en las Leyes de Toro como en la del matrimonio civil, la licencia marital era irrenunciable, y de otra, que los preceptos sobre capacidades son derecho necesario, y concretamente, con relación a los artículos 60 y 61, así lo confirma su inclusión en el título IV del libro I».

Históricamente, opina DE LA CÁMARA contra tales argumentos, hasta el Código civil no fue conocido el régimen de separación de bienes en la práctica, y ello, por seguir el precedente de las legislaciones forales, luego hubo un cambio fundamental del sistema del Código en relación con la antigua legislación castellana. Por otra parte, aunque las normas sobre capacidad son de Derecho necesario, la mujer casada no es realmente una incapaz. «La inclusión de los artículos 60 y 61 en el título IV del libro I es un dato sintomático, pero que, a mi juicio, queda desvirtuado por el tenor literal del artículo 59, que después de sentar la regla general de que el marido es el administrador de los bienes de la sociedad conyugal, sanciona la validez del pacto en contrario» (107).

Sigue opinando el autor de que si los artículos 60 y 61 son completamente y desarrollo del 59 y si éste admite la posibilidad del pacto en contra de la administración de la sociedad conyugal por el marido, cabe en este último supuesto eliminar las restricciones a la capacidad de la mujer casada. Tal posibilidad no choca contra la autoridad que corresponde al marido en el matrimonio (art. 1.316), pues tal autoridad debe ser interpretada de acuerdo con las concepciones sociales imperantes en cada momento, y de acuerdo con las que están hoy vigentes en nuestra sociedad no puede sostenerse seriamente que sea depresivo para la autoridad del marido que ésta habilite los medios para que su mujer goce de plena capacidad patrimonial (108).

DE LA CÁMARA examina con detenimiento el ámbito de la capacidad patrimonial de la mujer, haciéndolo depender del régimen legal o paccionado de bienes del matrimonio. En el aspecto personal, la autoridad marital no puede ser menoscabada por los pactos capitulares, lo que sería depresivo de la que corresponde al marido, si bien entiende que el derecho de dirigir y controlar la conducta y actividades de la mujer, y la potestad de trazar el régimen de vida de la familia, deben ejercitarse dentro de límites razonables.

La teoría de DE LA CÁMARA es un brillante desenvolvimiento de la de DE CASTRO, al opinar este autor que el Código civil estableció un nuevo y diverso sistema del delineado en el Derecho histórico.

(107) Id., *id.*, págs. 83 y 84.

(108) Id., *id.*, págs. 84 y 85.

La antinomia que parece observarse entre los artículos 60, 61 y 62 del Código, que consagran la incapacidad de la mujer con caracter general, y el 1.263,3 del mismo cuerpo legal, que parece sentar la incapacidad sólo para casos taxativamente establecidos por la ley, según DE CASTRO, deriva de que no se acoplaron bien en el articulado del Código los primeros preceptos, procedentes de la ley de matrimonio civil, que entendía obligatorio el régimen de gananciales en el antiguo Derecho, y el último, que desarrollaba el principio de libertad de contratación (arts. 1315 y ss.) (109).

«Las restricciones de la capacidad de la mujer casada no corresponden a una condición o cualidad que por sí sola la produzca (incapacidad en sentido estricto: condición de protegido), sino de una causa externa impositiva (limitación de la capacidad: protección de otra persona), cuyo alcance y subsistencia dependen de la causa de la limitación.

La especial condición jurídica de la mujer casada deriva de dos causas: una común a la mujer y al marido, el estado del matrimonio; otra, peculiar a la mujer casada, la de que al marido corresponden normalmente la autoridad familiar y la dirección económica de la familia, que la mujer y los terceros han de respetar» (110).

Así, pues, en el ámbito personal, entiende el autor que «el deber de obediencia se da respecto a las decisiones del marido, dirigidas a la protección a la mujer (también de su personalidad), a la racional dirección de la sociedad conyugal y de los hijos; pero no respecto de las arbitrarias e inmotivadas, en las que se advierta por ello abuso de la autoridad marital. El respeto debido a la personalidad de la mujer, la concesión legal en su favor de propias y exclusivas funciones imponen la fijación de los límites y el alcance de la autoridad marital; la ley, prudentemente, no los ha marcado, sino deja que los precise la moral, y, secundariamente, el ambiente social, mediante el concepto de las buenas costumbres» (111).

En la esfera patrimonial, las limitaciones de la capacidad de la mujer casada dependen, en su extensión, del régimen jurídico de los bienes de la sociedad conyugal. «La libertad de pacto de las capitulaciones matrimoniales (arts. 1.315, 1.316), permite que la mujer pueda ser la administradora de la sociedad conyugal, con exclusión del marido (arts. 59, 1.412), que se imponga su cooperación, que se le reserve el poder disponer y administrar sus propios bienes (art. 1.432) y que se estipula la necesidad del consentimiento de ambos cónyuges para admi-

(109) *Compendio de Derecho Civil, Introducción y Derecho de la persona*, Madrid, 1970, pág. 231.

(110) *Derecho Civil de España*, cit., II, pág. 259.

(111) *Derecho Civil*, cit., II, pág. 260.

nistrar y disponer de la sociedad conyugal. En todos estos casos, las limitaciones previstas en los artículos 59, 60 y 61 del Código civil serán inaplicables» (112).

De la misma opinión, supresión de la licencia marital en los casos en que los cónyuges hayan pactado capitulaciones matrimoniales con régimen de separación de bienes, son PUIG SALELLAS (113), aunque admite matizaciones su doctrina, y VALLET DE GOYTISOLO (114), en casi los mismos términos que DE LA CÁMARA, aunque sin su lujo de argumentos.

CAPÍTULO XVII

LEGISLACION POSTERIOR AL CODIGO CIVIL QUE REGULA LA CAPACIDAD JURIDICA DE LA MUJER CASADA: LEY DE 24 DE ABRIL DE 1958

Tampoco quiero hacer una enumeración exhaustiva de leyes, resoluciones y jurisprudencia que han ampliado generosamente el ámbito de la capacidad jurídica de la mujer casada con posterioridad al Código civil (115).

Interesa destacar sólo algunos preceptos de trascendencia práctica indudable, aplicables en sectores tan importantes de la vida jurídica como la actuación laboral y administrativa de la mujer.

El artículo 11 de la Ley de Contrato de Trabajo establece que la mujer casada podrá concertar la prestación de sus servicios laborales con autorización de su marido, salvo separación de derecho o de hecho, en la que se entenderá concedido por ministerio de la ley para todos los efectos derivados del contrato, incluso el percibo de la remuneración. Y el artículo 58 de la misma ley que será válido el pago hecho a la mujer casada de la remuneración de su trabajo, si no consta la oposición

(112) *Derecho Civil*, II, cit., págs. 262-263.

(113) «Autonomía patrimonial de la mujer casada», conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 12 de mayo de 1969.

(114) «Para mí no ofrece duda que, en caso de pactarse la separación de bienes, la licencia marital es eliminable en capitulaciones matrimoniales. Más dudoso me parece—dado el destino de los frutos de cualquier procedencia—en caso de haberse pactado el régimen de gananciales, aunque también me inclino por la validez del pacto» (*Panorama del Derecho Civil*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1963, pág. 252).

(115) Sobre este punto, CASTÁN TOBEÑAS en *La condición social...*, cit., páginas 180 y ss., y «Los últimos avances de la condición jurídica de la mujer española», en *Estudios de Derecho Público y Privado*, ofrecidos al profesor don IGNACIO SERRANO SERRANO, Valladolid, 1965, tomo I, págs. 103 y ss.

del marido. Tal oposición no podrá realizarse en caso de separación legal o de hecho (116).

El artículo 22 de la Ley de Procedimiento Administrativo reconoce la capacidad de obrar ante la Administración pública a la mujer casada sin asistencia del marido. Parecidas declaraciones se contienen en el Reglamento del Procedimiento Económico administrativo y en la Ley de lo Contencioso Administrativo.

Y llegamos a la trascendental Ley de 24 de abril de 1958, que modifica muchos artículos del Código civil que afectan a la condición general de la mujer, y a la capacidad—*lato sensu*—de la mujer casada.

Pero interesa hacer resaltar lo que tal vez no se ha destacado lo suficiente. La ley no se limita a tal reforma—progresista, aunque tímida—de la capacidad de la mujer, sino sienta afirmaciones doctrinales que pretenden formular un principio general de Derecho: el de la supremacía del varón en el matrimonio bajo la fórmula «unidad de dirección del matrimonio» que se le encomienda a él. Oigamos, en efecto, la Exposición de Motivos de dicha ley.

«Si bien es cierto que el sexo por sí no debe dar lugar a diferencias y menos a desigualdades de trato jurídico civil, ha parecido igualmente claro, hasta el punto de estimarlo también como principio fundamental, que la familia, por ser la más íntima y esencial de las comunidades, no puede originar desigualdades, pero sí ciertas diferencias orgánicas, derivadas de los cometidos que en ella incumben a los miembros de la familia. Se contempla, por tanto, la posición peculiar de la mujer casada en la sociedad conyugal en la que, por exigencias de la unidad matrimonial, existe una potestad de dirección que la naturaleza, la religión y la historia, atribuyen al marido, dentro de un régimen en que se recoge fielmente el sentido de la tradición católica que ha inspirado siempre, y debe inspirar en lo sucesivo las relaciones entre los cónyuges.»

Consecuente con el principio de igualdad de sexos, sin perjuicio de la necesidad de unidad de dirección del matrimonio por el marido, la ley referida suprimió la incapacidad de las mujeres—casadas o no—para ser testigos de los testamentos, para ser tutoras o miembros del Consejo de Familia, la pérdida de la patria potestad de la madre bínuba, mejoró la cuota legítima usufructuaria y dio una nueva redacción al artículo 1.413.

En este precepto se consagró la necesidad del consentimiento de la mujer para los actos de disposición del marido sobre inmuebles o es-

(116) Es muy importante la interpretación progresista de dichos preceptos por DE LA CÁMARA (*ob. cit.*, págs. 284-287).

tablecimientos mercantiles gananciales, sin perjuicio de que el marido pudiera recabar la autorización judicial supletoria en un procedimiento sumario y de la posibilidad de que el Juez estableciera medidas cautelares para la administración del patrimonio ganancial a solicitud de la mujer cuando el marido realizare actos que entrañasen grave riesgo para la sociedad de gananciales. No perjudicarían a la mujer los actos de disposición que realizare el marido en contravención al Código o en fraude de aquélla (117).

CAPÍTULO XVIII

LEGISLACION DE LA DÉCADA DE LOS AÑOS SETENTA DEL PRESENTE SIGLO: LEY DE 22 DE JULIO DE 1961, COMPILACIONES DE DERECHO CIVIL ESPECIAL DE VIZCAYA, CATALUÑA, BALEARES, GALICIA Y ARAGON Y DECRETO 2310/70, DE 20 DE AGOSTO

Resultaba inevitable, siguiendo la línea de equiparación de sexos pretendida por la Ley de 24 de abril de 1958—pese a la ambivalencia de la misma—, regular la condición de la mujer en el plano de su actividad política, profesional y laboral. Al iniciarse la década eran insufribles para la opinión pública vetustas restricciones que consideraban a la mujer en tales campos como perpetua menor de edad, violando el espíritu del artículo 3.º del Fuero de los Españoles, reafirmado por la Ley Promulgadora de los Principios del Movimiento Nacional de 17 de mayo de 1958, dictada inmediatamente después de la de 24 de abril del mismo año.

La Ley de 22 de julio de 1961 atendió a dichas exigencias sin avanzar, eso sí, un paso más allá del criterio de la Exposición de Motivos de la de 24 de abril de 1958; equiparación de la mujer soltera o viuda al varón en la generalidad de los campos de actividad profesional o laboral y mantenimiento de la unidad de dirección del matrimonio

(117) La bibliografía acerca de dicho artículo es sobradamente conocida para que insista sobre la misma. Es fundamental el excelente trabajo de DE LA CÁMARA ALVAREZ, «El nuevo artículo 1.413 del Código civil», *Anuario de Derecho Civil*, 1959, págs. 450-479, 847-898, y 1960, 361-499; ROCA JUAN, «Protección del interés de la mujer en el patrimonio ganancial», en el mismo *Anuario*, 1959, págs. 481-533; COSSÍO, *La sociedad de gananciales*, publicado por el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1963, y los tratados generales de Derecho de Familia posteriores a la reforma (PUIG BRUTAU, LACRUZ BERDEJO, ESPÍN CÁNOVAS, BONET RAMÓN).

en el marido y consiguiente licencia marital para que la mujer casada ejercitara tales derechos, aunque estableció un recurso judicial contra la mala fe o abuso del derecho de éste.

Así disponía el artículo 5.º de dicha ley, que cuando la misma exigiere la autorización marital para el ejercicio de los derechos reconocidos en ella, deberá constar de forma expresa, y si fuere denegada, la oposición o negativa del marido no será eficaz cuando se declare judicialmente que ha sido hecha con mala fe o abuso del derecho.

A lo largo del decenio, las compilaciones de Derecho civil especial, fueron estableciendo una serie de preceptos que hacen referencia a la mujer casada sujeta a dichos regímenes, de acuerdo con sus características y tendencias históricas.

Al no regular de modo sistemático la capacidad de aquélla, han dado lugar a la aplicación del título IV del libro I, en el que se hallan situados los artículos 56 y siguientes del Código civil con la consiguiente instauración de la licencia marital para la mayor parte de los actos patrimoniales de la misma y consagración del deber de obediencia de la mujer hacia el marido (118).

Sin embargo, son tantas y tan importantes las excepciones a tal aplicación teórica del régimen del Código, que lo menos que puede decirse es que el régimen especial foral tiene primacía sobre el previsto en aquel cuerpo legal, que sobre todo en el plano patrimonial, tiene muy escasa aplicación. Conviene matizar esta afirmación, especificando el sistema de cada una de las Compilaciones.

1) *Compilación de Derecho civil especial de Vizcaya (Ley 42/59, de 30 de julio)*: El artículo 42 de la misma establece que a falta de contrato sobre los bienes, cuando el marido fuere vizcaíno infanzón, en el momento de contraer matrimonio, se entenderá contraído éste bajo el régimen de la comunicación foral de bienes. Y el artículo 46 de la misma, que la administración de los bienes del matrimonio se regirá por el Código civil. Parece, pues, que la problemática del régimen de la capacidad de la mujer casada vizcaína debe ser la misma que la que plantea el Código civil.

2) *Compilación de Derecho civil especial de Cataluña (Ley 40/60, de 29 de julio)*: Su artículo 7.º establece que el régimen económico familiar de los cónyuges será el convenido en sus capitulaciones ma-

(118) Sostiene ESPÍN CÁNOVAS (*ob. cit.*, págs. 60 y 65) que los artículos 56-66 del Código civil son de aplicación general para Aragón, Cataluña y Baleares por estar comprendidos en el Título IV del Libro I, declarado de aplicación general a todas las provincias por el artículo 12, apartado 1. Para Aragón, afirma lo propio PALÁ MEDIANO («La esposa administradora en la Compilación de Derecho Civil de Aragón», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1968, pág. 352).

trimoniales, que podrán otorgarse antes del matrimonio o durante el mismo, necesariamente en escritura pública, y serán irrevocables salvo lo prevenido en esta Compilación. En defecto de pacto, el matrimonio quedará sujeto al régimen de separación de bienes que reconoce a cada cónyuge la propiedad, disfrute, administración y disposición de los bienes propios, sin perjuicio del régimen especial de la dote si la hubiere. El artículo 49, que son parafernales todos los bienes propios de la mujer al tiempo de celebrarse el matrimonio y los que por cualquier título adquiriera después de contraído, siempre que no formen parte de la dote. En la duda, respecto al carácter de bienes propios de la mujer, se presumirá que son parafernales. La mujer tendrá el dominio, disfrute y libre administración de los bienes parafernales, pudiendo adquirirlos, enajenarlos, gravarlos, defenderlos en juicio y aceptar y repudiar herencias y legados sin licencia de su marido, el cual no estará obligado a los gastos que la gestión y defensa de dichos bienes ocasione. Es importante también el régimen de las compras con pacto de sobrevivencia, pues el artículo 62 establece que los bienes adquiridos con dicho pacto por los cónyuges en régimen de separación, no podrán ser enajenados ni gravados sino por acuerdo de ambos, no pudiendo transmitir ninguno de los cónyuges los derechos que tengan sobre la cosa comprada a tercera persona (119).

3) Compilación de Baleares (Ley 5/61, de 19 de abril): Su artículo 3.º establece que el régimen económico conyugal será el convenido en capitulaciones matrimoniales. A falta de contrato sobre los bienes, se entenderá contraído el matrimonio bajo el régimen de absoluta separación de los mismos. El artículo 4.º, que en régimen de separación de bienes, cada cónyuge retendrá el dominio y administración de los que le pertenezcan, haciendo suyos todos los frutos, si bien con la obligación de contribuir proporcionalmente al sostenimiento de las cargas del mismo. Tanto el marido respecto de sus bienes privativos, como la esposa con respecto a los parafernales, tienen la plena facultad para ejecutar cualesquiera actos o negocios de adquisición, administración, enajenación, gravamen o disposición y gozarán de plena legitimación activa o pasiva para su gestión y defensa, sin necesidad de que en el ejercicio de tales facultades medie licencia, intervención o consentimiento del otro cónyuge. Serán válidos en dicho régimen los actos y contratos que celebren entre sí los cónyuges a título oneroso... La mujer casada puede salir fiadora de su marido y obligarse mancomunadamente con él.

(119) Para un estudio general de la Compilación véanse notas de los Vocales Ponentes de la Comisión de Juristas que redactó el Proyecto CONDOMINES VALLS y FAUS ESTEVE, al texto publicado por la Librería Bosch, Barcelona, 1960.

El artículo 65 hace aplicable para Menorca dicho régimen y el 66 establece otro similar para Ibiza y Formentera.

4) Compilación de Derecho civil especial de Galicia (Ley 147/63, de 2 de abril): Aunque en principio rige el Código civil en Galicia, por falta de normas especiales de la Compilación, no hay que olvidar la importante institución jurídica de la compañía familiar gallega. En ella, «la mujer casada tiene personalidad propia y es, con relación a la compañía, de condición igual a su marido (art. 47, 2). Por otra parte, como el artículo 52 de la misma, dispone que «corresponde la administración de la compañía a la persona que determine el contrato de constitución», es evidente que la mujer casada puede tener tal administración, y consiguientemente, las facultades de dirigir y representar la sociedad, adquirir para ella y obligarse en su nombre y disponer de los semovientes y muebles sociales, sin necesidad de licencia de su marido, pues es de condición igual a él.

