

La capacidad jurídica de la mujer casada

(Aspectos históricos, sociológicos y de derecho
positivo)

Gente 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!

(BOB DYLAN, *The Times Are a Changing.*)

PROLOGO

¿Será superfluo examinar el tema de la capacidad jurídica de la mujer casada en España? ¿Se tratará de un problema que carece de trascendencia práctica? Muchos autores—incluso juristas de gran prestigio—así opinan. Todos los límites de su capacidad, sus discriminaciones y trabas, los privilegios del varón, etc., en la práctica quedan en nada, dicen estos autores, dado que los esposos modernos rigen su hogar y resuelven los asuntos familiares de común acuerdo, y el esposo difícilmente se comporta en la actualidad como el *pater familias* romano o como el cabeza de familia delineado por el *Code Napoléon*.

Sin embargo, para el jurista debiera bastar que una sola mujer estuviera disconforme con su *status* jurídico—que no es sino la supraestructura de un *status* socioeconómico y antropológico cultural que la desfavorece—para obligarle a examinar los fundamentos de la pretensión de los varones a ostentar la jefatura del matrimonio y de la familia.

Cuando algún autor afirma que los esfuerzos de las mujeres por liberarse de tales discriminaciones tienen poco resultado y que el yugo que pesa sobre ellas es ligero, en definitiva, está queriendo suministrar argumentos para fortalecer la buena conciencia de los interesados en que continúe la legislación discriminatoria.

Se teme, en último análisis, que la democratización de las relaciones entre los cónyuges lleve, como lógico corolario, a la democratización de relaciones entre los padres y los hijos. Y este último punto no puede admitirse, opinan los conservadores, porque la relación paterno filial, jerárquica, autoritaria, por mucho que se hayan dulcificado los duros perfiles de la patria potestad romana, es no sólo la relación familiar arquetípica, a imagen de la cual se articulan las restantes potestades familiares (potestad marital, potestad tutelar, etc.), sino sirve de modelo cultural a las relaciones de jerarquía social. Se habla de Dios Padre o del Padre eterno, del patrón «de Derecho divino», del jefe de Estado como padre de todos sus súbditos.

El paternalismo, ha dicho un autor recientemente (a), «tan agriamente rechazado hoy, tan vulgarmente desacreditado, ha sido y es el elemento esencial de las sociedades humanas. La mayoría de los hombres tienen necesidad de un protector. La imagen del padre está siempre presente en la autoridad generadora y protectora del orden». «La propia imagen del orden familiar—dice otro autor—estará anclada en el centro sagrado que regula la dinámica simbólica, como uno de los elementos fundamentales del 'orden social' cuyo mantenimiento legitima al poder político establecido» (b).

Pero la mayor parte de los partidarios del orden jerárquico familiar pretenden conciliar lo inconciliable: el mantenimiento en la práctica de la diarquía de ambos esposos en el manejo del hogar, pero el reconocimiento de la jefatura familiar del varón, siquiera teórica, como última *ratio* de ese sagrado orden familiar, que se pretende inmutable al cambio social; la dulcificación de la patria potestad y la relativa autonomía práctica de los hijos en el manejo de sus vidas, pero el mantenimiento de toda clase de resortes—psicológicos, económicos, jurídicos—que permiten manipular tal libertad. Libertad «bien entendida», paternalismo, son palabras que difícilmente se emplean, pero encubren una relación conflictiva—el famoso conflicto de generaciones—entre padres e hijos.

Los resultados de tal ideología familiar son la perpetuación de la socie-

(a) VALLET DE GOYTISOLO, *Algo sobre temas de hoy*, Speiro, S. A., Madrid, 1972, pág. 235.

(b) CARLOS MOYA VALGAÑÓN, «Familia e ideología política», en la obra colectiva *Las ideologías en la España de hoy* (coloquio), por JIMÉNEZ BLANCO, DE MIGUEL, GARCÍA SAN MIGUEL, MOYA VALGAÑÓN y otro, Seminarios y Ediciones, S. A., Madrid, 1972, pág. 102.

dad paternalista, que tan brillantemente ha denunciado MITSCHERLICH (c); la internalización por la educación—familiar y escolar—en la urdimbre psíquica del niño de pautas de conducta constitutivas de una personalidad autoritaria, en el sentido de ADORNO (d), y el retraso *sine die* de una educación y formación humana embebidas en ideales fraternales y democráticos.