5) Compilación de Derecho civil especial de Aragón (Ley 15/67, de 8 de abril): ESPÍN CÁNOVAS (120) estudia minuciosamente los preceptos de la Compilación que se refieren a esta materia, y acertadamente apunta una serie de preceptos que ensanchan la capacidad de la mujer casada en relación con el régimen de Derecho común.

Sin embargo, debo resaltar, en el plano de su capacidad patrimonial, dos preceptos verdaderamente básicos de la Compilación: el artículo 25, al establecer que los capítulos matrimoniales podrán contener cualesquiera estipulaciones relativas al régimen familiar y sucesorio de los contrayentes y de quienes con ellos concurran al otorgamiento, siempre que no sean contrarias a los fines propios del matrimonio. Y el 49, al establecer que el marido administrará los bienes privativos de la mujer en tanto no se haya estipulado lo contrario o ella no recabe para sí la administración. El poder de administrar lleva consigo el de realizar cuantas actuaciones judiciales o extrajudiciales exija su normal ejercicio.

En tal orden de cosas, el primero de los preceptos citados comparado con el artículo 59 del derogado Apéndice de Derecho foral aragonés, elimina la referencia a la «prohibición expresa en la legislación vigente en Aragón».

Ello hace pensar que tal derogación ha sido intencionada y que el principio *standum est chartae* es hoy todavía más amplio en la Compilación que lo fue en el Apéndice. Por tanto, si los cónyuges pactan la separación de bienes en capítulos, antes o durante el matrimonio (art. 26), o establecen que en la comunidad de bienes, legal o paccio-

(120) *Ob. cit.*, págs. 60-66.

nada, la mujer tenga la dirección del consorcio y la administración del mismo, es evidente que su capacidad patrimonial será plena. Las ideas de DE LA CÁMARA y de CASTRO, tendrá plena aplicación aquí sin los obstáculos que para su desenvolvimiento presenta el sistema de preceptos del Código civil.

Pese a la opinión favorable de LACRUZ BERDEJO (121) no creo sea muy acertada la regla prevista en el artículo 49.

El artículo 48 de la Compilación encomienda la administración de la comunidad matrimonial legal al marido. La mujer participa en la misma con las facultades necesarias para el buen gobierno del hogar. Las facultades del marido pasan a la mujer cuando aquél resulte incapacitado, desaparezca de su domicilio, aun dejando representante y en los demás supuestos del artículo 1.441 del Código civil. El artículo 50 reconoce la posibilidad de privar de su administración al cónyuge administrador por resolución judicial, en juicio sumario, si en el ejercicio de sus facultades incurriere en culpa grave o negligencia habitual, con notorio perjuicio de los intereses familiares.

6) Es importante, por último, estudiar, al final de la década de los sesenta en nuestra Patria, el importante Decreto 2310/70, de 20 de agosto, que desarrolla para la mujer trabajadora los preceptos de la Ley de 22 de julio de 1961.

La Exposición de Motivos del mismo reconoce que «la creciente participación de la mujer en las actividades laborales reviste extraordinaria importancia, en la fase presente del desarrollo económico y social, al par que resulta manifiesta la evolución de muchos de los conceptos que inspiraron la legislación específica sobre el trabajo femenino, hasta el punto de que es cada día más necesaria y universalmente aceptada la equiparación de la mujer, tanto para conseguir un empleo, como para desempeñarlo en igualdad de condiciones con los trabajadores varones».

En tal sentido, el artículo primero del Decreto citado establece que la mujer tiene derecho a prestar servicios laborales en plena situación de igualdad jurídica con el hombre y a percibir por ello idéntica remuneración. Las Reglamentaciones de Trabajo, Ordenanzas Laborales, Convenios Colectivos Sindicales, Normas de Obligado Cumplimiento y Reglamentos de Régimen Interior no establecerán preceptos o cláusulas que impliquen diferencia en las categorías profesionales, condiciones de trabajo y remuneraciones entre los trabajadores de uno y otro sexo.

El artículo 2.º, apartado 3, que la mujer casada podrá contratar la prestación de sus servicios con la autorización de su marido, que se

(121) «El Derecho de Familia en la nueva Compilación aragonesa», *Anuario de Derecho Civil*, octubre-diciembre de 1967, pág. 744.

presumirá concedida si anteriormente viene desempeñando funciones laborales. La oposición o negativa del marido no será eficaz cuando se declare por la autoridad judicial que fue precedida de mala fe o con abuso de sus derechos. En caso de separación conyugal de derecho o de hecho, se reputará concedida por ministerio de la ley la autorización para celebrar contratos de trabajo, con los efectos que de los mismos puedan derivarse. La mujer casada, para comparecer en procedimientos laborales no precisa autorización ni asistencia de su marido, aunque, facultativamente, pueda estar asistida o representada por éste.

Por último, la disposición transitoria primera del Decreto dispone que antes de primero de enero de mil novecientos setenta y dos, el Ministerio de Trabajo procederá a la revisión de las Reglamentaciones de Trabajo, Ordenanzas Laborales y Normas de Obligado Cumplimiento para adaptarlas a lo establecido en el artículo primero. Así deberá procederse en la renovación de los Convenios Colectivos de Trabajo y en la revisión de los Reglamentos de Régimen Interior de las empresas.

CAPÍTULO XIX

CRITICA DEL SISTEMA DEL CODIGO CIVIL, LEGISLACION POSTERIOR AL MISMO Y COMPILACIONES DE DERECHO CIVIL ESPECIAL SOBRE LA CAPACIDAD DE LA MUJER CASADA

Del mismo modo que no quise entrar en el estudio pormenorizado del sistema del Código civil, por estimarlo sobradamente conocido, tampoco quiero entrar en el detalle de la interpretación tradicional del mismo, según el que los preceptos de los artículos 56 a 66 del Código civil que regulan la capacidad de la mujer casada, por ser la capacidad una materia de orden público, son inderogables, cualquiera que sea el régimen patrimonial familiar que se haya pactado en capitulaciones matrimoniales y aplicables a las regiones forales por virtud del artículo 12 que hace extensivo los preceptos del título IV del libro I de las mismas.

1) Crítica de la teoría de DE CASTRO, DE LA CÁMARA y otros autores: La teoría merece todas las alabanzas desde el punto teórico e ilumina vivamente aspectos preteridos por la doctrina al analizar la materia, brindando un sugestivo campo de análisis para el desarrollo de preceptos que habían pasado un tanto olvidados y que son capitales para

una progresiva ampliación de la capacidad patrimonial de la mujer casada en el campo del Derecho común. Los artículos 1.384 del Código civil y 58 de la Ley de Contrato de Trabajo, sobre todo, hábilmente manejados por la práctica, pueden mitigar un tanto la angustiosa situación de la mujer separada de hecho. Sería muy de desear que tal teoría fuera consagrada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Sin embargo, la misma tiene fallos que sus propios autores no dejan de reconocer lealmente, por lo que su aplicación práctica amenaza ser más bien restringida, dejando a la mujer casada sujeta en la práctica al sistema codificado de incapacidad, con sus terribles consecuencias para la mujer en caso de abandono por el marido o separación de hecho.

De la judicial no merece la pena hablar, pues el procedimiento canónico de separación, habitual dada la catolicidad sociológica de la inmensa mayoría de la población, necesita una profundísima reforma y no contribuye en nada a resolver los problemas a que está destinado (122).

El primer hecho, estadísticamente incontrovertible, con el que choca dicha teoría, es que la aplastante mayoría de los matrimonios en España no conciertan capitulaciones matrimoniales (123).

Ello trae como consecuencia que el régimen de bienes habitual de los cónyuges de Derecho común es el de la sociedad legal de gananciales, donde rige, de un modo incontrovertible, el sistema de limitación de la capacidad de la mujer casada que hemos examinado. Pero es que en caso de que tal régimen se intente sustituir por otro más adecuado a la situación conflictiva entre los esposos, por convenio—normalmente el de separación de bienes—, tal convenio choca con la prohibición de modificar el régimen de bienes después de contraído el matrimonio que establece el artículo 1.320. En suma, el que casa queda atrapado para siempre, salvo separación judicial, por el régimen de gananciales, y la mujer percibe sus graves inconvenientes en caso de situación conflictiva con su esposo.

(122) Es de interés el estudio de AMAT CORTÉS contenido en la obra colectiva *¿Divorcio en España?*, de GINESTA AMARGÓS, de PASCUAL DE MIRALLES y otros, Editorial Nova Terra, Barcelona, 1972, en que se reconoce que «en España, desde antiguo, fue extremadamente complejo, largo y costoso el procedimiento a seguir en el caso de separación matrimonial. Por ello, desde antiguo también, muchos españoles optaron por la separación convencional, es decir, aquella convenida a través de los respectivos letrados, con carácter privado, en documento suscrito por ambas partes y, a veces, incluso con intervención notarial» (*ob. cit.*, página 177).

(123) Según mi cálculo, un poco apresurado, hecho sobre el *Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado* de 1971, en dicho año el total de las capitulaciones matrimoniales otorgadas en escritura pública en toda España ascendió a mil ciento setenta y dos, de ellas seiscientos noventa y seis en las provincias catalanas o aragonesas y once en Mallorca.

DE LA CÁMARA (124) se adelanta a dicha objeción afirmando que la norma del artículo 1.320 debe interpretarse en sentido restrictivo, como prohibitiva que es, y como se refiere exclusivamente a lo pactado en capitulaciones matrimoniales, no puede ser invocada, para declarar sin más, nula o ineficaz cualquier modificación de lo que no haya sido objeto de pacto capitular.

En suma, la prohibición de un convenio de separación amistoso que establezca la separación de bienes y restituya la capacidad jurídica de la mujer casada separada, viene impedida por el artículo 1.315 que no permite el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales posnupcias. Por ello, concluye el autor, que cuando los cónyuges no intentan cambiar el sistema administrativo de la sociedad de gananciales, sino sólo modificar transitoria e indirectamente el régimen de administración de algunos bienes de la misma sociedad, no debe serle aplicable la prohibición legal de irreformabilidad del régimen económico matrimonial.

Temo que la objeción no quede disipada, pese al brillante esfuerzo dialéctico de DE LA CÁMARA. Por otra parte, los pactos o convenios de separación amistosa, son, en la teoría de aquél, más convenios entre caballeros que verdaderos contratos jurídicamente vinculados, pues el convenio—según el mismo autor—pierde su eficacia «... si cesa la separación de hecho, o si el marido se opone a que la separación continúe mediante el ejercicio directo y veraz del derecho que en este sentido le corresponde» (125).

La posibilidad de coacción del marido a la mujer para obtener nuevas concesiones en la separación convenida—amenaza de iniciar la separación judicial, obligarla a convivir de nuevo con él, etc.—, hace que tales convenios no sean, como muchas veces demuestra la práctica, sino meros armisticios en la borrascosa pelea entre dos esposos desavenidos, en que, por regla general, en igualdad de condiciones, lleva las de perder la mujer.

La jurisprudencia registral y del Tribunal Supremo, difícilmente reconocerán la validez de tales convenios cuando precisamente surja la cuestión candente: el problema de su revocabilidad y de la revocación de las autorizaciones, consentimientos, etc., que los instrumentan con eficacia ante terceros. Hay demasiados artículos prohibitivos en el Código civil, y demasiada jurisprudencia contraria a la separación convencional para facilitar la tarea al práctico que intente dar una salida a la mujer que busca una solución a su problema.

Tampoco es fácil que, justificada la inexistencia de cargas del ho-

(124) *Ob. cit.*, págs. 100-101.

(125) *Ob. cit.*, pág. 111.

gar—desaparecido con la separación de hecho—y la existencia de rentas de los bienes parafernales o de salarios de la mujer separada (artículos 1.384 C. c. y 11 de la Ley del Contrato de Trabajo), puede ésta conseguir establecer un santuario invulnerable para sus ahorros, protegido por la fuerza de los principios legitimadores del tráfico jurídico frente a terceros (arts. 34 L. H., 464 C. c., 545 C. Com.).

Cuando la mujer transmite a un tercero lo que ha adquirido por tales fuentes de ingresos, en estado de separada de hecho, sin autorización del marido, ¿el tercero adquiere en firme y es irreivindicable su adquisición? ¿Puede, por el contrario, el marido anular tal enajenación, en virtud de lo previsto en el artículo 65 del Código, y negar la condición de tercero al adquirente, al menos, al primer adquirente de la mujer?

La cuestión es tan dudosa, que difícilmente funcionario alguno implicado en tal problema—Notario, Registrador de la Propiedad, Agente de Cambio y Bolsa o Corredor de Comercio—autorizará o inscribirá con absoluta convicción y sin hacer las oportunas reservas del caso al acto jurídico de transmisión de la mujer al tercero. Reservas que obviamente constituirán en situación de mala fe—conocimiento del derecho de impugnación del marido—al adquirente, quien no podrá nunca quedar protegido por el principio de irreivindicabilidad de su adquisición.

En la práctica, pues, vemos que la excelente construcción teórica de estos autores no ha quedado muy bien parada.

Por otra parte, esta teoría puede ser motejada de clasista sin culpa alguna de sus autores y sí de las estructuras socioeconómicas de la sociedad española: es obvio que las capitulaciones matrimoniales que se pactan en España las otorgan los contrayentes de clase media y elevada. No sé de ningún matrimonio obrero que capitule antes de casarse. El conocimiento de las dificultades que acechan a la mujer que se casa con hombre de determinados antecedentes, modo de ser o profesión, puede ser un motivo para pactar separación de bienes, licencia marital irrevocable y cuantas cautelas permitan ampliar al máximo la capacidad de la mujer casada. Es evidente que tales cautelas sólo las articularán los contrayentes favorecidos por la fortuna, no los obreros. Y nadie podrá convencer a la mujer trabajadora separada de hecho de que hay dos leyes, una para ricos y otra para pobres, y que a ella se le aplica la peor.

Por último, con la teoría de DE LA CÁMARA, no veo por ninguna parte protegidos los ahorros de la mujer que ejerce una profesión libre, pues el artículo 58 de la Ley del Contrato de Trabajo no le es aplicable. Porque la Ley de 21 de julio de 1961 sólo se ocupa de que la mujer profesional trabaje, pese a la oposición de mala fe o con abuso

de derecho del marido, pero no cuida—ni puede cuidar, porque no es ése su cometido—del destino de los productos de dicho trabajo, y más concretamente, del superávit que la actividad profesional de la mujer pueda proporcionarle. Evidentemente, caerán en la masa de la sociedad de gananciales, y teórica y prácticamente el marido podrá bloquear su disposición, alegando que como administrador de la sociedad de gananciales a él deben atribuirse.

Debo concluir que, aun cuando la teoría de DE LA CÁMARA tenga escasa aplicación práctica, el esfuerzo dialéctico de su autor no ha quedado baldío: nos recuerda la imperiosa necesidad de la reforma legislativa de los preceptos que regulan la capacidad de la mujer casada en nuestro Derecho.

2) Crítica de la Ley de 24 de abril de 1958: Una crítica elemental de la misma consiste en que de ninguna manera ha suprimido las incapacidades y discriminaciones de la mujer contenidas en el Código civil, dejando aparte el tema de la capacidad de la casada (126).

Para criticar dicha ley en el tema objeto de este estudio, conviene separar lo que podría llamar filosofía de la reforma, contenida en su Exposición de Motivos, y el examen del trascendental artículo 1.413, y su derivación hipotecaria, el artículo 144 del Reglamento Hipotecario, reformado a su vez por Decreto de 17 de marzo de 1959.

La filosofía de la Exposición de Motivos es ambigua y contradictoria. Principia afirmando la igualdad de sexos ante la ley; a continuación asevera que la familia no puede introducir desigualdades, pero sí ciertas diferencias orgánicas, derivadas de los cometidos que en ella incumben a sus miembros. Concluye que por exigencia de la unidad matrimonial existe una potestad de dirección que la naturaleza, la religión y la historia atribuyen al marido en relación con su mujer.

Nada tengo que objetar frente al principio teórico de la igualdad de sexos que establece la Exposición, sino eso mismo: que queda en principio teórico, que es incumplido en el texto de la misma ley y en la praxis social de cada día. Creo, no obstante, que como corolario del principio general del Derecho, de igualdad de todos los hombres ante la ley—principio de Derecho no sólo político (art. 3.º del Fuero de los Españoles), sino de Derecho natural, e incluso histórico tradicional—, desempeña todas las trascendentales funciones de los principios generales del Derecho, que no es el caso examinar aquí. Las

(126) Lo prueba el hecho de la promulgación de la Ley 31/72, de 22 de julio, que deroga tácitamente la incapacidad de la mujer menor de veinticinco años contenida en el antiguo artículo 321 del Código. Pero es que en este mismo cuerpo legal existen multitud de artículos que consagran discriminaciones o incapacidades para la mujer, o simplemente preferencias para el varón que no han sido afectados por ninguna reforma.

excepciones a dicho principio deben ser, por tanto, interpretadas restrictivamente, como contrarias al tenor de la razón de la ley.

La más trascendental, la incapacidad de la mujer casada, consecuencia de la unidad de dirección del matrimonio atribuida al marido, no puede escapar al imperio del principio general de la igualdad de sexos, y debe ser interpretada restrictivamente en todo aquello que el tenor literal de la disposición que la establezca no imponga la incapacidad.

No entiendo, por otra parte, qué diferencia puede hallarse entre desigualdad y diferencia orgánica. Marido y mujer, parece decir la Exposición de Motivos, son iguales..., pero el marido es más igual que la mujer, como cabría decir, parodiando humorísticamente a GEORGE ORWELL, en *Animal Farm* (127). O son iguales o son desiguales: no cabe un término medio. Predicar la igualdad moral de los cónyuges, pero imponer una diferencia de *status* jurídico, es tanto como encubrir ideológicamente la aplastante desigualdad real con bella semántica confusionista.

La referencia a la teoría orgánica de la sociedad, o es una pura imagen retórica, sin trascendencia alguna, o tiene verdadera importancia porque trasluce una ideología ultraconservadora (128).

Por último, la unidad de dirección del matrimonio se presupone.

El legislador de 1958, ciertamente, no tenía grandes modelos válidos

(127) En la imaginativa utopía de ORWELL que lleva ese título, los animales de una granja expulsan al granjero, su amo, y establecen una comuna igualitaria, en la que, por supuesto, todos son iguales... Pero pasan los años y se instaura en el poder una casta de animales privilegiados: los cerdos. Así se explica el pasaje que sigue: «Por primera vez Benjamín consintió en quebrantar su costumbre y leyó lo que estaba escrito en el muro. Allí no había nada, excepto un solo mandamiento. Este decía: *Todos los animales son iguales, pero algunos animales son más iguales que otros*. Después de esto no les resultó extraño que al día siguiente los cerdos, que estaban supervisando el trabajo de la granja, llevaran todos látigo en la mano» (Editorial Planeta, S. A., Barcelona, 1973, págs. 148-149).