Creo, con el *Informe Foessa*, que en tanto podrá hablarse de crisis de la familia, consecuencia del moderno proceso de irreversible cambio social, en la medida que aceptemos hablar de imperialismo familiar, esto es, de relaciones sociales que debieran estar regidas por pautas universalistas y de hecho se configuran a imagen y semejanza de las familiares.

Históricamente, la relación autoritaria del padre y el hijo sirvió de arquetipo simbólico para la configuración de las imágenes del orden social. Hoy tal arquetipo se considera inadmisibile, pese a los esfuerzos de algunos autores por rebatir las críticas de la sociedad paternalista. El imperio de la familia ha perdido la mayor parte de sus provincias. Urge democratizar estos últimos reductos del antiguo orden «sagrado» familiar.

El análisis científico demuestra que formada en la primera infancia la urdimbre psíquica del niño por la benéfica influencia de los principios primarios materno—afecto—y paterno—norma—, la pedagogía debe ser una educación de aquél para la libertad, no para el manejo paternalista. Saber cuándo y cómo deben dosificarse tales pautas de comportamiento libre es tarea de pedagogos, filósofos, moralistas, psicólogos, y no, en último término, científicos políticos.

Lo evidente es que pasada la infancia, «la autoridad del padre, para destacar sólo un rasgo, se demuestra más en el equilibrio y seguridad con que realiza sus actividades, que interviniendo en la vida de su hijo para obligarle a hacer lo mismo que él» (e).

El problema surge modernamente cuando el padre pierde toda autoridad porque la revolución científica técnica le priva de sus saberes y su prestigio de portador-transmisor de la tradición, que debe repetirse en sus hijos. Es una crisis general de la cultura y de la sociedad, que obliga a crear incesantemente nuevas pautas de comportamiento y a replantear una nueva imagen del padre, tal vez más próxima a la de un hermano mayor y compañero del hijo que al viejo símbolo del patriarca tradicional. La solución de la crisis de la imagen paterna no es reforzar los mecanismos autoritarios de la familia, como el tratamiento de una indigencia social no estriba en aumentar el grado de constricción sobre sus síntomas, sino en centrarse en el estudio radical del problema y forjar un nuevo orden

(c) *Acusación a la sociedad paternalista*, Sagitario, S. A., Barcelona, 1966.

(d) *La personalidad autoritaria*.

(e) MITSCHERLICH, *ob. cit.*, pág. 161.

donde quepa conciliar libertad y norma—paterna, de la escuela, de la ley civil—, autonomía individual y participación comunitaria, prosperidad de los muchos, que progresivamente se extiende a calidad de vida de todos.

Por eso, el estudio de la condición jurídica de la mujer casada no agota en modo alguno el problema de las relaciones familiares autoritarias, problema que, como he indicado, es psicológico, antropológico, más que puramente jurídico. Democratizar las relaciones entre marido y mujer en el matrimonio es bien poco sin contestar, rechazar el resto de los mecanismos de la sociedad autoritaria, que permite a unos pocos la manipulación de la gran mayoría, a la que se priva de su propia imagen prestigiosa al calificarla de «masa informe».

Frente a la libertad «bien entendida» de los súbditos, la autoridad bien entendida—y bien controlada por los resortes todos de un Estado de Derecho—de los gobernantes democráticamente elegidos. Frente a la autoridad del varón sobre la mujer, el manejo diárquico de los asuntos familiares por ambos esposos, consagrado no sólo en las mores familiares, sino en la ley. Frente al paternalismo ilimitado del padre sobre el hijo—o de padre y madre, ya que es fácil enrolar a la mujer en la defensa del orden patriarcal tradicional—, la justa limitación de tal paternalismo o manejo autoritario del hijo a las primeras fases de formación de la personalidad del niño, la progresiva sustitución de la pauta paternalista por la educación para la libertad y la relativamente temprana emancipación personal, cultural, jurídica, económica, social, en una palabra, del hijo.

Como es lógico, sólo quiero dejar constancia de que el problema de la liberación de la mujer es más vasto e interdisciplinario que lo que su simple enunciado podría dar a entender. Liberación que de dar oídos a las más radicales de las mujeres del movimiento—*Women's Lib*—, entrañaría nada menos que la liquidación del orden familiar tradicional y su sustitución por formas de vida íntima colectivista—«las comunas familiares» quizá u otras experiencias aún inéditas—. En dicha liquidación desaparecería el tradicional trípode de la pareja y el hijo.