(128) RECASÉNS SICHES (*Sociología*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1970, páginas 73-74) afirma que «aunque en apariencia hay algunas semejanzas entre los entes colectivos y los organismos biológicos, también es cierto que existen notorias diversidades de gran importancia y muchas de ellas esenciales... Las doctrinas organicistas, a pesar de que pretenden consistir en una mera observación de la realidad mediante métodos naturalistas, están inspiradas por un prejuicio político, el cual casi siempre es el deseo de subordinar absolutamente el individuo al Estado... Profesar una u otra convicción política resultaría respetable en todo caso; pero lo que ya no es digno de respeto, sino, por el contrario, de condena es su intención fraudulenta (enmascarar su actitud política con el revestimiento de una pseudociencia naturalista). Esto constituye un engaño intolerable».

SOROKIN (citado en RECASÉNS SICHES, *ob. cit.*, págs. 71-72) afirma que del mismo modo que «las leyes de la Biología sean aplicables al hombre, no se sigue que la sociedad humana sea un organismo animal... Podemos admitir que la sociedad humana constituya una especie de unidad, cuyos miembros se hallan en relación de interdependencia. Pero es falso deducir de ello que la sociedad humana sea un organismo tan sólo porque un organismo es una especie de unidad».

que le hubieran permitido atribuir la dirección del hogar a la potestad conjunta de ambos cónyuges, fuera de la muy reciente Ley alemana de 1957 de equiparación de los mismos. Por tanto, se atribuyó la dirección del hogar al esposo.

La opción era legítima en tal año. Pero a la luz del más reciente Derecho comparado, es evidente que en 1973 sólo Portugal y Luxemburgo comparten nuestra posición patriarcalista en la Europa a la que aspiramos integrarnos.

El legislador no tiene por qué exponer las razones en que funda sus decisiones. Cuando lo hace, actúa como mero jurista privado y, por tanto, tales razones pueden ser controvertidas, y si las mismas son insostenibles padecerá descrédito el mandato legislativo: el jurista deberá obedecerlo, pero restringirá su alcance mediante la interpretación del mismo (sistemática, correctora, restrictiva y, si el caso lo requiere, abrogante).

La potestad de dirección del matrimonio, según la Exposición de Motivos, es atribuida al marido por la naturaleza.

Esto, o significa que las propias condiciones psicobiológicas de la persona humana y su historia genética establecen una disparidad de condiciones de los sexos, que justifica el predominio del varón y la inferioridad de la mujer, o significa esto mismo, y que la filosofía natural consagra esta situación, que por Derecho natural el hombre es superior a la mujer, al menos en el matrimonio.

Lo primero es una enorme ineptia. Estudios científicos reiterados han demostrado que la mujer no es inferior en condiciones psicobiológicas al hombre, que los coeficientes de capacidad mental e inteligencia de ambos sexos son similares, que no hay superioridad innata del varón, sino superioridad adquirida por el condicionamiento que los diferentes papeles sociales imponen al hombre y a la mujer. Por otra parte, sería disparatado que el hombre casado fuera superior a la mujer casada e igual a la soltera o viuda ¡como si el matrimonio hiciera imbéciles a las mujeres y potenciara la inteligencia a los hombres! La contradicción lógica del legislador no puede ser mayor. No se puede emancipar a las solteras o viudas, como hace el preámbulo de la ley y desarrolló la Ley de 21 de julio de 1962, y encadenar a las casadas.

Que la autoridad marital sea de Derecho natural, es más que discutible. Es posible que a los ojos de Santo Tomás lo fuera, influido por el pensamiento de San Pablo, que ya he estudiado, y por la Munt usual en las costumbres germánicas que conoció en su tiempo. Sería interesante hacer un estudio minucioso de tal afirmación en Santo Tomás, en el contexto de la *Summa Theologica* (128 bis), que desgra-

(128 bis) 1.ª, 2.ª q, 97, a 1 (cit. en DE CASTRO, *ob. cit.*, I, pág. 422, nota 2).

ciadamente no puedo hacer aquí. Sin embargo, el mismo autor sentó las bases de la moderna Sociología jurídica al reconocer que las leyes deben variar cuando varían las circunstancias que las han originado. Es evidente que las circunstancias sociales son muy otras de las que conoció Santo Tomás, que es seguro que no repetiría su afirmación acerca de la mujer si hoy pudiera hacerlo.

Que la religión consagra la autoridad del varón y la inferioridad de la mujer en el matrimonio, es otra afirmación de la Exposición que no resiste la crítica de la Teología posconciliar. A la autorizada opinión de SCHILLEBEECKX que antes expuse me remito. Las directrices pastorales de San Pablo, dadas para un contexto histórico y una situación antropológica determinados, no pueden fundamentar la tesis de los que opinan que la autoridad marital, jefatura familiar del varón o como que-ramos llamarla es de Derecho natural. Esto es tanto como decir que si en la Biblia no hay base para consagrar tal superioridad del varón, los iusnaturalistas que lo deseen deben fundarse en otros argumentos distintos de los religiosos: históricos o derivados de la misma naturaleza.

Temo que si algún iusnaturalista católico quiere hoy fundar la natural supremacía del varón en el matrimonio en tales razonamientos su tarea será muy ardua, a la luz de los modernos estudios de las Ciencias Humanas, que destruyen los viejos prejuicios patriarcalistas, y muestran la inmensa plasticidad del ser humano, capaz de asumir nuevas formas de vida, de pensamiento, de sentimiento de los que han sido tradicionales, por medio de una aculturación y de una educación adecuadas.

Pero es que aun cuando las afirmaciones patriarcalistas de San Pablo sobre la mujer casada constituyeran un dato revelado y obligaran en conciencia los fieles católicos—no parece que robustezca mucho tal tesis el carácter voluntario con que la nueva liturgia posconciliar de la misa de casados establece la lectura, antes preceptiva, de tales textos—, es evidente que la obligación de la sana laicidad del Estado que establece la declaración sobre la libertad religiosa del Concilio Vaticano II impide discriminar a los creyentes, imponiéndoles la carga de la autoridad marital mientras los no creyentes podrían regirse por el principio diárquico de la colaboración y acuerdo libre de ambos esposos en el manejo del hogar y de los asuntos familiares.

Tal declaración del Concilio, aparte de obligar a inspirar la legislación del Estado español, según el tenor literal del punto II de los Principios del Movimiento (Ley de 17 de mayo de 1958), ha influido en la ley sobre el ejercicio del Derecho civil de libertad religiosa, que aunque no contiene precepto alguno sobre el punto que me ocupa, señala un cambio de criterio legislativo que arrumba la fuerza del argumento empleado en 1958 por el legislador.

Sería también absurdo que el no católico, que puede acudir a la forma civil del matrimonio probando su acatolicidad en la forma simplificada contenida en la modificación del Reglamento del Registro Civil contenida en el Decreto 1138/69, de 22 de mayo, artículos 245 y 246, se vea obligado a soportar la autoridad marital, prevista en el Código civil para ambas formas de matrimonio, sólo porque San Pablo la impuso a los creyentes.

Ninguna de tales posibilidades resiste la crítica de la moderna teología posconciliar (129), ni puede decirse sea materia de revisión concordataria con la Santa Sede, que impida la supresión unilateral por el legislador español de la autoridad marital del sistema de nuestras leyes civiles.

La unidad de dirección, sigue afirmando la Exposición de Motivos, es atribuida por la historia al varón.

Tal afirmación tampoco resiste la moderna crítica. Antes expuse cuál era la tendencia dominante de nuestros autores y creo que lo menos que puede decirse al respecto, que ni la potestad marital ni la incapacidad de la mujer casada resultan con nitidez del cuerpo de nuestro Derecho histórico en su conjunto.

Por otra parte, la apelación a la historia, o es una simple figura retórica intrascendente, ya que se acude a la misma como a un inmenso cajón de sastre en que pueden hallarse pruebas para cualquier afirmación que se haga en el presente, o debe querer decir algo más. En efecto, la historia ha de ser asumida por el presente que se encara con el futuro para intentar resolver los problemas que aquí y ahora nos acucian. Pero tal asunción es a beneficio de inventario, sin legitimar situaciones injustas con la apelación al pasado. Nos sirve la evocación del tiempo muerto en cuanto de él podemos extraer pautas de vida para el futuro. ¡Y no parece que sea muy deseable para la familia española del año 2000 el esquema de familia y de posición jurídica de la mujer casa-

(129) «Es un principio sólido que el Estado no está obligado a imponer coactivamente a los ciudadanos la observancia de la totalidad del orden moral, sino solamente aquellos elementos que puedan ser considerados como «pública moralidad» exigida por el justo orden público. La determinación del nivel de pública moralidad, impuesta normativamente y exigible coactivamente por el ordenamiento jurídico, debe hacerse teniendo en cuenta los valores morales objetivos (por decirlo así), pero teniendo en cuenta, a la vez, la situación sociocultural, los factores históricos y lo que podríamos llamar «nivel de conciencia social colectiva».

Por otra parte, se deduce muy claramente de la Declaración sobre la libertad religiosa del Concilio Vaticano II que el Estado no puede hacer discriminaciones entre los ciudadanos por motivos de religión (cosa expresamente afirmada en la Constitución pastoral sobre la Iglesia en el mundo contemporáneo, *Gaudium et Spes*, núm. 29), y que no puede imponer restricciones a la libertad de conciencia (religiosa o moral) más que por razones de justo orden público» (DÍEZ ALEGRÍA, *Teología frente a sociedad histórica*, Editorial Laia, Barcelona, 1972, pág. 308).

da que nos brindan las Leyes de Toro y la Ley del Matrimonio Civil de 1870!

Ello máxime cuanto que la definitiva plasmación de la jerarquía patriarcalista en nuestra sociedad por la Ley de 1870, tuvo como influjo directo el ordenamiento napoleónico, contrario a la libertad civil de los legislaciones forales, y al puesto que todas ellas atribuían a la mujer casada.

Arrumbados tales argumentos, cabría añadir uno suplementario en apoyo de la potestad marital que reafirma la Ley de 1958. La constitución democrático-argánica de nuestro Estado impone necesariamente una visión patriarcalista de la familia, incompatible con la abolición de la incapacidad de la mujer casada.

Cierto que las leyes fundamentales declaran a la familia como célula primaria y fundamento de la sociedad, y entienden que el matrimonio será uno e indisoluble, e incluso atribuyen el sufragio familiar al cabeza de familia, pero ello no significa que sea constitucional en España la jerarquía patriarcalista. La familia es una célula orgánica, que se rige por su propia ley interna, autónoma. Si las mores actuales de la familia no son, al menos con carácter de generalidad, autoritarias, sino democráticas, el legislador no puede menos de tomar nota de tal estado de cosas y en lugar de seguir regulando el matrimonio según el principio jerárquico, puede hacerlo perfectamente, sin mengua de la estabilidad y cohesión familiares, plasmando en la familia el diárquico o democrático.

En ninguna parte de nuestras leyes fundamentales veo yo una alusión a las potestades familiares como Principios Fundamentales del Movimiento Nacional, a diferencia de la unidad e indisolubilidad del matrimonio. Principios éstos de unidad e indisolubilidad cuyo examen obligaría a restringir su tenor literal (129 bis). Y que tal afirmación es acertada lo prueba la extensión del sufragio, para la elección de procuradores «familiares», a la mujer casada, junto al cabeza de familia. En

(129 bis) La afirmación de las leyes fundamentales de que el matrimonio es uno e indisoluble—afirmación que parece tomada de un manual escolar de Teología Moral más que de fuentes jurídicas—, claramente no impide el paso a segundas nupcias del viudo o de aquel a quien se ha declarado nulo un matrimonio, ni ataca lo más mínimo la potestad de la Iglesia para disolver el matrimonio—canónico o civil—por dispensa *super rato*, por profesión religiosa o por aplicación de los privilegios paulino o «petrino»—este último olvidado en la redacción del Concordato—. Cualquiera que sea la evolución de la jurisprudencia canónica acerca de la interpretación de la indisolubilidad o la mayor facilidad para declarar nulos matrimonios aparentemente válidos, debe el Estado limitarse a seguir cumpliendo su compromiso concordatario de acatar plénisimamente y sin restricciones la jurisdicción de la Iglesia en materia matrimonial.

pura democracia orgánica de cuño patriarcalista, con el simple sufragio del cabeza de familia, holgaba el de la mujer casada.

Todo ello me permite afirmar lo que sigue: la potestad marital, extraña a la sustancia misma del Derecho histórico patrio, sin apoyo en la religión, ni en las leyes de la naturaleza, no es un principio político consagrado por las leyes constitucionales españolas, que se limitan a tomar nota de su existencia en el ordenamiento jurídico general. Los principios constitucionales consagran la par condición de los españoles ante la ley, con lo que cierran la posibilidad a la configuración de la potestad marital como un principio general del Derecho, diga lo que quiera la Exposición de Motivos examinada.

El legislador puede consagrar cuando quiera un principio general del Derecho, siempre y cuando le dote de los requisitos técnicos precisos para tal misión y lo integre, sin contradicción flagrante, en el resto del ordenamiento jurídico, pero no puede atribuir caprichosamente tal carácter a una regla de Derecho de alcance restringido o limitado. Decir que la potestad marital, que la incapacidad de la mujer casada son principios generales del Derecho, es tanto como afirmar que tales reglas son aplicables, como fuente del Derecho, a las relaciones e intereses de marido y mujer no expresamente contemplados por la ley, extendiendo el tenor literal de los preceptos que consagran tal incapacidad o potestad, y ello sean cualesquiera los cambios que se hayan introducido en la condición social de la mujer casada desde 1889.

Si la mujer es el verdadero sostén de la familia, y el marido se halla en situación de incapacidad de hecho—marido débil mental—, si la mujer por exigencias de su trabajo debe desplazarse incluso con cierta periodicidad lejos del domicilio del varón, que no aporta contribución sustancial a la economía del matrimonio, ¿debe aquélla obedecer al varón aun cuando su voluntad sea débil, prácticamente inexistente o maliciosa? Los temperamentos que los diversos autores introducen a la potestad marital demuestran que ésta no es sino relativa, condicionada por las circunstancias del tiempo y lugar, por las costumbres dominantes, por las motivaciones de los esposos. Dificilmente puede, pues, hablarse de un principio general de Derecho, base de la organización de la familia, que consagre la potestad marital.

La potestad marital es, pues, una regla jurídica más, sujeta al juego normal de las demás reglas jurídicas y de los principios generales del Derecho, uno de los cuales—y éste sí que lo enuncia la propia Exposición de Motivos—es el de la igualdad jurídica de los sexos. Todas las limitaciones y condicionamientos que introducen la jurisprudencia y la doctrina en dicha regla son, pues, perfectamente admisibles en el cuadro de nuestro ordenamiento jurídico.

Entrando en el estudio concreto de la reforma del artículo 1.413, la misma es saludada con alborozo por DE CASTRO (130): «La reforma de 1958 ha puesto fin a la situación descrita de tal modo que supone una verdadera revolución para la organización patrimonial de la inmensa mayoría de las familias españolas (casi todas las de territorios de Derecho común). Ha terminado la monarquía absoluta del marido y se establece una diarquía; el marido conserva las facultades de iniciativa, pero ahora quedan condicionadas en gran parte al consentimiento de la mujer, y los actos mismos que el marido puede realizar por sí solo quedan expuestos a la posibilidad de que la mujer los impugne.»

VALLET DE GOYTISOLO (131), mucho menos optimista, afirma que «la reforma pudo obedecer, y probablemente obedeció, más que a un cambio de criterio en la concepción de la sociedad de gananciales, en la idea de la creciente abundancia de maridos dilapidadores de los bienes familiares. Ahora bien, a ese fin, no creo que la reforma haya servido para nada, o, mejor dicho, creo que la reforma es contraproducente». Porque el marido malgastador no suele tener gananciales, o porque los pone a nombre de una sociedad que controla o de terceras personas. Cuando el marido es trabajador y la mujer frívola, el marido se verá entorpecido por el consentimiento de la mujer. La reforma del artículo 144 del Reglamento Hipotecario que obliga a dirigir las demandas contra marido y mujer conjuntamente para anotar los embargos sobre bienes inmuebles gananciales, ha sentado la práctica de que los Bancos exijan la firma de la mujer y del marido al conceder los créditos, con lo que termina la antigua impunidad de los parafernales de la mujer casada por las deudas a cargo de la sociedad de gananciales.

Yo creo que la reforma pecó de tímida, al no haber replanteado sobre nuevas bases la capacidad de la mujer casada, pero ello no podía hacerlo una ley que profesaba la desdichada filosofía de la condición de la misma que he estudiado. En tal sentido, mientras no se replantee el problema sobre otro principio jurídico distinto—la paridad absoluta de los sexos ante el Derecho, en el matrimonio y fuera de él—la crítica de las sucesivas reformas de la condición de la mujer casada, que conceden siempre «demasiado tarde y demasiado poco» a sus justas reivindicaciones será siempre parcial y fragmentaria, y en el fondo, quedará siempre el debate abierto y el problema en pie.

3) Crítica a la Ley de 22 de julio de 1961: No cabe duda que la misma ha supuesto un paso importante en la solución de los problemas de la promoción de la mujer soltera o viuda. Podría objetarse que la

(130) *Compendio*, citado, pág. 225.

(131) *Panorama*, citado, págs. 258-259.

misma es esencialmente clasista: la mujer soltera o viuda de clase media o alta, a partir de tal ley, podrá ejercer profesiones y desempeñar cargos públicos que antes le estaban vedados y que difícilmente serán accesibles—porque la estructura educativa de la sociedad española lo impide—a la mujer de las clases menos favorecidas. Pero más que ser clasista la ley se limita a consagrar un estado de hecho de la sociedad española, y formalmente al menos sienta las bases de la emancipación femenina en el mundo de las profesiones, cargos públicos y cargos políticos.

Sin embargo, aunque algo mejora la posición de la mujer casada en el plano profesional y laboral, en otros aspectos parece que más bien retrocede. Es de encomiar el recurso judicial que otorga a la mujer, en caso de negativa del marido para conceder la licencia marital para el ejercicio de sus derechos, en los casos de mala fe y de abuso de derecho de aquél. Se sigue en esto las orientaciones progresistas de la doctrina y de la jurisprudencia que tienden a ampliar los casos en que cabe recurrir frente a la negativa injustificada de la licencia del marido, hasta postularse la existencia de una regla general en tal sentido.

Sin embargo, la negativa del marido a que su mujer trabaje o ejerza la profesión debe ser solventada en el procedimiento sumario previsto en el artículo 5.º, 2, de la ley, en el que debe demandar la mujer.