Sin embargo, creo que la familia conyugal, que ha sufrido mil avatares a lo largo de la historia, sobrellevará la crisis y seguirá constituyendo la base de la sociedad, en unión de otras instituciones que irán perdiendo su simbolismo familiar, inspirándose en ideas universalistas, racionalistas.

Toda una concepción de la sociedad y de la cultura se debate aquí. Confío en que las ciencias humanas nos sabrán dar una respuesta éticamente más satisfactoria a nuestros problemas, incluso los familiares, que la que brinda la sociedad permisiva tecnológico-consumista o la sociedad

dogmático-autoritaria, ya sea tradicional conservadora o dialéctico-materialista. Urge replantear una concepción de la cultura y de la sociedad en que las relaciones familiares—y, en general, las relaciones humanas—se inspiren en las pautas humanistas que exige la altura de los tiempos.

CAPÍTULO I

INTRODUCCION Y NOCIONES GENERALES: CAPACIDAD JURIDICA, CAPACIDAD DE OBRAR Y LEGITIMACION DE LA MUJER CASADA

El examen de la capacidad jurídica y de obrar de la mujer casada, si ha de ser algo más que una fría recopilación de leyes y costumbres jurídicas de los diversos pueblos, que primero restringen tales fundamentales atributos jurídicos de la persona de sexo femenino y luego los amplían, debe ser interdisciplinario, abarcar diversos ramos del saber, tener en cuenta los datos que en forma torrencial nos suministran las ciencias humanas—«nuevas humanidades», como en frase feliz (1) las ha definido ARANGUREN.

Del mismo modo que no puede exigirse a un jurista una brillantez estilística en el manejo del idioma equivalente a la de los grandes poetas o novelistas, tampoco le es posible abarcar un saber enciclopédico de las diversas ciencias humanas: antropología, sociología, psicología, filosofía, psiquiatría, etnografía, lingüística, economía, ciencia política... Sí, como afirma acertadamente ANGEL LATORRE (2), «es preciso tener una formación inicial en ciencias sociales, que no irá dirigida naturalmente

(1) «Ahora bien, así como al Humanismo antiguo correspondían unas Humanidades clásicas, consistentes en las lenguas y literaturas griega y latina, al Humanismo moderno corresponden paralelamente unas nuevas Humanidades, porque, en efecto, hay mucho más conocimiento del hombre del contenido en las viejas Humanidades.

¿Cuáles son estas Humanidades nuevas? Las que nos proporcionan un conocimiento, no ya meramente literario, sino científico, del hombre, a saber: la antropología, la psicología, el psicoanálisis, y puesto que el hombre es constitutivamente social, las Humanidades sociales, tales la psicología social, la sociología, la economía, la antropología cultural y la ciencia política (ciencia de la realidad política y que, por tanto, de ninguna manera debe confundirse con la ciencia del derecho político)...» («Sentido sociológico moral de las antiguas y las nuevas Humanidades», en *La juventud europea y otros ensayos*, Seix Barral, S. A., Barcelona, 1968, página 161).

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

a convertirle en especialista de ellas, sino a hacerle adquirir la actitud mental necesaria para captar la dimensión sociológica del Derecho y a darle un conocimiento claro, aunque sea forzosamente elemental, de los principios básicos del método de trabajo de estas ciencias».

Sin las aportaciones de todas estas ciencias—no sólo las sociales y económicas, sino, en general, las ciencias del hombre, algunas de las cuales están apuntadas arriba—, creo que el jurista que intenta estudiar el problema que me ocupa no puede desvelar en su plenitud las líneas directrices de la evolución histórica hacia metas de liberación de la mujer y de equiparación al varón de los modernos Derechos de nuestra cultura occidental.

Las nociones de capacidad jurídica, capacidad de obrar y legitimación de la mujer casada para realizar actos jurídicos y ejercitar derechos son nociones de exquisita técnica moderna, un tanto fría y dogmática. Sin embargo, son instrumentos que permiten el manejo de la lógica jurídica y el deslinde de nociones que aparentemente son semejantes.

No es preciso definir tales nociones. Me remito al efecto a cualquier manual de la introducción del Derecho civil.

Históricamente, las mismas no se distinguen. Si en un principio, en los albores de la civilización patriarcal, la mujer carece de alma, es considerada como un ser de *status* jurídico inferior, incapaz de derechos y obligaciones, lógicamente, no tiene ninguno de tales fundamentales atributos de la personalidad.

Posteriormente, aunque se reconoce su capacidad de obrar, actúa como un menor, y al no tener capacidad jurídica, si adquiere, lo hace para el paterfamilias, su esposo. Esto es tanto como reconocerle si no la capacidad jurídica, sí la de obrar, siquiera por cuenta ajena.

Nuevo avance en la atribución de tales cualidades fundamentales. La mujer casada tiene plena capacidad jurídica y de obrar, por cuanto el matrimonio no influye para nada su capacidad y régimen de bienes: si era libre y *sui iuris*, sigue siéndolo. No obstante, carece de legitimación para realizar actos eficaces, verbigracia, respecto del fundo dotal.

Las costumbres germánicas, al hacer caer a la mujer en la *munt* del marido, empeoran de nuevo su condición. Aun cuando adquiere derechos, no puede ejercitarlos, pues es considerada como un pupilo eterno, que debe ser asistido por un tutor: capacidad jurídica, sin capacidad de obrar; situación antitética a la del Derecho romano primitivo, en que tenía capacidad de obrar, pero adquiría para el marido.

El *Code* Napoleón de 1804 establece la incapacidad de obrar casi absoluta de la mujer casada, aun reconociendo su capacidad jurídica.

Nuestro Código civil, según muchos autores, establece un nuevo y di-

verso sistema, en el que la capacidad jurídica de la mujer es absoluta, aun cuando su capacidad de obrar queda subordinada o limitada, pero no de un modo rígido o absoluto, como en el Código napoleónico, sino de un modo variable, en relación con la posibilidad de que el marido pueda ejercer la potestad marital y del régimen matrimonial de bienes que se haya pactado en capitulaciones matrimoniales.

Por ello, algún autor, con gran agudeza (3), estima que la mujer casada en España no es una incapaz ni tiene una capacidad limitada. La situación jurídica de mujer casada lleva consigo una restricción en la legitimación de la mujer para realizar actos jurídicos eficaces (v. g., para disponer de sus bienes parafernales, art. 1.387 C. c.) sin licencia de su marido, mientras que otras veces dicha legitimación no es afectada (artículo 1.384, administrar sus parafernales). Igualmente, podría yo añadir, la mujer no puede obligar la sociedad legal de gananciales sin consentimiento de su marido, salvo ciertas excepciones (art. 1.416 C. c.): ello comporta una restricción en su legitimación, esto es, en poder realizar un acto con eficacia jurídica respecto de los bienes comunes.

Vemos, pues, que, al margen de estrictas consideraciones reformistas de la condición de la mujer, su ámbito de acción jurídica ha sido ampliado progresivamente. La mujer casada tiene plena capacidad jurídica y de obrar, como si de una soltera se tratase. El estado matrimonial sólo impone una restricción a la eficacia de sus actos que no hay que calificar de incapacidad, porque la capacidad difícilmente puede ampliarse o restringirse por convenio de las partes, por ser típica materia de orden público, aunque pertenezca al Derecho privado.

Sin embargo, las tendencias reformistas de la condición de la mujer pretenden en todo el orbe civilizado, siguiendo la pauta de solemnes declaraciones de derechos humanos de los organismos internacionales y tal vez la de la doctrina social de la Iglesia—unas y otras inspiradas en filosofías de signo humanista de muy diverso ámbito—, eliminar las últimas restricciones que a la condición de la mujer imponen todavía numerosas legislaciones, de las que la nuestra no es, por desgracia, una excepción.

Ello equivaldría a reconocer, en la esfera personal, la autonomía de la mujer casada para regir su persona en paridad de condiciones con el varón, sufriendo idénticas restricciones que éste en atención al estado matrimonial. Las relaciones conyugales y el manejo de los asuntos familiares, el «plan de vida» del matrimonio y de la familia, se regirían por el principio diárquico puro: libre acuerdo de ambos esposos y, en su defecto, resolución judicial.

(3) PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo IV, vol. I, *El matrimonio y el régimen matrimonial de bienes*, Bosch Casa Editorial, 1967, págs. 302-303.