Aunque técnicamente la solución es correcta obliga a aquélla a enfrentarse al marido, lo que inhibirá en muchos casos la actuación práctica de la reforma.

Por ello afirma ESPÍN CÁNOVAS (132) que «hubiera sido preferible, al menos en el Derecho laboral, generalizar la norma contenida en la Ley del Contrato de Trabajo para el percibo de la remuneración por la mujer que induce la licencia tácita del marido del hecho de no constar su oposición y que impone a éste la carga de formular la oposición ante la Magistratura del Trabajo».

Tampoco es precisamente un modelo de progresismo la exigencia de licencia expresa del marido para ejercer los derechos reconocidos por la ley. El Código civil no exige tanto, y la jurisprudencia ha admitido desde siempre la licencia tácita para los actos de la mujer que la precisan.

No es tampoco un modelo de corrección terminológica la ley al reputar concedida por su ministerio la licencia marital en los casos de separación de derecho o de hecho, pues es sabido que tal licencia decae cuando hay separación legal, al desaparecer la autoridad marital.

(132) *Ob. cit.*, pág. 50.

Por último, ESPÍN CÁNOVAS (133) afirma que la ley no ha establecido enlace alguno con el ejercicio del comercio por la mujer casada. Por tanto, entiende dicho autor «que en el ámbito mercantil y por ahora actúa como un principio pragmático para vetar el abuso o mala fe en la negativa marital y que la aplicación efectiva de este principio exige normas de desarrollo. Se da una situación análoga al precepto constitucional mientras no se dictan normas ordinarias que lo impongan».

Creo que aunque es cierto que no existe la adecuada conexión en el texto de la Ley de 1961 con el Código de Comercio, y en esto la redacción de aquélla merece censura, no establece un principio general de derechos que permita impugnar la negativa del marido cuando exista mala fe o abuso del derecho, sino se limita a reconocer su existencia que se deduce del conjunto de los preceptos legales que reconocen la supremacía del varón en el matrimonio.

La exposición de la Ley de 24 de abril de 1958 afirma estar fundada en el principio de la unidad de dirección del matrimonio que se atribuye al marido y en el cometido orgánico de cada uno de los miembros de la familia en la misma. Si la potestad marital es una regla jurídica limitada por el juego de los principios generales del Derecho, los que vedan la mala fe y el abuso del derecho de cualquiera de los implicados en una relación jurídica deben serle aplicados.

No se diga que el Código de Comercio no regula la impugnación de tal negativa. Ni tiene por qué, ya que en defecto de sus disposiciones deben aplicarse las reglas del Derecho común (arts. 3 y 50 C. Com. y 16 C. c.).

La falta de conexión de la Ley de 1961 con el Código de Comercio no impide que se apliquen sus reglas por analogía *legis*. Una mujer casada arquitecto, piloto civil, médico cirujano o capitán de buque que puede acudir al juez solicitando la declaración de que la negativa del marido a que ejercite su profesión se ha realizado con mala fe o abuso de derecho, se halla en una gran analogía posicional con una mujer casada comerciante que obliga los bienes de la sociedad de gananciales en los términos del Código de Comercio. El riesgo para la sociedad de gananciales dimanante de los actos habituales de la mujer es tan grave en unos como en otros casos.

Podría hacerse un catálogo de actividades profesionales que comprometen por la índole del trabajo en que consisten los bienes gananciales de forma semejante a la prevista en el Código de Comercio. La analogía posicional del ejercicio del comercio y de una profesión, no

(133) Id., *id.*, págs. 45 y 46.

siempre inocua para los bienes de la sociedad de gananciales en razón a los riesgos que comporta, es clarísima y obliga a admitir como más fundada la tesis de GARRIGUES y DÍAZ CAÑABATE, que admite recurso judicial contra la negativa del marido de autorizar el ejercicio del comercio por la mujer casada o a la revocación de dicho ejercicio.

4) Crítica de las Compilaciones de Derecho civil especial: Lo primero que salta a la vista es que en la mayor parte de las mismas se establece la posibilidad de pactar o modificar, después del matrimonio, las capitulaciones matrimoniales. Así la catalana (art. 7.º) y aragonesa (art. 26). Es claro, pues, que los conflictos desgarradores dimanantes de la situación de separación de hecho de los esposos no pueden perjudicar a la mujer casada, por cuanto que podrá pactar capítulos matrimoniales que establezcan absoluta separación de bienes con el esposo, si hay convenio amistoso de separación, o en el peor de los casos tendrá en Baleares y en Cataluña la poderosa protección de los textos citados que consagran su capacidad patrimonial casi absoluta, al establecer el régimen de separación de bienes.

Diferente será la posición de la mujer casada aragonesa en régimen de comunidad legal. El artículo 49 de la Compilación atribuye al marido, como he indicado, la administración de los bienes privativos de la mujer, cuando ésta no la recabe, y el artículo 50 permite privar de la administración al marido cuando éste incurriera en culpa grave o negligencia habitual con notorio perjuicio de los intereses familiares.

Parece, según opina DELGADO ECHEVARRÍA (134), que los dos preceptos regulan situaciones distintas. El artículo 49 permite a la mujer casada recabar del marido en cualquier momento, incluso por simple requerimiento extrajudicial (135), la administración de sus bienes privativos. En tal caso, la mujer puede administrarlos, aplicar los frutos de los bienes a los gastos de producción y deudas contraídas por ella en el ejercicio de una actividad útil para la comunidad, y entregar las ganancias líquidas al marido.

PALÁ MEDIANO (136) afirma que la mujer puede constituirse un patrimonio reservado con los productos de la explotación de la propia empresa o con los del ejercicio de una actividad profesional o laboral, patrimonio que administrará libremente, cumplida su obligación de contribuir a los gastos familiares.

Sin embargo, DELGADO ECHEVARRÍA (137) no deja de oponer a la

(134) *Ob. cit.*, págs. 1183 y 1184.

(135) PALÁ MEDIANO, *La esposa administradora*, cit., págs. 398-399.

(136) «La promoción de la mujer casada en la Compilación aragonesa y en el Derecho Comparado», en *Estudios de Derecho Civil en honor de don José Castán Tobeñas*, I, Pamplona, 1969, pág. 371.

(137) *Ob. cit.*, págs. 1187-1188.

progresista afirmación de PALÁ el artículo 48 de la Compilación que establece que el marido es el administrador de la comunidad.

En el fondo se plantea el mismo problema que tan ingeniosamente quería resolver DE LA CÁMARA en el sistema del Derecho común y que no tiene solución en los textos del Derecho vigente, pero que obliga imperiosamente a una urgente reforma legislativa en profundidad de la capacidad de la mujer casada.

Por otra parte, la mujer casada que recaba de su marido la administración de su patrimonio privativo, queda sujeta a la licencia de éste para la mayor parte de los actos jurídicos que excedan de la mera administración, salvo los que deriven de su gestión doméstica, la comparecencia en juicio respecto de tal gestión o la aceptación de una herencia (art. 137 de la Compilación).

Si pretende obtener una ampliación de esa capacidad precisará la habilitación judicial subsidiaria, a menos que obtenga la administración de la comunidad de bienes en los supuestos del artículo 49 o consiga la privación de la administración de los bienes por su marido, en los del 50 del mismo cuerpo legal.

La Compilación gallega, fuera del supuesto especial de la sociedad familiar, institución ésta de escasa vigencia sociológica, no presenta ninguna innovación sobre el régimen de capacidad jurídica de la mujer casada aforada, por lo que se aplica en esta región el Código civil.

CAPÍTULO XX

SOCIOLOGIA DE LA CONDICION DE LA MUJER ESPAÑOLA DE LA DECADA DE LOS AÑOS SESENTA DEL PRESENTE SIGLO

El cambio social del último decenio en nuestra patria ha sido espectacular. Sin embargo, nuestros sociólogos afirman que el mismo no ha sido uniforme en todas las esferas de la vida social, y no es tan admirable como podría parecer a simple vista, pues sólo nos aproximamos—en unos aspectos más, en otros menos—a aspectos y formas de vida existentes con anterioridad en el resto de los países de Occidente.

En muchos sectores, no obstante, y creo que la familia es uno de ellos, hemos quemado etapas que nos distanciaban excesivamente del proceso general de modernización de las estructuras sociales que Occidente tiene en curso desde hace muchos decenios.

Una ley sociológica—y cultural, en un sentido más amplio—afirma que el proceso de modernización a la larga no puede quedar confinado a un solo sector de la estructura social—por ejemplo, la tecnología—, sino que se propaga a todas las esferas de la vida.

No podemos a la larga utilizar un «jet» para dar la vuelta al mundo en dos días, ni utilizar una computadora electrónica para procesar los datos de nuestra empresa, y a la par exigir obediencia prusiana a nuestra mujer y a nuestros hijos. El espíritu de libertad e inventiva que creó tales artefactos repugna el autoritarismo en el resto de los aspectos de la vida social.

Algunos aspectos cuantitativos de los fenómenos sociales de la condición de la mujer, merecen ser destacados.

En números redondos, de un millón de mujeres que integraban la población activa de España en 1930, se pasa en 1960 a dos millones, y en 1970 a tres millones setecientas mil, según AMANDO DE MIGUEL (138). En este último año, la cuarta parte de la población activa es femenina, frente a sólo el 12 por 100 en 1950.

El mismo autor—ciertamente controvertido por otros sociólogos—anuncia que los Planes de Desarrollo del último decenio se han dictado para crear puestos de trabajo para la mujer. Podría añadirse al análisis del sociólogo, que no por altruismo de los empleadores, sino por las peculiares condiciones de esta mano de obra.

Se ha creado un millón y medio de puestos de trabajo femeninos desde 1960 a 1970 y sólo cien mil puestos de trabajo masculinos. En la década de los años mil novecientos setenta a mil novecientos ochenta, aumentará en un millón el número de mujeres activas, frente a sólo trescientos mil varones activos (139).

La educación de la mujer ha experimentado un notable avance en las últimas décadas: mientras en 1953-1954 sólo el 25 por 100 de los bachilleres superiores eran mujeres, en 1966 lo son ya el 33 por 100. El porcentaje de mujeres ha llegado a ser en la actualidad del 25 por 100 del total de los universitarios (140).

En 1967, el 62 por 100 de las mujeres contraen matrimonio antes de los veinticinco años, mientras en el quinquenio 1956-1960, no excedía su número del 48 por 100 (141).

Todos estos indicadores sociales demuestran que la posición personal

(138) *España, marca registrada*, Madrid, Editorial, 1972, pág. 53.

(139) AMANDO DE MIGUEL, *ob. cit.*, pág. 56.

(140) SALUSTIANO DEL CAMPO URBANO, «Epílogo: El reto del cambio social en España», en la obra colectiva, dirigida por FRAGA IRIBARNE, VELARDE FUERTES y el mismo DEL CAMPO URBANO, *La España de los años 70*, I, *La Sociedad*, Editorial Moneda y Crédito, Madrid, 1972, pág. 980.

(141) SALUSTIANO DEL CAMPO, *ob. cit.*, pág. 980.

de hecho de la mujer ha experimentado un notable avance y que el cambio social postula un cambio jurídico correlativo, si no se quiere crear una situación de tensión en el seno de la familia y la sociedad.

Todos los sociólogos que estudian la familia española advierten que se ha producido una democratización de relaciones en el seno de la misma. La autoridad, la división de las tareas, y la formación de decisiones dentro de la familia, están sufriendo una considerable evolución, afirma SALUSTIANO DEL CAMPO (142).

Es difícil que la joven mujer, considerablemente más culta que sus predecesoras de las anteriores generaciones, que trabaja en casi paridad de condiciones con el varón y que contrae el matrimonio a edad más temprana, sin que tenga que pedir consejo paterno a partir de la mayor edad, pueda con buen talante trocar la debilitada potestad del padre o de la madre (143), por la anticuada potestad del marido ¡que puede obligarle, con el Código civil en la mano, a obedecerle!

Habrà que reconocer, con LEVY BRÜHL (144), el carácter esencialmente provisional de las normas jurídicas. «Puesto que el grupo cambia, el derecho debe cambiar... Al cabo de cierto tiempo, el grupo se habrá renovado más o menos enteramente por la muerte de algunos individuos y la introducción de nuevos miembros, sensibles a otras influencias. ¿Será posible que el Derecho, si es la expresión de voluntad de un grupo, pueda ser inmutable si éste último se modifica continuamente?»

Sin embargo, este proceso de agudo cambio social, que por sí solo, si no hubiera además poderosas razones filosóficas que robustecieran tal afirmación, justificaría una decidida política legislativa de supresión de discriminaciones basadas en el sexo y en el matrimonio, no deja de presentar su reverso sombrío.

(142) SALUSTIANO DEL CAMPO, *íd.*, *íd.*

(143). Me permito citar a BOB DYLAN, cantante de la revolución musical «folk», en su canción *The Times are A-Changing* (selección, traducción y prólogo de algunas de ellas por EDUARDO CHAMORRO, Colección Visor de Poesía, Alberto Corazón, editor, Madrid, 1971, págs. 48 y 49: «Gentes que vagáis por doquier / reuniros a mi alrededor. / Y admitir que está alta la marea, / y aceptar que pronto os calaréis hasta los huesos. / Si os merece la pena salvar vuestra época, / es mejor que comencéis a nadar u os hundiréis como piedras. / ¡Pues los tiempos están cambiando! / Acercaos! ¡Acercaos! / ¡Los tiempos están cambiando!... / Acercaos, padres y madres / de toda la tierra / y no critiquéis / a aquellos que no comprendéis. / Vuestros hijos e hijas están más allá de vuestro dominio. / Rápidamente envejece vuestra ruta obsoleta. / Por favor, si no podéis echar una mano, / saliros de la nueva. / ¡Pues los tiempos están cambiando!»

La joven mujer de nuestros días de que hablo ha oído o leído a BOB DYLAN. Su recital, difundido por un «long play», quizá en una reunión juvenil casi en trance, dice más a su sensibilidad y le provoca un impacto mayor que cien discursos del antiguo estilo.

(144) *Sociología del Derecho*, Edición Universitaria de Buenos Aires, septiembre de 1971, pág. 16.

El mismo SALUSTIANO DEL CAMPO, en unas recientes declaraciones (145), ha afirmado que el pueblo español es mucho más moderno que su *élite* dirigente. Añado yo: sólo la *élite* dirigente está legitimada, hoy por hoy, para producir el cambio legislativo que sea consecuencia del cambio social descrito.

No dejan de observarse en el seno de la sociedad española actitudes autoritarias de los padres frente a la conducta más libre de los hijos e hijas. No es de esperar una mejora sustancial de la condición jurídica de la mujer casada en tal ambiente autoritario que los sociólogos no dejan de reconocer funciona espontáneamente, al margen de las instancias del poder.

La sociedad tradicional, en franco declive, quema los últimos cartuchos en defensa del viejo y añorado orden familiar patriarcal, de una manera franca o solapada, oponiendo la inercia a las iniciativas reformistas de las costumbres familiares.

El puesto de la mujer sigue siendo para estos tradicionalistas lo que fue durante milenios: los niños, la Iglesia, la cocina; las tres K (*Kinder, Küche, Kirche*) (146).

En el plano legislativo, las disposiciones legales que eliminan la discriminación de la mujer casada trabajadora, son vulneradas con suma facilidad sin que se observe reacción adecuada frente a la práctica contra *legem*.

Concluyo este análisis sociológico acerca de la condición de la mujer casada, con la exposición de AMANDO DE MIGUEL (147): es absurdo que el *status* de mujer casada inhiba tanto la participación social. Supone el mayor derroche de talentos y energías que pueda imaginarse. Sólo un país inmensamente rico—que no es, por supuesto, España, añado yo—podría permitírselo.

Sin embargo, las reformas que se exigen no pueden hacerse a golpe de *Boletín Oficial* (148). Se trata de cambios muy sutiles en la mentalidad, que en el mejor de los casos ocuparán el lapso de una generación. El vehículo más importante de tales cambios es la educación preescolar,

(145) Diario *Ya*, en los primeros meses de 1973.

(146) Más crudamente, en Cataluña se postulaba que la novia ideal tuviera las tres R: ruca—bruta—, rica, religiosa.

(147) *Ob. cit.*, págs. 61 y 62.

(148) Por supuesto que sólo con el *Boletín Oficial*, no. Pero sin el *Boletín Oficial*, esto es, sin la decisión política que plasma en ley coactiva inapelable, toda Francia tendría derechos feudales como la tarde del 4 de agosto de 1789, y el mundo civilizado conocería la esclavitud, o—en otro orden de ideas—la U. R. S. S. seguiría siendo la Rusia zarista basada en la propiedad privada de los medios de producción. El cambio social necesita algo más que la ley para su institucionalización, pero sin la ley el proceso social se retarda hasta las calendas griegas.

los grupos juveniles y la acción de los medios de comunicación de masas. Pero ninguno de tales elementos o estamentos sobresale por su progresismo.

Un cambio sustantivo y visible del papel de la mujer en todas las esferas de la vida económica, social y política, supondría una revolución mucho más radical que otras reformas de estructuras sobre las que tanto se habla (reforma agraria, nacionalización del suelo, etc.). Por eso se habla tan poco de ese cambio: en el fondo, muy pocas personas lo desean.

Agrego yo a la penetrante exposición de AMANDO DE MIGUEL, que comparto plenamente, que creo firmemente que los juristas, como juristas y como ciudadanos, tenemos un deber—también es un honor—de formar parte de ese grupo de personas—cada día se amplía más y más—que desean tal cambio social y aspiran a institucionalizarlo en las leyes y en la práctica social.

CAPÍTULO XXI

LINEAS PARA UNA REFORMA DEL SISTEMA LEGISLATIVO DE DERECHO COMUN

Debe incrementar el peso del balance negativo de la reforma de la condición de la mujer trabajadora, el que hasta la fecha de mayo de 1973 no se hayan dictado las disposiciones revisoras de las Reglamentaciones de Trabajo, Ordenanzas Laborales y Normas de Obligado Cumplimiento vigentes, para adecuarlas al principio de plena igualdad del varón a la mujer en la prestación de los servicios laborales. Interrogado el Ministro competente por la Procuradora en Cortes doña María Belén Landaburu, contestó que su departamento estaba trabajando en ese sentido. Son ya diecisiete meses de retraso sobre la fecha tope prevista en el Decreto de 20 de agosto de 1970.

El IV Congreso de la Abogacía, celebrado en León en 1970, adoptó una conclusión en la que se instaba de los poderes públicos la reforma del Derecho de familia.

Obedeció a la conciencia de lo insostenible de algunas de las instituciones de tal Derecho, la derogación del artículo 321 del Código civil, que consagraba la clausura, ¡única en el mundo!, de la mujer soltera menor de veinticinco años, en la casa del padre o madre con los que conviviera. Ello tuvo lugar mediante Ley 32/72, de 22 de julio (149).

(149) Sobre esta Ley véase el trabajo de FEDERICO DE CASTRO, «La Ley de 22 de julio de 1972 y el artículo 321 del Código civil», *Anuario de Derecho*

También obedeció al clima creado por dicha conclusión del Congreso y a la inteligente campaña, movida en los medios de masas, por la Asociación Española de Mujeres Juristas, la creación en fecha de enero de 1973, de una Sección en la Comisión General de Codificación destinada al estudio del Derecho de familia y a las consecuencias que el cambio social haya podido introducir en la misma, pudiendo hacer las propuestas de modificación de ley que procedieren.

Saludo con entusiasmo esta iniciativa oficial y creo es mi deber de jurista hacer ciertas observaciones acerca del papel de dicha Sección, en relación con la capacidad de la mujer casada.

¿Puede la misma considerar que el cambio social existente en la última década en la familia española será absorbido en el marco de la concepción autoritaria paternalista que consagra nuestro Código civil, con sólo leves retoques de algunos preceptos particularmente hirientes—v. g., abolición del deber de obediencia de la mujer al marido y supresión de la licencia marital para los actos que pueda realizar la mujer casada—? En tal caso, me remito a lo que dije en «La Derogación del antiguo artículo 321 del Código civil» antes citado (149 bis): «Si por el contrario, el legislador pretende reñir una batalla de retaguardia y reafirmarse en la postura conservadora—«España es diferente al resto del mundo en su Derecho de familia»—, mucho temo que la crisis se agravará de tal modo que en muy pocos años tal derecho irá por un lado y la realidad familiar española por otro ...El Derecho es instrumento de liberación, de paz y de justicia si se adapta a la sociedad a la que pretende controlar; de opresión y dureza si desconoce el proceso de cambio social. Las tensiones sociales nada ganan al ser ignoradas: más bien se enconan.»

Creo, por el contrario, que el papel de la Sección debe ser el que magistralmente describe así ELÍAS DÍAZ (150): «El Derecho, para su propia efectividad, deberá adecuarse a la realidad social en cambio, no siendo obstáculo para la evolución social, sino al contrario, institucionalizando los cambios sociales. Pero junto a ello, el Derecho podrá asimismo fomentar el cambio: podrá, no sólo actuar después de la sociedad, sino también adelantándose en cierto modo a la sociedad, o al menos, a ciertos grupos o clases de ella, para favorecer e impulsar así los cambios sociales. La legislación puede, en efecto, cumplir esa función transformadora de la sociedad.»

Civil, julio-septiembre de 1972; y mi propio estudio «La derogación del antiguo artículo 321 del Código civil por Ley 31/72, de 22 de julio, y la necesaria reforma del Derecho de familia español», en el mismo *Anuario* y año, págs. 1159 y siguientes.

(149 bis) *Ob. cit.*, pág. 1160.

(150) *Ob. cit.*, págs. 189-190.

Función conservadora de las formas familiares del pasado, función institucionalizadora del cambio social ya acaecido, función novadora, transformadora de la sociedad: tales son las tres opciones básicas de la Sección en la proposición de las inevitables reformas del arcaico articulado de nuestro Código.

Del acierto de la opción derivará la utilidad de la creación de aquélla o su irremediable inoperancia.

Admitiendo, pues, como mínimo la postura reformista, institucionalizadora del cambio social de la condición femenina que creo haber demostrado es agudo, extenso e irreversible en nuestra Patria, la Sección merece toda la ayuda que los juristas—y los ciudadanos todos—puedan prestarle.

Debiera ser formalizada tal ayuda y creados los necesarios contactos entre la Sección y las instituciones todas que de un modo u otro investigan o aplican el Derecho de familia: Academias de Legislación y Jurisprudencia, de Ciencias Morales y Políticas, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Colegios Profesionales, Audiencias y Juzgados.

Deberían realizarse exámenes sociológicos sobre aspectos del Derecho de familia a reformar, especialmente, aplicando los métodos de encuesta indispensables hoy para analizar la realidad social. Merecería la pena concentrar los esfuerzos sobre la realidad y problemática de la marginación social en su relación con la familia—separación de hecho de los esposos, filiación extraconyugal—: el Derecho no puede guardar silencio por más tiempo sobre tales situaciones que son verdaderos desafíos a una política legislativa humanista. Y para legislar es preciso cuantificar y conocer científicamente—no ideológicamente—la realidad social.

No sería demasiado difícil para la Sección conseguir los apoyos adecuados de los organismos de investigación sociológica de la familia: los equipos de investigación sociológica de la Fundación Foessa, realizadores de constantes informes sobre la situación social de España, la Facultad de Ciencias Políticas y Sociología, ciertos investigadores privados, debieran ser consultados por la misma.

Llegado a un cierto grado de elaboración de los correspondientes anteproyectos de reforma ¿podría sustraerse su conocimiento a la opinión pública, jurídica y no jurídica? ¿Pueden elaborarse con acierto leyes que afecten a todos los españoles en sus relaciones más íntimas y personales, sin que se recojan sus sugerencias, sus opiniones?

Creo que llegado tal momento, es preciso la divulgación de las grandes líneas de los anteproyectos reformadores, por los poderosos medios de comunicación de masas, y el conocimiento de la opinión pública, acerca de ellos.

La asignación a la Sección de medios presupuestarios adecuados, la

plena dedicación de algunos de sus miembros a las tareas a ella encomendadas, la creación de una biblioteca especializada en la materia de las Ciencias de la Familia y del Derecho de la familia—no creo haya una sola en toda España—, creo son aspectos importantes del modo o técnica de operar de la misma.

No dudo por un momento que se crearán en el seno de la Sección diversos departamentos o subsecciones, que se distribuirán el abrumador trabajo que sobre ella pesa: la capacidad jurídica de la mujer, casada y no casada, los regímenes económicos-matrimoniales, las formas del matrimonio, la paternidad y filiación, los Derechos civiles especiales... justifican por sí solos la creación de tales equipos especializados.

Es evidente que la misma establecerá un orden de prioridad en los trabajos preparatorios, pues es imposible reformar a la vez todo el Derecho de familia. Parece que la capacidad jurídica de la mujer casada y la filiación—especialmente la extramatrimonial—son instituciones a reformar con verdadera urgencia.

Limitándome al análisis de las reformas en el campo del Derecho común, evidentemente más necesitado de ellas que los Derechos civiles especiales, hay que suprimir, como superado por la conciencia moderna, el deber de obediencia de la mujer al marido, eliminar todas las incapacidades—llámeselas como se quiera—que dimanan para la mujer del matrimonio y que no corresponden a una paralela limitación de capacidad del varón, suprimir la necesidad de la licencia marital para la eficacia de los actos de la mujer.

El hogar se debe regir por el sistema diárquico puro: ambos esposos de común acuerdo, resolverán los problemas familiares, determinarán el domicilio común, establecerán el plan de vida familiar y ejercerán la patria potestad sobre los hijos comunes. No existiría la noción de «jefe de familia» bajo este régimen.

No se me oculta que tal vez las leyes constitucionales españolas habrían de sufrir algo con la supresión de la noción de jefe de familia. Pero si he de ser consecuente, no puedo admitir doctrinalmente que lo sustancial—la regulación de la familia bajo la inspiración del principio diárquico—pueda quedar a merced de lo accidental—al condicionamiento de nuestro ordenamiento constitucional que atribuye funciones políticas concretas al cabeza de familia—. El cambio constitucional que propugno sería mínimo, casi puramente terminológico: otorgar el sufragio familiar a los hombres y mujeres casados, sin hacer referencia a la condición de cabeza de familia de los primeros.

Porque si en Europa sólo el Derecho portugués y el luxemburgués nos siguen en la consagración de la jefatura familiar del varón, haremos un mal papel internacional intentando mantener una institución que ter-

minará siendo desconocida en pocos años en el Derecho comparado del mundo occidental en que queremos integrarnos con plenitud de derechos.

No se me oculta el argumento de los juristas conservadores de todo el mundo cuando resaltan los peligros que para la estabilidad de la familia representa la intromisión del Juez en la necesaria solución de las controversias entre marido y mujer, solución que hasta la fecha se dejaba al buen criterio... del marido. Algún jurista que no parpadea ante la posibilidad de que el marido abuse de su prepotencia jurídica y económica, alega que con tal intervención se limitaría la autonomía de la familia para reglar sus propios asuntos. Humorísticamente, se ha llegado a hablar de un *ménage a trois*: el marido, la mujer y el Juez.

Todo esto temo que encubra ideología conservadora que en el fondo no quiere se introduzcan cambios en la estructura familiar que conoció en el período de la formación de su personalidad y quizá durante la mayor parte de su vida. Porque resulta difícil en el análisis de la realidad familiar, abstraerse de la circunstancia concreta del investigador, de sus prejuicios y de sus tabúes.

Esto no quiere decir que la solución de las controversias familiares deba encomendarse a la jurisdicción ordinaria que conocemos: honesta y competente, pero cargada de trabajo y tal vez poco conocedora de los rudimentos de las Ciencias de la Familia. La creación de una jurisdicción familiar especializada, a imitación de las creadas experimentalmente en Burdeos y Lila, en Francia, creo es una tarea apremiante del actual decenio en España. De la mano, por supuesto, de una reforma a fondo del Derecho de familia.

También sería necesario admitir el otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales después de contraído el matrimonio y la modificabilidad de las mismas en este período posnupcial, con lo que quedarían paliados no pocos de los traumas de la separación de los cónyuges y posibilitada la legalización de no pocas separaciones de hecho.

ESPÍN CÁNOVAS (151) no es de mi opinión al afirmar que «el matrimonio, como toda organización humana, necesita una dirección, que en el supuesto de divergencias en el interior del organismo ha de encontrar el medio idóneo para superarlas de forma armónica y eficiente. Partiendo de una diarquía matrimonial, la divergencia puede superarse o bien con un radicalismo diárquico, dando paso inmediato al recurso judicial dirimente, o bien con mayor moderación en el juego diárquico, estableciendo un primer grado decisorio con prevalencia marital y un segundo

(151) *Ob. cit.*, pág. 72.

grado en que definitivamente se confíe a la autoridad judicial la decisión dirimente». Y opta por esta última solución, en aras del bien familiar. En el fondo, acoge todos los argumentos que he expuesto de los juristas conservadores, temeroso de que se rompa la paz del hogar con la fórmula diárquica pura.

Cabe aducir a tales consideraciones, que desde que ESPÍN pronunció su discurso, Francia y Holanda se han unido a la numerosa teoría de países del Oeste—en los del Este no hay cuestión desde hace varios decenios—que han suprimido la jefatura familiar del varón y la misma noción de «jefe de familia» en sus textos legales. Italia ha aprobado, en primera lectura, el texto legislativo de 1 de diciembre de 1971 en que hace otro tanto. Creo que la fórmula de ESPÍN, todavía buena para los años sesenta, queda irremisiblemente anticuada en los años setenta de este siglo, al nivel de la que establecen Luxemburgo y Portugal y por bajo de la fórmula búlgara o albanesa, países de escaso desarrollo socio-económico. Se puede optar por la de ESPÍN, pero habrá que pagar por ella el precio del aislamiento jurídico de España respecto de los restantes países de Europa.

Sin embargo, este autor admite que el principio de equiparación moral de los cónyuges (152), si bien en aras de la unidad de dirección es compatible con la decisión primaria otorgada al marido en el sentido expuesto, no requiere forzosamente que la mayor parte de los actos patrimoniales que realice la mujer tengan que obtener el consentimiento marital a través de la institución de la licencia. La supresión de la licencia marital dotaría al tráfico jurídico de los cónyuges de mayor seguridad jurídica en defensa de los terceros de buena fe, evitando incluso posibles confabulaciones de los cónyuges que promuevan la anulación de contratos otorgados por la mujer casada sin licencia marital.

La fórmula de ESPÍN, sobre establecer una difícil conciliación entre principios inconciliables (jerarquía patriarcal del marido-igualdad de sexos en el matrimonio), resulta una solución de semiigualdad o igualdad condicional para la mujer que presenta pocas diferencias con el actual régimen de decisión incontrolada del marido.

Para que el sistema diárquico imperfecto propuesto por ESPÍN CÁNOVAS pudiera ser una alternativa sustancialmente distinta a la actual de primacía indiscriminada y absoluta del marido, debiera establecerse que la mujer pueda proponer al Juez una solución mejor que la tomada, con carácter ejecutivo, por el marido, sin necesidad de alegar mala fe o abuso del derecho por éste. Sólo los méritos intrínsecos de las posiciones discrepantes del marido y de la mujer inclinarían al juez a declarar

(152) Id., *id.*, pág. 75.

como definitiva la decisión del marido o, por el contrario, revocarla y consagrar la propuesta por la mujer.

Pero si ha de admitirse la posible crítica intrínseca de la decisión del marido, entrando en el tema de la oportunidad y conveniencia de la misma, ¿por qué no suprimir el trámite inútil de la provisional vigencia de dicha decisión y no acudir directamente al Juez en caso de disensión de los cónyuges?

Nótese que con la fórmula de ESPÍN, del marido «jefe de familia», es la mujer la que tiene que impugnar ante el Juez la decisión del marido, mientras que con la fórmula diárquica pura, el veto de la mujer al intento patriarcal del marido de imponer su decisión sin más, hace anti-jurídica la posición del marido que intenta ejecutar su decisión unilateral —antijuridicidad que puede ser incluso constitutiva del delito de coacciones— y obliga a aquél, como en el caso del artículo 1.413 del Código civil actual, a recurrir al Juez si quiere salir del *impasse* en que se halla.

La posición de la mujer como demandada es psicológicamente más conveniente, y quizá fuerce el arreglo más justo del asunto controvertido, lo que será imposible si la mujer sabe que tiene que seguir un proceso, aún sumario, para obtener la revocación de la decisión del marido.

Ello, sin perjuicio de que cupiera articular en la reforma una medidas provisionales, a imagen de las previstas en el Código civil para los procedimientos de separación o nulidad de matrimonio, para aquellos asuntos (educación de los hijos, traslado de domicilio, emigración), que no admitieran la demora ni siquiera del procedimiento sumario que se estableciera al efecto.

Una segunda fase menos urgente en el trabajo de la Sección especial de la Comisión la constituiría la reforma de los regímenes matrimoniales. Tal vez habrá que concederle un lapso de un lustro para desarrollarla, o quizá sea preciso «quemar etapas» y establecer un plazo menor.

No tiene sentido consagrar los artículos 1.336 a 1.380 para regular una institución como la dote, totalmente caída en desuso desde hace quizá un siglo. No creo que ningún jurista deba lamentar la supresión de un vestigio fósil de una familia extensa estamental que no existe desde hace siglos en nuestra patria. Las reformas legislativas del Derecho de familia prescinden de este régimen en desuso o lo prohíben para el futuro.

Ni siquiera la dote obligatoria debe salvarse de esta supresión, pues obedece a una concepción hogareña arcaica de la hija de familia, no muy diferente de la que preveía el extinto artículo 321 del Código civil. La mujer que ha entrado en competencia con el varón y cuya mayor riqueza es la posesión de un puesto de trabajo, no necesita reclamar a su padre

o madre la dote obligatoria que puede con creces conseguir con su «trabajo extrahogareño».

Sólo en aquellos casos en que la mujer viva en la casa de sus padres, trabajando para el pequeño negocio o explotación agrícola familiar, sin percibir salario, debiera arbitrarse—al margen del Derecho de familia y como aplicación del principio que veda el enriquecimiento sin causa—algo semejante al llamado «contrato de trabajo con salario diferido», que tiene vigencia legal en Francia desde hace decenios. Pero en tal caso, idéntica indemnización debe concederse al varón que trabaja: es el enriquecimiento sin causa, no la condición de hembra, lo que justificaría tal indemnización.

Si adoptamos el principio de la par condición del varón y de la mujer, el principio de igualdad de sexos como fundamental para regular las relaciones entre los cónyuges, es obvio que debe desaparecer la regulación de los bienes parafernales, pieza, además, del régimen dotal. No debe privilegiarse a la mujer con relación al marido, y privilegiado es el régimen de los parafernales en el actual Código.

Una regulación de bienes privativos adecuada, que garantizara la igualdad de los esposos y los derechos de los terceros, sería suficiente para sustituir el régimen de los bienes parafernales.

Ello me lleva a la necesidad de propugnar la instauración de un régimen patrimonial primario, aplicable a todos los regímenes con carácter coactivo e inderogable, por constituir la osatura misma de la economía de la familia que el legislador no quiere quede al arbitrio de la voluntad de los esposos (153). La reforma francesa de 1965 dedica un buen número de artículos a delinear este régimen patrimonial primario. Su estudio por la Sección me parece prioritario dentro de la necesaria reforma de los regímenes matrimoniales de bienes.

Se abre paso entre los autores de nuestra Patria la conveniencia de adoptar como régimen legal supletorio el de la separación de bienes con igualación en las ganancias.

Yo creo que es uno de los que deben articularse en la pretendida reforma, pero no que deba establecerse con carácter supletorio de primer grado, en defecto de convenciones matrimoniales.

(153) «La familia, incluso cuando se reduce a los dos esposos, no es sólo una unidad espiritual, sino también una realidad económica y jurídica que, en cierta medida, tiende a ser distinta de la personalidad de sus miembros, aun cuando no constituya una persona jurídica. Cualquiera que sea el régimen matrimonial, esta sociedad conyugal necesita un mínimo de cohesión jurídica y una organización de cargas y de poderes que permitan a los cónyuges subvenir a las necesidades del hogar. Esto es lo que había demostrado el redactor de la Ley en su célebre tesis (J. CARBONNIER, *Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, These Bordeaux, 1932) (PATARIN y MORIN, *La réforme des régimes matrimoniaux*, cit., tomo I, pág. 155).

Francia lo ha regulado como uno de los que pueden pactarse, pero no como el supletorio, en defecto de contrato matrimonial. Se le achaca el ser demasiado complicado, obligar a los esposos a iniciar la vida matrimonial estableciendo, como buenos contables, un inventario de base de sus respectivos patrimonios, a fin de poderse calcular, al tiempo de la disolución del matrimonio, las ganancias habidas en cada patrimonio; por otra parte, una encuesta notarial ha demostrado la inaplicación práctica del mismo, y que puede ser suplido con ventaja por la presunción de comunidad de las adquisiciones realizadas durante el matrimonio por los esposos (154).