En el plano patrimonial familiar se levantarían todas las restricciones a la legitimación de la mujer casada para realizar actos jurídicos eficaces respecto de sus bienes propios, y necesariamente se reformarían los diversos sistemas de regímenes matrimoniales para adecuarlos al principio de paridad o igualdad de sexos.

En tal sentido, una democratización de los regímenes de comunidad de bienes y una regulación y puesta en primer plano de los de separación de bienes—siquiera templados por una comunicación de las ganancias al disolverse el matrimonio—parecen imprescindibles para adecuar el Derecho al cambio social de la revolución científico-técnica moderna en que el mundo se ve inmerso.

CAPÍTULO II

LA CAPACIDAD DE OBRAR DE LA MUJER CASADA Y LA CRISIS DEL DERECHO DE FAMILIA

Todo el proceso histórico que he esbozado—paulatinos avances y bruscos retrocesos de la capacidad jurídica de la mujer casada—ha correspondido siempre a una serie de crisis en las relaciones de la más vieja institución social del género humano: la familia. Y no sólo en las relaciones de la mujer con el marido, sino en las que ligan a aquélla con los demás miembros de la familia y las que enlazan entre sí a éstos. Modernamente, por ejemplo, hay un paralelo clarísimo entre humanización de la patria potestad, ejercicio conjunto de la misma por ambos esposos sobre los hijos comunes, y emancipación de la mujer. Todo ello se resume en una noción aparentemente simple, pero cargada de significado polémico: la democratización de las relaciones familiares.

Crisis social gravísima debió de ser el tránsito del hipotético matriarcado al patriarcado, con la esclavización en la práctica de la mujer. Crisis, la humanización del Derecho matrimonial de las *XII Tablas* por obra de excelsos juristas romanos, que configuraron jurídicamente—como luego expondré—el matrimonio *sine manu*, libre, igualitario, disoluble, por la simple voluntad de ambos esposos. Crisis, el retroceso histórico que el influjo combinado de las costumbres germánicas—la *munt* del varón en el matrimonio—y la tesis paulina de sujeción de la mujer a la autoridad del marido introdujo en la condición de aquélla. Crisis, el progresivo realce que el desenvolvimiento de la economía medieval y moderna dio al papel de la mujer en la empresa artesana del hogar. Y crisis, el nuevo

retroceso que el auge del capitalismo provocó en el papel de la mujer y del hijo menor de edad, retroceso claramente consagrado en el individualismo patriarcalista del *Code Napoléon*.

Los cambios sociales de las sucesivas crisis del sistema familiar, que someramente he enunciado, no pudieron menos de influir en el Derecho de cada una de las épocas. Creo que en este punto, sociedad y Derecho han ido siempre indisolublemente unidos.

Modernamente, con mayor conocimiento de la evolución histórica de la institución familiar, se ha hablado de crisis del Derecho de familia (4): «La crisis actual del Derecho de familia es resultado de diversos factores: cambios en la filosofía social, que destacan la libertad del individuo contra la indisolubilidad, determinada, sobre todo, en términos religiosos, del estado civil matrimonial; la profunda transformación de la situación de la familia en la moderna sociedad urbanizada y, en particular, de la posición de las mujeres casadas; los progresos científicos y médicos modernos, que hacen posible el control de la natalidad y la inseminación artificial; por último, las crecientes exigencias del Estado bienhechor moderno, que hace nuevas demandas a la familia, pero también asume hacia ella obligaciones mucho más grandes.»

Tal crisis, sin embargo, es pasajera (5): la familia viene a ser hoy el

(4) W. FRIEDMANN, *El Derecho en una sociedad en transformación*, traducción de la obra de Sociología jurídica, mundialmente famosa, *Law in a changing Society*, Fondo de Cultura Económica, México, 1966, pág. 222.

(5) Por supuesto, hablar de «crisis apocalíptica irremediable» o «crisis pasajera» de una institución depende del punto de vista desde que se contempla, de la peculiar cosmovisión desde la que se enfoquen los problemas sociales, y entraña un juicio de valor, que puede llevar consigo arrastres poco científicos. Apocalíptica es la crisis para los partidarios de la familia—y de la sociedad—jerárquica, elitista, autoritaria; pasajera para los partidarios de las instituciones democráticas, basadas en el consenso. No son de despreciar los siguientes testimonios—entre otros muchos que podría entresacar—acerca de mi afirmación:

«Es casi un lugar común referirse a la “crisis” de la familia desde el momento en que ya no funciona de un modo tan perfecto el modelo “tradicional” especialmente por lo que respecta al papel de la mujer. Los sociólogos no suelen admitir en este caso el sentido catastrófico que suele darse a la palabra “crisis” en el lenguaje común, aunque por fuerza han de reconocer el elemento conflictivo que se deriva de un cambio de papeles que no es unánimemente aceptado. Que la familia española actual se aloja en este conflicto es algo que no puede negarse.