Sin embargo, Alemania lo prefiere a cualquier comunidad legal restringida. «La cualidad principal del régimen de la *Zugewinnngemeinschaft* es la de ser un régimen simple que reduce al mínimo las complejidades de todo régimen matrimonial. Y esta simplicidad es un honor para los juristas alemanes, considerados con mucha frecuencia como espíritus teóricos» (155).

No cabe duda de que es perfectible tal sistema. Las críticas que pueden argüirse, aparte de lo dicho, son: la insuficiente protección que tal régimen dispensa a los terceros que contratan con los esposos y la insuficiente precisión de la fórmula legal cuando habla de «conjunto de patrimonio» como caso en que la disposición precisa el consentimiento de ambos esposos (156).

Probablemente, por ello, es preferible que la Sección se incline más a reformar drásticamente la sociedad legal de gananciales, en el sentido de democratizar su régimen de administración y disposición, que a establecer como supletorio el de separación de bienes con nivelación de ganancias (157).

(154) FERNÁNDEZ CABALEIRO, *El régimen económico matrimonial legal en Europa*, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España, 1969, página 149, nota.

(155) LABROUSSE RIOU, *ob. cit.*, pág. 231.

(156) Id., *id.*, págs. 231-232.

(157) DÍEZ PICAZO es favorable a la implantación de la separación con nivelación de ganancias en nuestro Derecho al afirmar: «La gran aporía del sistema de comunidad, tal como nosotros lo venimos concibiendo, estriba precisamente en haber puesto el énfasis en el momento de la titularidad gestión. El avance del papel de la mujer se traduce entonces en formas de cotitularidad y codisposición que no hacen sino agravar los problemas especialmente en los casos en que la avenencia no reina entre los casados. El artículo 1.413, plagado sin duda de buena intención, es una clara prueba de ello. Quizá por esto la fórmula de la «comunicación» o «participación distributiva merezca un serio y detenido estudio en orden a una futura reforma de nuestro Código civil. En el sistema hacia el que se apunta, cónyuge conserva la titularidad y el poder de gestión, no sólo de los bienes aportados, sino de los productos y de los rendimientos de su propio trabajo. La «comunicación» de ganancias es una operación contable que se realiza

Creo que la duración milenaria de la sociedad de gananciales en nuestro Derecho es considerada por la opinión pública como un dato de la naturaleza muy difícil de desarraigar de cuajo.

La opinión de ARANGUREN, fino conocedor de la realidad social del mundo occidental, aun a sabiendas de que no es un jurista ni un sociólogo del Derecho, es un argumento en pro de la solución de la reforma del régimen de gananciales (158).

Pero es que en la práctica en poco difieren el régimen de gananciales democratizado y el de separación con nivelación de ganancias.

Parece justo que el régimen de administración y disposición de bienes y levantamiento de las cargas de la sociedad legal de gananciales sea el pactado por los cónyuges, a salvo siempre aquí y en todo régimen, el régimen primario que se juzgue fundamental para el buen funcionamiento del hogar y la protección de los intereses de los terceros. En su defecto, administración y disposición se confiarán solidariamente a ambos esposos, aunque deberá especificarse aquellos actos que precisarán la voluntad conjunta de los mismos (enajenación de los inmuebles, establecimientos mercantiles, o el conjunto o la mayor parte de los bienes comunes).

La Sección no dejará de establecer las cautelas adecuadas para evitar lo que parece ser el doble escollo que presenta la democratización de la sociedad legal de gananciales: anarquía (si cada esposo «hace lo que le da la gana» en el patrimonio común) o parálisis (si se exige, acto por acto, la intervención de ambos esposos para cualquier negocio de admi-

al disolverse la sociedad» (prólogo a *El régimen económico matrimonial legal...*, de FERNÁNDEZ CABALEIRO, pág. XIII).

ESPÍN CÁNOVAS (*ob. cit.*, págs. 77 y 78) parece hacerse eco de la tendencia del Derecho Comparado hacia la administración separada, dentro del régimen de comunidad.

LACRUZ BERDEJO (*Derecho de Familia*, cit., pág. 617) es también favorable a este régimen al afirmar: «En su conjunto, el régimen llamado de participación en las ganancias o también, más impropriamente, de comunidad *post mortem*, presenta ventajas muy notables (al lado de ciertos inconvenientes): hay quien cree que debiera ser adoptado por el legislador español, acaso en combinación con la supresión de las limitaciones de la capacidad de la mujer casada, y es muy probable que tenga razón, al menos a juzgar por la popularidad que ha adquirido este régimen en poco tiempo en la legislación y en la doctrina extranjera.»

(158) «Entrando ya de lleno en lo jurídico, el régimen de gananciales, que de no pactarse expresamente otra cosa es el que se da por supuesto según la ley española, es superior y no demanda, necesariamente, una interpretación paternalista: la sociedad conyugal es—debe ser—una distribución por partes iguales del trabajo y las ganancias. Los Estados que en Norteamérica conservan este régimen de gananciales o *community property* son los que lo han retenido desde su pertenencia a España y luego a México. El problema del modelo más satisfactorio de contrato conyugal es muy discutido. Asimismo el de una auténtica igualdad de derechos de las mujeres respecto de los hombres. El sexismo lo impregna todo...» (*Erotismo y liberación de la mujer*, cit., pág. 132).

nistración o disposición). Aparte del régimen legal primario, que establecerá una adecuada dotación de facultades a ambos cónyuges, ya sea para actuar separadamente (adquirir bienes duraderos de cierto valor a plazos, evitando el endeudamiento familiar; enajenar el hogar familiar, sea cualquiera el cónyuge que lo adquiera), los principios de la gestión de negocios sin mandato, del enriquecimiento injusto, de la ratificación *a posteriori* de lo hecho por el cónyuge sin previo consentimiento del otro, de la representación aparente, evitarán el perjuicio del tercero que contrató con uno sólo de ellos, cuando se exija la intervención del otro. Por el contrario, debe mantenerse y extenderse a ambos cónyuges la posibilidad del actual párrafo 3.º del artículo 1.413, de que cualquier cónyuge pueda oponerse a los actos del otro que entrañen grave peligro para el patrimonio ganancial, aun cuando en principio pueda realizarlos por sí solo (marido que se opone a que la mujer siga administrando los bienes gananciales por su conducta ligera e irresponsable). La extensión de dicha facultad al marido, parece perfectamente coherente con la paridad de los cónyuges en la administración del patrimonio ganancial.

La regulación de la pura separación de bienes como otro régimen pactable, sería una necesidad imperiosa de la reforma. Y, por supuesto, la novación del régimen de bienes dimanante de las situaciones patológicas del matrimonio, hoy contemplada en el capítulo VI del título destinado al contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio del Código, debe ser armonizada con las nuevas necesidades de la sociedad en cambio. Los convenios de separación amistosa de bienes y personas debieran ser lícitos, regulando los límites estrictos dentro de los que podrían desenvolverse, y siendo sometidos a la homologación del Tribunal Familiar.

Sería preciso regular un Registro de contratos matrimoniales e incapacidades—mejor, limitaciones a la legitimación de uno de los cónyuges o ambos, para realizar actos eficaces respecto de determinados bienes del consorcio—. La no constancia de los pactos nupciales, de sus modificaciones o de dichas limitaciones a la libre disponibilidad de sus bienes en tal Registro, no perjudicaría a terceros que de buena fe contrataran con cualquiera de los cónyuges. Por supuesto que el Registro sería centralizado y se formaría con los partes que todos los funcionarios competentes que—Notarios o Jueces—formalizaran capítulos nupciales o dictaran resoluciones que limitaran la disponibilidad de los cónyuges respecto de los bienes del consorcio, deberían remitir a dicho Registro Central.

El trabajo de la Sección en el tema que me ocupa, es abrumador: eliminar a lo sumo en un quinquenio casi un siglo entero de incuria legislativa, de incumplimiento sistemático de las disposiciones adicionales del Código civil.

Si la reforma del Derecho de familia dependiera sólo de la altura de miras y de la competencia de sus miembros, cabría esperar lo mejor: la articulación de anteproyectos de leyes reformadoras de las diversas instituciones familiares, que pronto pasarían a ser conocidas por las Cortes.

Temo, no obstante, que su esfuerzo pueda embotarse y convertirse en el parto de los montes, ante lo que parece ser un funesto hado que secularmente persigue los esfuerzos reformistas en el seno de la sociedad española. Sin embargo, antes de entrar en la parte final del presente trabajo, quiero dar cuenta de los preceptos de la novísima Ley 1/1973, de 1 de marzo, en la medida que afectan al tema de la capacidad de la mujer casada navarra.

CAPÍTULO XXII

LA COMPILACION DE DERECHO CIVIL FORAL DE NAVARRA Y LA CAPACIDAD JURIDICA DE LA MUJER CASADA

La Ley 1/1973, de 1 de marzo, aprueba la Compilación del Derecho civil foral de Navarra. Culmina con ello—dice la Exposición de Motivos de la ley—un largo proceso elaborador del Derecho navarro, que presentó siempre peculiaridades por razón de la llamada Ley paccionada de 16 de agosto de 1841, que exigía el procedimiento del convenio entre el poder central y los órganos representativos de la región navarra (Diputación Foral) para introducir cualquier innovación en la legislación peculiar de la provincia (159).

Interesa, por lo que diré, resaltar ciertas leyes del título preliminar—clara réplica del del Código civil—, junto a las que hacen referencia a la materia objeto de mi estudio.

La Ley 1 contiene una referencia a la tradición jurídica navarra, al

(159) No parece que sea éste el sentido primigenio de la llamada ley paccionada, ni es fácil conciliar tal interpretación ni con la Constitución política entonces vigente, ni con las posteriores, ni con la Ley Orgánica del Estado. Aun con la supervivencia de los fueros, el régimen jurídico de Navarra es alterado por desaparecer en él la autonomía legislativa al dejar de actuar las Cortes propias y, por tanto, el procedimiento más eficaz de renovación. La Ley de 16 de agosto de 1841, que aunque calificada de «paccionada» es dada unilateralmente por BALDOMERO ESPARTERO, vuelve a reconocer la legislación especial, pero, de acuerdo con el programa constitucional, prevé la formación de Códigos generales para regir en toda la monarquía y dentro de ella, Navarra.

Salvo una autonomía mucho mayor en lo administrativo, el Reino de Navarra aproxima su situación jurídica a la de Aragón, Cataluña y demás territorios denominados «forales» (LALINDE ABADÍA, *Iniciación histórica al Derecho español*, Ediciones Ariel, 1970, pág. 246).

afirmar que «esta Compilación del Derecho privado foral o Fuero Nuevo de Navarra, recoge el vigente Derecho civil del antiguo Reino, conforme a la tradición y a la observancia práctica de sus costumbres, fueros y leyes».

La Ley 2 dispone que en Navarra, la prelación de fuentes de Derecho es la siguiente: Uno. La costumbre. Dos. Las leyes de la presente Compilación. Tres. Los principios generales del Derecho. Cuatro. El Derecho supletorio. La Ley 3, importante para mi análisis, dispone que «la costumbre que no se oponga a la moral o al orden público, aunque sea contra ley, prevalece sobre el Derecho escrito. La costumbre local tiene preferencia respecto a la general. La costumbre que no sea notoria deberá ser alegada y probada ante los Tribunales».

También deben ser tenidas en cuenta las Leyes 4 (principios generales de Derecho navarro), 6 (papel del Código civil y leyes generales de España como Derecho supletorio de la Compilación), 7 (prevalencia de la voluntad sobre cualquier fuente de Derecho), 8 (alcance de la libertad civil).

El Libro Primero de la Compilación lleva la rúbrica de las personas y de la familia. El título IV se destina a la capacidad de los cónyuges. La Ley 53 establece un principio general de que el marido es el representante y administrador de la sociedad conyugal en los términos establecidos en la Compilación. La mujer puede, por sí sola, disponer y obligar los bienes de la sociedad conyugal para atender las necesidades ordinarias de la familia encomendados a su cuidado, conforme al uso del lugar y las circunstancias y posición de la familia. La 54, párrafo 2.º, afirma que la mujer conserva la representación y administración de sus bienes propios que no tengan la consideración de dote o arras, salvo que haya delegado la administración en el marido, delegación que es siempre revocable, salvo que haya sido pactada en capitulaciones matrimoniales. La 53 permite disponer a la mujer de sus bienes privativos con licencia del marido. La 57 establece un elenco de actos que puede realizar la mujer casada sin licencia marital, entre ellos, aceptar atribuciones a título gratuito, pero sin que las cargas de los mismos afecten a los bienes de la sociedad conyugal.

Dicha ley afirma, en su párrafo 2.º, que en todo caso, la mujer, sin licencia de su marido, puede realizar los actos para los que esté facultada por el régimen de bienes que se haya establecido. La licencia, según la Ley 58, puede ser suplida por habilitación judicial en todos los actos para los que se precise aquélla.

La 78 admite el otorgamiento de capitulaciones antes o después de la celebración de las nupcias. La 80, que las capitulaciones podrán es-

tablecer libremente cualquier régimen de bienes de la familia. La 81, que pueden ser modificadas en cualquier tiempo.

La 82, enclavada en el título IX (Del régimen de bienes del matrimonio), y su capítulo I afirma ser régimen legal supletorio el de conquistas. En dicho régimen, y salvo pacto en contrario, la administración de los bienes de conquista corresponde al marido (Ley 86). La 87, que la disposición a título oneroso por actos *inter vivos* corresponde al marido, pero éste no puede enajenar ni gravar los bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales y sus elementos esenciales, sin consentimiento de la mujer, pero pudiendo ser suplido tal consentimiento por el Juez; la disposición a título gratuito corresponde a ambos cónyuges conjuntamente, salvo donaciones moderadas para piedad o beneficencia.

El capítulo II de dicho título se destina a la sociedad familiar de conquistas. El III a la comunidad universal de bienes. Y el IV a la separación de bienes. La Ley 103 admite que los cónyuges pueden pactar el régimen de separación de bienes en capitulaciones otorgadas antes o después del matrimonio. Este régimen reconoce a cada cónyuge la propiedad, disfrute, administración y disposición por sí solo de sus bienes propios, y le atribuye la responsabilidad exclusiva de las obligaciones por él contraídas. Las cargas del matrimonio se levantarán por ambos cónyuges en función a lo pactado, y en defecto, en proporción a los bienes de uno y otro.

La pureza de líneas de este régimen queda gravemente menoscabado por la presunción de copropiedad de marido y mujer sobre aquellos bienes muebles cuya pertenencia privativa no conste.

La crítica del régimen navarro de la capacidad de la mujer casada se presta a consideraciones que conviene clasificar y estudiar separadamente:

1) ¿Se aplica en Navarra el título IV del libro I del Código? Parece que el mandato del Código—(art. 12, 1)—es imperativo y debe tener vigencia, por tanto, dicho título en Navarra. Pero no cabe duda que muchos de sus preceptos (arts. 59 a 65, sigularmente) quedan sustituidos por los de la Compilación, que establecen un sistema de capacidad patrimonial de la mujer casada diverso al del Código, como expuse al analizar el resto de las Compilaciones de Derecho civil especial.

2) Puesto y significación de los artículos 56 a 58 del Código civil en el ordenamiento foral navarro: No creo que tales preceptos deban considerarse supletorios del ordenamiento foral navarro, que ciertamente no regula la materia a que los mismos se refieren. El carácter supletorio implicaría que sólo se aplicarían en defecto de ley, costumbre, principios generales del ordenamiento foral navarro y aplicación analógica de otros

preceptos (Leyes 2 a 6), sin poder aplicarse a supuestos distintos de los expresamente previstos.

Deben considerarse como preceptos directamente aplicables a Navarra en virtud del mandato directo del Código civil.

Ahora bien, en cuanto los artículos 57 y 58, consagran la potestad marital, deben ser interpretados conforme a la Exposición de Motivos de la Ley de 24 de abril de 1958, y consiguientemente, como una regla jurídica, y no como un principio general de Derecho, por las razones que expuse. Ello, máxime cuanto que la Ley 17 de la Compilación reconoce que los derechos pueden ejercitarse libremente sin más limitaciones que las exigidas por su naturaleza, *la buena fe, las rectas costumbres* y el uso inocuo de otras personas... Creo que esta delimitación del ejercicio de los derechos es preferentemente aplicable a la institución general de la potestad marital, implantada por el Código civil en Navarra, en sustitución de la Ley del Matrimonio Civil de 1870, de vigencia general en toda España.

Pensar que la potestad marital aún procedente del Derecho común, puede sustraerse al funcionamiento de los principios generales del Derecho navarro, entre los que figura el de la libertad civil (Ley 8) y el que establece la Ley 7 (*paramiento fuero vienze*), resulta ilusorio. Por tanto, en la práctica, la potestad marital en Derecho navarro debe considerarse esencialmente limitada por el juego de los principios generales del Derecho navarro y los del Derecho civil común, última clave de la bóveda del edificio institucional español.

Ello nos lleva al tema crucial: 3) ¿Puede ser derogada la potestad marital en Navarra?

Por dos vías puede tener lugar la inaplicación de la potestad marital en su aspecto personal en Navarra: en virtud de derogación singular e individualizada, por pacto entre los esposos y por costumbre contra *legem*.

a) ¿Cabe pactar en contra de la potestad marital y establecer convencionalmente en Navarra el régimen de diarquía pura en el manejo de los asuntos del hogar, fijación de residencia, supresión de todo control de la mujer casada por el marido, etc.?

Prescindiendo de momento de la admisibilidad o no del pacto, estudiaré aquí lo relativo a su forma. ¿Es preceptiva la forma que para las capitulaciones matrimoniales establece la Ley 79 (escritura pública)?

Por supuesto, nada se opone a que tales pactos consten en capitulaciones matrimoniales: es más, es lógico que cuando se pacte separación de bienes, se establezca una lógica regulación cautelosa de las relaciones personales dimanantes de la unión (mujer profesional que debe despla-

zarse con frecuencia del domicilio conyugal e incluso tener una residencia separada del marido para fines profesionales).

Sin embargo, las capitulaciones matrimoniales tienen por objeto primordial regular cualquier régimen de bienes de la familia (Ley 80): tienen un típico alcance patrimonial.

Exigir que tales pactos acerca de la potestad marital consten en capitulaciones matrimoniales con el rigor formal que las caracteriza (Ley 79), parece excesivo y contrario a la libertad de forma de las declaraciones de voluntad (Ley 18).

¿Son válidos tales pactos?

En Derecho común es evidente el carácter de orden público de la potestad marital, por muy irracional y arcaico que pueda parecer el contenido concreto de la misma a la luz del cambio social de nuestros días. La autonomía de la voluntad choca contra el obstáculo del principio de orden público (arts. 4 y 1.255 C. c.). Aunque cabría distinguir tal vez la derogación pura y simple de la potestad marital en el aspecto personal y consiguiente establecimiento de una regulación diárquica de los asuntos conyugales y familiares, y el establecimiento de ciertas modalidades del ejercicio de la potestad marital, que no serían sino concreciones del principio general de Derecho que limita el ejercicio de todos los derechos subjetivos.

Tales principios, como antes indiqué, no han sido creados, sino meramente reconocidos por la Ley de 22 de julio de 1961, que ha querido aplicar a un caso particular (negativa injusta del marido a otorgar la licencia para el ejercicio de una profesión o la prestación de un servicio laboral por la mujer) la prohibición general, ínsita en todos los derechos subjetivos de ejercitar un derecho con mala fe o con abuso de derecho.

Que los cónyuges navarros puedan pactar contra la potestad marital choca, aparentemente, con el orden público y la moral: no veo cómo pueda entenderse el pacto en perjuicio de tercero ni mucho menos contrario a un precepto de la Compilación que lo sancione con la nulidad.

Pero aplicar la clara teoría de los artículos 4.º y 1.255 al pacto de referencia, choca con el criterio liberal de las Leyes 7 y 8 de la Compilación.

Cierto que la primera de tales leyes establece como limitación a la libertad de pactar todo lo divino y humano, el orden público. Pero sigo opinando que si la misma puede tener algún sentido en materia de Derecho de familia, debe lógicamente ensanchar el ámbito de la autonomía de la voluntad, clave de un principio no reconocido en el Código, pero que se intuye en la Compilación: el de la autarquía de la familia navarra, que puede regular por sí misma seus propios asuntos, con arreglo al principio de la unidad de la casa y de sus explotaciones agrícolas

(Ley 75), establecer cualquier régimen de bienes (Ley 80), pactar capitulaciones matrimoniales en cualquier tiempo (Ley 78) y modificarlas (Ley 81), constituir sociedad familiar de conquistas (Ley 92), crear comunidades familiares de bienes (Ley 128), acoger en casa a alguna persona a cambio de trabajar en la casa (Ley 131), resolver las cuestiones familiares por la intervención de los parientes mayores (Ley 137), instituir heredero por medio de donación universal de bienes (Ley 150), delegar en fiduciarios comisarios o en herederos de confianza la facultad de disponer u ordenar la herencia u otorgar poder *post mortem* (Ley 151), establecer, modificar, extinguir o renunciar derechos de sucesión *mortis causa* por medio de pacto (Ley 172)... Nos hallamos en un mundo jurídico ajeno por completo al del Código civil, donde cabe perfectamente estructurar por pacto en el ámbito patrimonial y en parte en el personal, una familia extensa o patriarcal. Resulta absurdo que en lo patrimonial podamos regirnos por formas comunitarias casi colectivistas, características de la familia extensa y en lo personal, necesariamente debamos adoptar el modelo de familia individualista patriarcal que establece el Código civil, y que no constituye, como creo haber demostrado hasta la saciedad, un modelo sociológico para la familia del presente.

La libertad civil, si tiene sentido proclamarla en una ley dictada en un proceso de cambio familiar que agita a Navarra, parte minúscula de Occidente, debe comportar restringir al máximo la noción de orden público en aras de la libertad de pacto.

Si la libertad civil navarra quiere decir algo distinto de la consagración del principio general de la autonomía de la voluntad en el Código civil, se deben minimizar los límites que la atenazan. De otro modo, hubiera sido ocioso formularla (160).

Creo que el legislador ha dado cauce con dicha ley, por motivos fácilmente comprensibles, a las aspiraciones de una región en el sentido que—con evidente exageración—apuntaba GANIVET en el *Idearium Español*: a condensar todos los fueros y todas las leyes en un breve fuero

(160) VALLET DE GOYTISOLO recuerda que «para que sean preservadas estas características de intensidad, de profundidad—que la hace interdependiente de las generaciones pretéritas y de las futuras—y de extensión—que hace recíprocamente complementarias las familias—se requiere que sea mantenida la independencia de la familia respecto de los entes políticos mayores y en especial del Estado. A esta necesidad responde la denominada libertad civil o reconocimiento por parte del Estado de la soberanía que es inherente al individuo y a la familia en el círculo de sus relaciones privadas». Y cita a JOAQUÍN COSTA: «donde el Estado—afirmaba éste—impone a las familias una forma determinada de constitución, de régimen autónomo de sucesión testada e intestada, las familias carecen de autoridad y de iniciativa, obran movidas por ajeno impulso, no son seres vivos» (*Algo sobre temas de hoy*, Speiro, S. A., Madrid, 1973, pág. 233).

que dijera, «este español está autorizado para hacer lo que le dé la gana».

DÍEZ PICAZO (161) entiende por orden público «la íntima y radical conexión de los principios informadores de una determinada institución jurídica con los principios fundamentales de organización de la comunidad. El orden público tiene en el Derecho de familia una gran relevancia por ser la familia institución fundamental de la sociedad y ser principios esenciales de nuestra organización jurídica reconocidos como tales en nuestras leyes constitucionales los de unidad e indisolubilidad del matrimonio, autoridad y jerarquía familiar, función tuitiva del padre de familia, etc. El orden público limita la autonomía privada». Y entiende que son características sustanciales del negocio jurídico familiar «la existencia de subordinación y de autoridad dentro de las relaciones familiares (potestad marital, paterna, tutelar). Esta distinta posición de los sujetos dentro de la relación impide que pueda existir, por lo general entre ellos, pacto acuerdo o estipulación».

Creo que la argumentación de DÍEZ PICAZO—siempre tan perspicaz—debe matizarse adecuadamente, y él mismo así lo hace. En primer término, en ninguna parte de nuestras leyes constitucionales veo consagradas las potestades familiares.

En ellas se hace una referencia a la familia como célula primaria y fundamento de la sociedad, y se declara al matrimonio uno e indisoluble. Pero la familia puede estar articulada con arreglo al principio jerárquico de la supremacía del varón o diárquico del común consenso del marido y la mujer.

Por otra parte, el artículo 3.º del Fuero de los Españoles reconoce la igualdad de todos los españoles ante la ley, con lo que implícitamente equipara a ambos sexos ante la misma.

Los miembros de la familia pueden pactar entre sí con carácter de generalidad: los pactos entre los miembros de la familia no sólo son lícitos, sino que el Derecho civil establece determinadas cautelas para evitar el abuso de la posición de uno de ellos sobre los otros.

La noción de orden público en el Derecho común no puede sin más trasplantarse a un ordenamiento como el navarro, que quiere mantener el hecho diferencial del «entramado de una honda y arraigada estructura social, que lo mismo es reflejada por JOAQUÍN COSTA o por los autores catalanes, que mostrada en las legislaciones de estas regiones, de Vizcaya y de Navarra» (162).

No niego son de orden público las recíprocas obligaciones de los

(161) «El negocio jurídico de Derecho de Familia», publicación de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1952, págs. 11 y 12.

(162) Algo sobre temas de hoy, cit., *La libertad civil en el Derecho*, pág. 99.

cónyuges previstas en el artículo 56, que no hacen sino transcribir en mandatos legales algunos de los fines esenciales del matrimonio, sustraídos en todo el mundo civilizado, en tanto dura el matrimonio, a la voluntad de las partes. Pero no parece que tengan igual trascendencia, ni igual fundamento los artículos 57 y 58 que consagran la potestad marital.

Anteriormente puse de relieve la debilidad de las razones que el legislador de 24 de abril de 1958 aducía en apoyo de tal potestad. Claro es que la equivocación filosófica de tales pretendidas razones no equivale a la derogación tácita, sin más, de los preceptos que la consagran.

Pues bien, los preceptos que consagran tal potestad llegan al Derecho navarro siguiendo una vía que a pocos civilistas de esta región puede gustar: como réplicas casi exactas de los de la Ley del Matrimonio Civil de 1870, que quisieron tener alcance general en España y que introdujeron variaciones en la concepción tradicional de la familia navarra que desconocía tales nociones, dimanantes directamente del *Code* civil francés.

Si en la tradición foral navarra no encontramos nada que ni de cerca ni de lejos equivalga a los principios contenidos en los artículos 57 y 58 del Código, de inspiración extranjera, es evidente que en el seno de aquella tradición sí encontramos el de libertad civil, consagrado en la Ley 8.^a Conforme a ésta, debe ser lícito repristinar la tradicional libertad de la mujer casada navarra y suprimir los discriminaciones contenidas en los tan repetidos preceptos del Código civil.

No olvidemos que para interpretar las disposiciones de la Compilación debe traerse a colación la tradición jurídica navarra, que tiene rango preferente para la interpretación e integración de las leyes de la Compilación (Ley 1.^a). Y aunque los discutidos preceptos del Código es evidente que no forman parte de la Compilación, tampoco pueden desconocer la abrumadora tradición de la libertad civil y la posición personal de la mujer navarra en la legislación anterior a 1870. Pactar contra la potestad marital en Navarra es tanto como volver a los tiempos anteriores a la uniformidad legislativa del siglo XIX, meta de muchos nostálgicos de la región. Curiosamente, la familia igualitaria así dibujada sería a la vez tradicional y plenamente moderna, y la libertad civil permitiría delinear una familia extensa—esto último en el ámbito patrimonial—o una familia conyugal nuclear, igualitaria y democrática, a voluntad de los contrayentes (163).

(163) Ello aunque VALLET DE GOYTISOLO parece ser más bien partidario de la familia extensa, enraizada en el suelo, vínculo de unión de las generaciones pasadas y de las presentes, y recuerda la opinión de GIL MORENO DE MORA: «El reducir la familia al solo núcleo de padres e hijos inicia la descomposición social, pues una familia aislada se encuentra pronto falta de complementariedad imprescindible en la vida de hoy. Tiene que recurrir a reclamarla de un ente superior. Por desgracia, el único ente capaz de proporcionarle hoy un *mínimum* de comple-

Lo esencial es mantener las obligaciones que para los cónyuges establece el artículo 56: fuera de ello, debe admitirse la posibilidad de pacto en contrario.

b) ¿Cabe la costumbre contra *legem* derogatoria de la potestad marital? La Ley 3 reconoce la licitud de la costumbre contra *legem*, contra la conocida doctrina del artículo 5.º del Código civil. La posibilidad de que caiga en desuso en Navarra la potestad marital o abiertamente los cónyuges—sobre todo los de las generaciones jóvenes—vivan en contradicción absoluta con la obligación que establece el artículo 57 del Código civil, no sólo no puede desconocerse, sino que es muy posible que se plantee en muy pocos años. No parece que la Sociología de la familia descubra peculiares pautas de arcaísmo familiar en dicha región y sí de modernización similares a los de las restantes regiones españolas. El vivo proceso de desarrollo socioeconómico en que se halla inmersa la región no puede sufrir a la larga un retraso en las pautas de conducta familiares.

Como en el caso anterior, estudiaré primero las formas de dicha posible costumbre contraria a lo preceptuado por el Código civil, para luego examinar la posibilidad de aplicación de la misma.

El primer problema que en tema de Sociología jurídica cabría plantear es la extremada variación de situaciones a que pueda dar lugar la aplicación de los repetidos preceptos del Código civil. De tales situaciones de-

mentariedad es el Estado. Y así, la familia aislada no tiene más remedio que entregarse en manos del Estado desde el momento que deja de estar conectada en la familia de familias.»

Por supuesto que tal familia extensa existe en la sociedad española actual. Me abstengo de valorar su influjo, deseable o indeseable, en la estructura y funciones de la sociedad española. Me remito al estudio de CARLOS MOYA VALGAÑÓN, «Las élites económicas y el desarrollo español», contenido en el libro colectivo *La España de los años 70*, antes citado, págs. 541-542: «Los intercambios matrimoniales, estrechando en términos estamentales las relaciones de clases, son uno de los mecanismos básicos para la formación y reproducción de la Aristocracia Financiera. La familia extensa—como «familia numerosa» en hijos y como extensa red parental de corte tradicional—es el supuesto social básico para esa dinámica de concentración de poder financiero industrial, cuyas redes de consejeros comunes, emparentados y amigos, cumplen a la vez una típica función estamental de mantenimiento de las familias en su aristocrático *status*—estratégicamente abierto para las grandes carreras individuales—. La familia extensa siempre surge espontáneamente, incluso en el sistema capitalista, cuando se trata de vincular recíprocamente familia y propiedad (KONIG).

En la sociedad española la familia extensa no ha vuelto a aparecer a partir de cierto nivel de acumulación económica, como un mecanismo social que asegure la formación y perpetuación de cierto patriciado capitalista. Más bien el desarrollo capitalista español se ha apoyado desde sus inicios en tales familias extensas, cuya estrategia social aristocratizante sería decisiva para la reestructuración postestamental de la tradicional clase dominante...» «Familia extensa y endogamia postestamental son pautas claves en la estrategia social de la Aristocracia Financiera española.»

biera tenerse conocimiento, para hablar con propiedad, por medio de encuestas que muestrearan la región navarra de un modo representativo. ¿Cómo se vive en los hogares navarros: de un modo patriarcal autoritario o de forma democrática?

A mayor nivel de ingresos, de educación y, en general, de *status* socioeconómico, el Informe Foessa afirma que aumenta el grado de decisiones tomadas en común por ambos cónyuges. Ello, de ser aplicable a Navarra —y no veo yo por qué no tenga que serlo—, llevaría a una pauta clasista lamentable, pero existente. *Grosso modo* podría enunciarse así: las familias modernas, de elevado *status* socioeconómico y jóvenes, se rigen democráticamente y derogan en la práctica el deber de la obediencia de la esposa hacia el esposo. Las familias de clase media quizá mantienen una postura ambigua: en la práctica funcionan como las de clase alta, pero mantienen el principio de jerarquía residual del varón sobre la mujer. Sólo las de inferior *status*, quizá los emigrantes recién acomodados en Navarra, y las campesinas o de mayor edad, mantienen obstinadamente la pauta tradicional de la jerarquía del varón en el matrimonio. Es evidente que estadísticamente hablando, la abrumadora mayoría de las familias de la región pertenecen a este último *status*.

Como es natural, un Derecho que quiera fundarse en los principios modernos igualitarios, no puede compartimentar el estatuto personal de los ciudadanos en función de su pertenencia a una clase socioeconómica: ello sería volver al Derecho de la sociedad estamental, que quedó arrumbada definitivamente por la Constitución gaditana de 1812.

Creo, por tanto, que sólo la praxis de la región navarra permitirá el establecimiento de una costumbre que sea general o local y que derogue los preceptos del Código que consagran la potestad marital. Esta praxis tenderá a establecer tal costumbre igualitaria, democrática, consagrada de la diarquía como forma de funcionamiento del matrimonio y la familia. El desarrollo económico, la extensión de la educación a todos los navarros, varones y hembras, el trabajo de la mujer y su sustancial aportación económica al levantamiento de las cargas de la familia, militan en pro de la extensión de las costumbres democráticas de las familias de la clase alta y media a las familias proletarias.

Es previsible también que las costumbres contra *legem* se instaure primero en las grandes ciudades y villas de tipo medio de la región, extendiéndose muy al final de su evolución a las familias campesinas enclavadas en perdidas aldeas pirenaicas.

La posibilidad práctica de tal costumbre creo que queda suficientemente estudiada con estas notas. Ahora bien: ¿sería contraria a la moral o al orden público?

No veo por ninguna parte que la pauta diárquica de la conducta de los cónyuges en el matrimonio sea contraria la moral.

Si por moral entendemos la ley natural participada por medio de la conciencia al hombre, es evidente que no es inmoral que el matrimonio se rijan por el principio diárquico y no por la autoridad marital. Antes examiné la noción de «naturaleza» en la exposición de la Ley de 24 de abril de 1958, y a este examen me remito.

Si entendemos por moral, la cristiana, creo que asimismo las consideraciones que antes hice acerca de la noción «religión» en la misma ley pueden reproducirse aquí (164).

Queda una tercera vía posible de noción de moral: lo que el Código civil llama «buenas costumbres», el uso social recto que repugna aberraciones o actos que lo ofendan. Pero dicha noción es esencialmente negativa: no pretende imponer normas positivas, sino sólo se rebela contra los atentados a un estado de conciencia determinado. Y tal uso social es esencialmente evolutivo, sometido a la pauta del cambio social: lo que es contrario a las buenas costumbres de la civilización A, no lo es a las de la B, y lo que es honesto ahora es deshonesto luego y viceversa.

No creo que sea contrario a las buenas costumbres que el matrimonio navarro funcione sin potestad marital, por el mutuo consenso de los cónyuges. La costumbre que tal cosa introdujere no podía, en modo alguno, considerarse atentatoria a la conciencia regional, ni a los principios generales del Derecho navarro, entre los que no se encuentra la potestad marital como antes afirmé.

Tampoco la noción de «orden público» debe detenerme en el análisis de la posible costumbre contra los artículos 57 y 58. A los argumentos que antes aduje respecto del posible pacto en contrario, habría que añadir uno lógico: si admitimos que el uso individual de la familia navarra

(164) ARANGUREN, en su *Ética* (Revista de Occidente, S. A., Madrid, 1972, páginas 436-437), reconoce la existencia en el ámbito de la cultura occidental de dos morales diferentes: una protestante—secularizada—y otra católica latina. La segunda continúa teniendo una raíz religiosa, y por eso tienen dentro de ella un valor central la virginidad, la indisolubilidad conyugal y la procreación. Por el contrario, la moral protestante secularizada considera todas las relaciones humanas desde el punto de vista de una ética de la lealtad y de la palabra dada, y desde el punto de vista de la justicia.

En su novísimo libro *Moralidades de hoy y de mañana* (Taurus Ediciones, Sociedad Anónima, Madrid, 1973, págs. 164-165) destaca «el hecho empírico de la pluralidad irreductible de códigos morales en los distintos grupos socioculturales. En la sociedad contemporánea es característico el pluralismo simultáneo de códigos dentro de la misma sociedad global...» «La sociedad global no puede trascender su horizonte cultural, pero una minoría inconformista, discrepante, crítica, sí, y su esfuerzo tenderá a la ruptura del monolitismo de la "sociedad cerrada" en que vive y a producir en ella, como meta, el cambio social y por de pronto la pluralidad, el pluralismo.»

derogue, por medio del correspondiente convenio, la potestad marital, con mayor razón habremos de admitir la costumbre general o local.

Pero es que conviene traer aquí a colación un argumento derivado de la Exposición de Motivos de la ley que promulga la Compilación. «Hay que tener en cuenta, por lo demás, que las mismas leyes de esta Compilación, *como todas las leyes vigentes en Navarra*, tienen normalmente carácter dispositivo (Ley 8), ya que el primer principio y fundamento de todo el Derecho Navarro es la primacía de la voluntad privada, como se expresa en la antigua regla «paramiento fuero vienze» (Ley 7). El orden público debe limitarse al mínimo indispensable para el recto funcionamiento de la institución familiar: obviamente, el precepto del artículo 56 del Código.