La “crisis” no es total ni, como decimos, es admisible que la desintegración avance en todos los frentes... (disminución drástica desde 1920 a 1967 de los nacimientos ilegítimos en España).

Gran parte de la supuesta “crisis” hay que atribuirla a que el papel conjunto de la mujer en la familia va adoptando *roles* que trascienden la tradicional limitación de “sus labores”. En la familia moderna se necesitan otros *roles* para que el ama de casa—o la hija de familia—se complete como persona.

El cambio social se hace por lo menos más difícil—en las circunstancias actuales—cuando el ambiente familiar descansa en una rígida norma de tipo autoritario. Especialmente cuando las relaciones familiares se convierten en modelo

último reducto de la intimidad humana frente a las anónimas tendencias deshumanizadoras del sistema sociopolítico y las exigencias uniformadoras de la sociedad de consumo. Creo que si la especie humana está empezando

y arquetipo de otras que no lo son (las industriales, políticas, etc.). Surge entonces el paternalismo, una forma de convivencia que no es precisamente la más apta y legítima en una moderna sociedad industrial. Aceptaríamos hablar de crisis de la familia si al mismo tiempo se reconoce el imperialismo de la familia» (*Síntesis del Informe sociológico sobre la situación social de España*, 1970, por AMANDO DE MIGUEL y otros, Fundación Foessa, Euramérica, S. A., 1972, páginas 135-138).

ARANGUREN (*Erotismo y liberación de la mujer*, Ariel Quincenal, Ediciones Ariel, 1972, págs. 138 y ss.) dice que «PARSONS nos viene a decir, en términos más contenidos, casi lo mismo que JULIET MITCHELL: para que las aspiraciones del Movimiento de Liberación de la Mujer se realicen, sería necesaria una alteración profunda de la estructura de la familia, dice el primero, es decir, según la segunda, su disolución.

Que la familia como institución está en crisis, es algo reconocido por muchos hoy. Mas, en crisis y todo, en primer lugar sigue cumpliendo una *multipurpose* función, muy complicada y, por lo mismo, muy difícil de satisfacer de otro modo. Y, además, el tránsito a otra forma de organización que no sé si cabría seguir llamando familia tropezaría con dificultades tan grandes por lo menos como el de la familia matriarcal a la patriarcal, desde luego mucho mayores que el de la familia patriarcal a la nuclear, y supondría por ende una revolución cultural en el sentido más radical de la expresión, que, por supuesto, envolvería también lo religioso, la religión establecida...» «Realmente pueden preverse reformas como estas a que se acaba de hacer referencia, pero no una solución de recambio de la familia» (salvo la hipótesis, impensable casi, de una contestación total a la cultura establecida, de una contracultura, dice ARANGUREN).

SCHILLEBEECKX (*Le mariage. Réalité terrestre et mystère de salut*, Les Editions du Cerf, 1966, París, tomo I, pág. 20) afirma, tras un interesante estudio sociológico del tránsito de la familia extensa a la nuclear moderna, que «las modificaciones de estructura de la sociedad y la desaparición de ciertas funciones familiares han conducido al matrimonio a abandonar el estilo de vida que había recibido de la antigua sociedad. Pero el "ser" mismo del matrimonio no se desenvuelve sino mejor, y puede desvelarse ante nosotros, podríamos decir, en su desnuda realidad. De ahí una nueva ocasión de interiorización para la vida conyugal. No podemos ver en ello otra cosa que una gracia: es la ocasión maravillosa de salvación que es preciso aprehender hoy. Porque si numerosas familias, la mayor parte, en suma, permanecen unidas no obstante la situación de debilidad en que ellas se encuentran ante la sociedad, podemos esperar todo. Esta constatación no nos permite desesperar del hombre, sino al contrario... Parece que se pueda considerar el fenómeno global del matrimonio moderno de una forma ante todo optimista, no obstante los nuevos peligros a los que está sometido y los errores que no puede evitar».

SALVADOR GINER (*Sociología*, Ediciones Península, Barcelona, 1972, pág. 223) asegura que... «no hay prueba ninguna de que las comunidades desaparezcan. La llamada "crisis de la familia" es cierta si con término no indicamos su desaparición, sino su transformación y la pérdida de su prominencia en ciertos procesos decisivos, de socialización y económicos... El desarrollo del nuevo individuo destribalizado—el hombre moderno—ha tenido muchas consecuencias para la calidad misma de la vida, y entre ellas no ha sido la menor la nueva concepción del *rol* y *status* de la mujer, su posición social. La mujer moderna se equipara legalmente al hombre y su *status* se acerca al suyo en la práctica precisamente porque los grupos primarios han dejado de ser unidades estructurales básicas en muchos casos...»

a vivir prácticamente hoy—pues los milenios de su vida civilizada, y las escasas decenas de milenios de su vida simplemente humana, a escala de eras geológicas, no son sino sus primeros balbuceos infantiles—, la crisis de la familia no será el fin de la civilización, sino se superará, y el nuevo Derecho de la familia nuclear, democrática y tutelada por el Estado, se adaptará al cambio—vertiginoso cambio—de la sociedad de la revolución científico-técnica en que nos hallamos inmersos. Preveo una fase de esplendor, en el cambio, de la familia y del Derecho de familia.

CAPÍTULO III

LA RENOVACION DEL DERECHO CIVIL Y LA SUPRESION DE LA INCAPACIDAD DE LA MUJER

Estas consideraciones nos llevan de la mano al tema de la renovación no sólo del Derecho de familia, sino del Derecho civil todo—y de la ciencia jurídica en su conjunto, si se me apura—. Si afirmo que el Derecho de familia y la familia están en crisis, y si insisto en que esta crisis es pasajera, superable, fruto de un desfase entre las relaciones sociales fácticas y su plasmación en nuevas formas de vida, en nuevos ideales sociales y, en definitiva, en nuevas regulaciones jurídicas, es porque lo mismo puede predicarse, en general, del Derecho civil, del que forma—y debe formar—parte indisoluble el Derecho de familia privado (6).

Debo dejar constancia aquí del brillante manifiesto para la renovación del Derecho civil lanzado por DÍEZ PICAZO (7), que temo no haya sido valorado como debe por muchos juristas españoles, pese a su profundidad.

(6) Frente a cualesquiera separatismos, más o menos mitigados, del Derecho de Familia y su posible integración en una rama autónoma del Derecho Civil, postulo en mi trabajo «Notas para una introducción al estudio del Derecho de Familia», publicado en el número 498—septiembre-octubre de 1973—de esta misma Revista, que el Derecho de Familia debe seguir siendo Derecho Privado, Derecho Civil. Pero no ignoro ni desdeño la realidad jurídica que constituye el llamado «Derecho Administrativo Familiar» (FRIEDMANN), que no puede ser dejado de lado por más tiempo por el jurista consciente de su papel social. Materia ésta desdeñada por los civilistas y descuidada por los administrativistas, como situada a caballo de dos ordenamientos.

Postulo también que debe ser construido científicamente el Derecho Jurisdiccional Familiar, en su doble aspecto orgánico y procedimental, estableciéndose una jurisdicción especializada en asuntos de familia, pareja a la que existe ya, experimentalmente, en Lila y Burdeos, en Francia.

(7) *Lecciones de Derecho Civil*, I, Parte General, Universidad de Valencia, Facultad de Derecho, 1967, págs. 21-22.

Afirma que frente a la patrimonialización, la administrativización, las disgregaciones del Derecho civil, éste «debe recobrar y reafirmar su puesto central en la concepción jurídica moderna, pues que este puesto central dentro de la total organización jurídica le viene de su propio contenido y de su específica función.

Para reafirmar este puesto central... hay un quehacer que es el más necesario y urgente: revisar los principios jurídicos, lo cual exige dilucidar cuáles de entre los principios clásicos de nuestra ciencia conservan su vigencia actual y valor de organización, y cuáles de las nuevas reglas han alcanzado aquel valor primario. Aislar estos principios, definirlos y dar con ellos nuevo aire, un aire específicamente moderno, a nuestra ciencia, creo que es una labor urgente y necesaria.