Otra cuestión aparte es la prueba de la costumbre que pueda introducirse, en el sentido antes expresado, y que regularmente deberá ser alegada y probada ante los Tribunales (Ley 3, *in fine*), porque tardará en ser notoria a los mismos ante los que se discuta su procedencia.

4) Capacidad patrimonial de la mujer casada navarra: El título IV del libro I ha querido establecer una normación paralela a la del Código en los artículos 59 a 66. Por ello éste, sólo como Derecho supletorio, en defecto de tradición jurídica navarra autóctona, tendrá aplicación, pues toda la materia está, en primer término, regulada por la Compilación.

La Ley 53, al establecer que el marido es el representante y administrador de la sociedad conyugal, parece en principio adoptar la postura del Código en sus artículos 59 y 1.412 en su primer inciso.

Pero es más claro que dichos preceptos generales al remitirse inmediatamente a la regulación de la Compilación vienen a quedar reducidos a una remisión a los diversos regímenes conyugales, que pueden aumentar o disminuir la capacidad—o mejor dicho la legitimación—de la mujer casada y del varón casado, por supuesto.

Será, pues, éste administrador y representante de la sociedad conyugal cuando no se hubiere pactado régimen alguno, en cuyo caso rige el de la sociedad conyugal de conquistas (Ley 82), o cuando tuviere vigencia la comunidad universal de bienes y no se hubiere pactado otra cosa (Ley 101). En todos estos casos, y salvo pacto en contrario, la administración de los bienes de conquista corresponden al marido (Ley 86). Claro que tal pacto contrario puede tener lugar en cualquier momento (Ley 78 y 81), y no creo que sean de tener en cuenta las dudas y escrúpulos que el artículo 1.316 del Código permite abrigar (depresión de la autoridad del marido en el matrimonio), ya que está bastante claro que el régimen de la libertad civil navarra permite pactar el régimen diárquico puro en la administración de los bienes conquistados.

La mujer, aun en tal régimen, conserva la representación y adminis-

tración de sus bienes propios, que no tengan la consideración de dote o arras, salvo que haya delegado la administración en el marido, delegación que será siempre revocable, a no ser que hubiese sido pactada en capitulaciones matrimoniales.

Creo que la misma libertad civil debe permitir: a) hacer participar a la mujer en la administración de la dote o de las arras. Es evidente que la regulación de la dote que establece la Ley 121 es supletoria, y cabe pacto en tal sentido. Lo mismo permite la Ley 125 al hablar de las arras. b) Establecer la cesión de la administración de la dote o arras del marido en ciertos casos, previstos expresamente, por el mismo motivo. c) Modificar el pacto que atribuye la administración de los restantes bienes de la mujer al marido, siempre que se emplee la forma prevista para las capitulaciones matrimoniales, forma que es *ad solemnitatem* (Ley 18, párrafo 3.º). Porque es absurdo el contraste entre la regulación dispositiva general de la Compilación, extremo confirmado en el análisis de la dote y arras, y el carácter imperativo de la entrega de la administración de los bienes de la mujer al marido en capitulaciones matrimoniales, que parecería deducirse del tenor de la Compilación. Es correcto que para derogar este pacto deban modificarse las capitulaciones y utilizar la forma *ad solemnitatem* que la Compilación establece: disparatado que quepa modificar todo lo pactado en capitulaciones, excepto la entrega de la administración de sus bienes por la mujer al marido.

Tal facultad de administrar la mujer debe implicar la facultad de obligarse, siempre que tales obligaciones se contraigan en el ámbito de una administración ordinaria.

Si exceden de tal ámbito, será preciso la licencia del marido, por aplicación, en último extremo, del Código civil (art. 60), a menos que se haya pactado lo contrario en capitulaciones matrimoniales, lo que sería tanto como introducir un régimen diárquico tácito en este punto.

Lo mismo puede decirse de la disposición por la mujer de sus bienes propios (Ley 55): el pacto de la libre disposición de los bienes privativos de la mujer por ésta, sólo puede equivaler a la separación de bienes tácita, pero en este caso, debe aplicarse la cautela del último inciso del primer párrafo de la Ley 103; la mujer, disponiendo sin licencia del marido de sus bienes, no puede obligar ni comprometer los bienes del marido ni los de la sociedad conyugal.

La mujer casada, aparte de lo dicho, puede obligar los bienes de la sociedad conyugal para atender las necesidades ordinarias de la familia, sin necesidad de la licencia del marido (Ley 53, párrafo 2.º), y realizar los actos previstos en la Ley 57, que ensanchan notablemente el ámbito de los angostos preceptos de los artículos 60 a 62 del Código.

Es muy importante el último inciso de la Ley 57 al afirmar un prin-

cipio general que no vacilo en considerar como una aplicación de la libertad civil al ámbito de los regímenes económicos patrimoniales: «en todo caso, la mujer, sin licencia del marido, puede realizar los actos para los que está facultada por el régimen de bienes que se haya establecido». Tal principio permite, sin esfuerzo ninguno, con las variaciones adecuadas, transportar al Derecho navarro todas las consideraciones progresistas que para el común han hecho DE LA CÁMARA, DE CASTRO, VALLET DE GOYTISOLO y otros autores.

En el régimen de conquistas, el artículo 86 establece una regulación de la enajenación de bienes conquistados mucho más perfecta que la del Código, aunque inspirada sustancialmente en la Reforma de 24 de abril de 1958.

Por último, es claro que en régimen de separación de bienes la mujer casada tiene la propiedad, disfrute, administración y disposición *por sí* sola de sus bienes propios, salvo pacto en contrario (Ley 103). La innecesariedad de licencia, aparte de las palabras subrayadas, debe deducirse de las Leyes 54 y 55, apartado *d*). La primera ya la he estudiado arriba; la segunda remite en cuanto a la disposición de los bienes propios por la mujer, sin necesidad de licencia marital, a la Ley 103.

5) Consideraciones críticas de la Compilación navarra en orden a la capacidad de la mujer casada: No puede menos de ser favorable el balance que en orden a la promoción jurídica y económica de la mujer navarra presenta la Compilación. Creo que la misma puede aplicarse, además, a los casos en que la mujer casada pretenda ejercer el comercio o una profesión o empleo retribuido y se haya pactado en capitulaciones matrimoniales la separación de bienes.

Si la mujer navarra puede administrar y disponer de sus bienes libremente porque se ha pactado separación en el matrimonio, y no necesita licencia del marido para los actos de su peculiar estatuto civil, es evidente que no la necesitará para concertar la prestación de sus servicios laborales o profesionales, ni para todas las incidencias que de los mismos deriven. Se halla en la misma posición que la mujer catalana o balear en régimen de separación. Sería absurdo que se pretendiera que la mujer necesita licencia para el ejercicio de tales actividades, cuando con carácter general no lo exige el régimen de bienes que ha pactado.

Cuestión aparte, pero que debe resolverse en el mismo sentido, es la aplicación de tal libertad civil de la mujer navarra en régimen de separación de bienes al ejercicio por ella del comercio, cuando la propia Compilación establece como cautela, que sólo responderán de sus obligaciones, sus bienes. En este punto, la Compilación está en armonía con el Código de Comercio (arts. 11 y 12) y *mutatis mutandis*, deben aplicarse los preceptos combinados de uno y otro, en el sentido de ser inne-

cesaria la licencia marital para el ejercicio del comercio por la mujer casada en régimen de separación de bienes.

Sin embargo, el juicio favorable en su conjunto de los preceptos de la Compilación y de sus principios generales de libertad civil y autonomía amplísima, casi omnímoda de la voluntad privada, que permiten configurar del modo más conveniente a las modernas corrientes sociológicas la familia conyugal, quiebra radicalmente al examinar la arcaica, inadmisibile regulación de la patria potestad (título V de la Compilación). Parece que late en el fondo una inconfesable nostalgia por la agnaticia patria potestad romana, como puede apreciarse en la obligación de dotar que incumbe al abuelo respecto a la nieta en defecto del padre (Ley 120) y en la definición—absolutamente innecesaria en una ley civil—que de la misma da la 103: «es el poder de fijar y señalar el domicilio de una familia, regir las personas que la integran o conviven en la casa, así como mantener y defender el patrimonio de la familia y el nombre de la casa».

El arcaísmo del precepto no puede ser mayor. La fijación del domicilio compete al jefe de la familia, independientemente que tenga hijos que permitan hablar de patria potestad. Si no los tiene y es casado, será asunto suyo—de acuerdo con el artículo 58 del Código—fijarlo, aunque no creo que deba, a la vista de este incorrecto precepto, desdecirme de lo que dije acerca del pacto en contra de dicho precepto en Derecho navarro. Si los tiene, en cuanto jefe de familia y no titular de la patria potestad, fijará el domicilio de la familia. La patria potestad obliga al padre o madre a mantener a los hijos en su compañía (art. 154 del Código), lo que indirectamente fija su residencia, como derivación de la que al jefe de familia compete fijar. Pero creo que la Ley 63 es desafortunada al mezclar problemas que para nada debieron ser mezclados.

También es arcaico, por paternalista-patriarcal, hablar de «regir las personas que la integran o conviven en la casa». ¿Se ejerce la patria potestad sobre la mujer? ¿Y sobre los hijos mayores que conviven en la casa familiar? ¿Y sobre la empleada o empleado que pernocta bajo un mismo techo con su empleador? Es evidente que los absurdos se acumulan en la desastrosa definición, contraria a toda la sociología de la moderna familia urbana y a los principios igualitarios ínsitos en nuestras leyes fundamentales, singularmente en el artículo 3.º del Fuero de los Españoles.

El mantenimiento del patrimonio de la familia y el nombre de la casa pueden ser cargas morales, honoríficas para el jefe de familia, pero difícilmente pueden tener plasmación en un texto legal moderno, dictado en un proceso de cambio social imparable. Creo que deben considerarse como *obiter dicta* del legislador.

Pero si de los conceptos altisonantes y pseudofilosóficos—expresión de una filosofía orgánico-historicista sin repercusiones posibles en el articulado de un cuerpo legal—pasamos a las aplicaciones prácticas, observaremos con alarma que la Ley 64 no sólo ha consagrado la fórmula del artículo 154, de la patria potestad defectiva de la madre, sino que la ha reforzado: «la potestad de los hijos menores no emancipados corresponde al padre». Es lamentable que la regulación foral no haya callado sobre este punto y remitido la cuestión al Código civil, como bien podía.

Pero es que refuerza con toda la autoridad de un precepto legal la patria potestad patriarcal al establecer que «sólo en su defecto la ejercerá su madre». Es evidente que el añadir el vocablo en cuestión reduce a pavesas las teorías de los autores, a veces apoyadas por el Tribunal Supremo, en el sentido de la coparticipación de la madre en la patria potestad, pese a la dicción literal del Código civil.

El último inciso del precepto dice así: «Esta potestad comprende la representación de los hijos y el usufructo, administración y disposición de sus bienes.»

Esto plantea nuevo problema: ¿se pretende en la Compilación regular sólo en el aspecto patrimonial la patria potestad, y en tal sentido, tendría lógica la misma—dentro del sistema familiar patriarcal—al excluir a la madre de toda administración de los bienes del hijo? ¿Quedarán los deberes de manutención, educación y convivencia regulados por el Código civil y, por tanto, la madre quedará gravada con los mismos—según doctrina que prevalece en nuestra patria—, aunque sin derecho a intervenir para nada en la administración del patrimonio del hijo? Es evidente que la discriminación de la madre no puede ser mayor: se le otorgan derechos-deberes que le imponen más bien cargas con relación a los hijos menores, pero se le excluye de toda participación en la administración de los bienes de estos mismos hijos, con lo que sus facultades de gestión doméstica—previstas en el párrafo 2.º de la Ley 53—quedan alicortadas cuando el patrimonio del hijo sea la principal fuente de ingresos de la familia.

Son tales problemas los que crea la Ley 64 que bien hubiera hecho el legislador con no haberla promulgado y haberse remitido al Código.

Tampoco puede considerarse progresista la extinción de la patria potestad por contraer segundas nupcias el viudo o viuda, aunque, al menos, tal penalización se impone por igual al padre y a la madre (Ley 67), sin perjuicio que puedan pedir al Consejo de Familia el otorgamiento de la tutela sobre su propio hijo o que le autorice para retener a los hijos bajo su guarda o protección (Ley 69). Pero al menos, no ha sido discriminatoria para la mujer como el antiguo precepto del artículo 168 del Código, modificado por la repetida Ley de 24 de abril de 1958.

CAPÍTULO XXIII

LA REFORMA DE LA CAPACIDAD JURIDICA DE LA MUJER
CASADA ¿PROBLEMA HISTORICAMENTE INSOLUBLE
EN ESPAÑA?

Me ha impresionado vivamente el cotejo de las Exposiciones de Motivos de dos leyes separadas en el tiempo por un lapso de casi un siglo, que para el resto de Europa ha significado casi tanto como todo un milenio: la de Matrimonio Civil de 1870 y la de 24 de abril de 1958. En ambas se parte del principio teórico de la igualdad de sexos. Aquélla pretendía ser, como ya apunté, «el último desarrollo de la teoría que tiene por objeto la emancipación de la mujer y el reconocimiento de sus derechos en el seno de la familia», y en ésta se hace explícita afirmación de la igualdad de los sexos ante la ley.

Sin embargo, en los articulados de una y otra ley tal afirmación teórica se desvirtúa inmediatamente: la igualdad no es sino un bello sueño para los progresistas o un adorno retórico, molesto e innecesario para los integristas.

En 1870 se estableció la primacía patriarcal del varón en el matrimonio y en 1958 explícitamente se consagró la unidad de dirección del matrimonio por el marido, fundada en las poco convincentes razones que ya critiqué.

Han pasado casi cien años y ambos legisladores, de signos ideológicos aparentemente contrapuestos, han coincidido prácticamente en lo mismo: el marido y la mujer son iguales, pero el marido es más igual que la mujer. Eso sí: la igualdad moral, de uno y otro—bello disfraz ideológico que encubre una discriminación real—no se discute.

¿Será España ese país del tiempo dormido, de la historia recurrente, como una pesadilla sin fin, como un capricho de Goya que se repite en un tiempo inmóvil? ¿Será una *Vaterland*, tierra de los padres, no una *Kinderland*, tierra de los hijos, un país de relaciones sociales anquilosadas, ancladas en el pasado, una suerte de Tibet de Europa, de que han hablado con amargura tantos de nuestros mejores pensadores?

Desearía que Díez PICAZO se equivocara cuando, en las palabras finales de la brillante conferencia de que antes di cuenta, con un tono cargado de pesimismo, coincide con SILVELA en afirmar que la Ley del Matrimonio Civil no respondió hace ya cien años, y no responde ahora, a las aspiraciones genuinamente democráticas. Estas aspiraciones son en el fondo las mismas que entonces. En el orden civil ha de llevarse

definitivamente a buen puerto, entre otras cosas, el principio de absoluta independencia de la mujer dentro de la familia. Estas aspiraciones fueron inviables hace cien años y es muy posible que su viabilidad sea hoy también imposible. Por eso, a cien años vista—sigue afirmando Díez Pícazo—, estas Leyes de 1870, en materia de Derecho privado, a mí me parecen una frustración histórica debida a las internas contradicciones de la sociedad de aquel momento.

Quisiera poderle decir a Díez Pícazo, que la España de los años setenta del siglo xx ha repristinado su creencia en los derechos humanos que enfrentó a Fray Francisco de Vitoria y a Fray Bartolomé de las Casas con las pretensiones esclavizadoras de los indios de Ginés de Sepúlveda—polémica que alumbró el Derecho internacional—, y consiguientemente, quiere implantar, entre otros, el principio de paridad absoluta de los sexos, en el matrimonio y fuera de él, y que pretende desarrollar tal principio mediante leyes novadoras y praxis sociales fecundas y actantes, a vivo ritmo, con prisa y sin pausa, quemando etapas.

Quizá tal fue el íntimo designio—frustrado designio—de los más progresistas de los legisladores de 1870: adecuar el contexto social y familiar de la España del siglo xix a los principios democráticos y seculares que entonces se alumbraban en los países de Occidente.

Tales principios eran en tal fecha una simple promesa generosa de las mejores mentes de las minorías de la Europa de hace un siglo, pero desde entonces, bajo los puentes de la historia de Occidente, ha pasado mucha agua que temo no lo haya hecho por los de España.

Las promesas del siglo xix son hoy realidades fecundas, integradas irrevocablemente en la morada vital de los pueblos de Occidente por la ley y el pacto, por la educación y la praxis social democrática. El proceso democrático es una realidad que conduce a la plena toma de posesión por los pueblos de sus recursos todos y a una toma de conciencia, un despliegue y refinamiento de una nueva ética social tal vez no existente en nuestra Patria (165).

Principios éstos a los que necesariamente habremos de adherirnos—cambiando nuestro Derecho y nuestra mentalidad y práctica social—en el seno de una comunidad europea ensanchada y renovada.

(165) ARANGUREN, en *Moralidades...*, págs. 97 y 98, afirma que «en España, particularmente, tal como veo yo las cosas, importa librarnos del peor de los males que nos afligen: la desmoralización».

NOTA ADICIONAL SOBRE ESTRUCTURALISMO Y CODIGO CIVIL

Terminada la redacción del presente estudio, leo en *Le Monde* de 3-4 de junio de 1973 la reseña de JEAN LACROIX, *Code civile et analyse structurale de la obra Essai d'analyse structurale du Code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, de ANDRÉ JEAN ARNAUD. Dice JEAN LACROIX: «para discutir este volumen de inspiración marxista haría falta—al menos—otro».

El apasionante análisis que de la obra hace la breve reseña de LACROIX, muestra el inmenso interés de la aplicación del método—¿método?, ¿ideología?, ¿filosofía?—estructural a un mensaje lingüístico sistematizado como es un cuerpo de Código civil. Me reservo hacer una suficiente nota crítica de la obra, pero es importante al objeto del presente estudio, resaltar que dentro del juego comunicatorio burgués del *Code civil*, «para tener un puesto de jugador, es preciso formar parte de un grupo, siguiendo una integración estatutaria, que va de la plena capacidad para el hombre de más de veintiún años hasta una capacidad más y más limitada para la hija mayor, la mujer casada, el niño y el muerto civil. Para los primeros es bastante sentarse a la mesa del juego para ser admitido a participar en la partida; para los otros hacen falta dos sillas para jugar un juego, estando ocupada la segunda por un jugador de primera clase que da la mano al segundo».

ENRIQUE FOSAR BENLLOCH
Notario