El reajuste del Derecho civil moderno exige también la actualización del Derecho civil, que es quizá una de nuestras más ingratas tareas... Nuestro mundo camina hacia nuevas formas de vida, hacia nuevos sistemas de ideas y convicciones. Recoger y dar cauce jurídico a estas nuevas condiciones vitales y a estas estructuras nuevas es una tarea penosa, que exige una persecución constante de la evolución social. El Derecho civil no puede ser ya el Derecho de las antiguas formas de vida de las instituciones tradicionales. Tiene que ser el Derecho de las formas de vida de la persona del tiempo presente».

CAPÍTULO IV

EL ESTUDIO INTERDISCIPLINARIO DE LA REALIDAD FAMILIAR Y LA METODOLOGIA DE LA CIENCIA DEL DERECHO

La realidad familiar—parte de la que es la condición de la mujer casada—no puede ser aprehendida con pretensiones de rigor científico por una sola ciencia, como la jurídica, sino por una constelación de ellas. El estudio de las ciencias de la familia—todavía en nebulosa, pero que poco a poco se van definiendo en el sistema de ciencias del hombre—o, al menos, de sus rudimentos es indispensable para el jurista especializado en el Derecho de familia.

No sólo juristas, sino teólogos, como SCHILLEBEECKX (8), se han hecho

(8) «Antaño, por falta de madurez, de una parte, quizá también por causa de una fe más simple y de una obediencia más espontánea a la palabra de Dios, el cristiano se dejaba conducir en todo este terreno por el cura o el pastor, y éstos, a su vez, se referían a la teología que les había sido enseñada. Este mo-

eco del problema del carácter interdisciplinario de la aproximación científica a la realidad familiar.

Sin embargo, ello complica la cuestión de la metodología con la que he de afrontar el estudio del problema que nos ocupa. Si antaño los métodos de aproximación a cualquier problema jurídico estaban claramente definidos, y el jurista podía ignorar, hasta cierto punto, las aportaciones metodológicas ajenas a su concreta y rigurosa especialización normativa, en la actualidad es imposible estudiar con rigor cualquier problema jurídico sin replantearse de un modo exigente el tema de su metodología.

El desarrollo espectacular, revolucionario, de las ciencias humanas en el último decenio, parejo de la revolución científico-técnica (9), han puesto sobre el tapete la cuestión de su metodología.

Concretándonos a la faceta jurídica del fenómeno familiar resultan hoy totalmente insuficientes, para una toma de posesión de su realidad, el método exegético de los preceptos de la ley, la jurisprudencia conceptualista dogmático jurídica, la de los intereses, e inadmisibles, por confusa y escasamente jurídica, la libre investigación del Derecho aplicable al caso concreto.

El formalismo jurídico de la Escuela de Viena, pretendiendo reducir el orden jurídico a una pirámide cristalina de normas jurídicas jerárquicamente escalonadas y presididas por la superley constitucional, no resulta

nopolio clerical y teológico está hoy arruinado. Es normal, por otra parte, que la psicología y la sociología, la fenomenología y la psiquiatría, la historia, la medicina y la filosofía, la novela misma, tengan que decir algo sobre la cuestión... En esta situación, el teólogo debe abrirse lealmente a todas las ciencias del espíritu: esto le permitirá al menos quitar todas las incertidumbres que provengan de la ignorancia, del malentendido o de la falta de síntesis, de tal modo que los fieles puedan asumir conscientemente el «riesgo» que es el suyo en este MISTERIO, donde el hombre está comprometido y llamado al don total de sí mismo (*ob. cit.*, tomo I, *Introduction*, págs. 7 y 8).

(9) Emplea tal denominación para calificar la compleja realidad del cambio tecnológico-científico en que nos hallamos inmersos en los últimos lustros, el manifiesto *The Triple Revolution*, firmado por una serie de especialistas americanos, como L. PAULING, H. S. HUGHES, MYRDAL y SELIGMAN, en 1964, y, sobre todo, la polémica acerca de la idea de que «el mundo vive una revolución científica y técnica» despertada por la información de la «Comisión nacional para la técnica, la automatización y el progreso económico» de Estados Unidos de 1966. La obra colectiva *La civilización en la encrucijada*, realizada por un equipo interdisciplinario checoslovaco, dirigida por RADOVAN RICHTA (Siglo XXI, Editores, 1971, pág. 9), afirma que «en la revolución científico-técnica los hombres se apoderan gradualmente de la base de su propia existencia. Hasta ahora cada generación adoptaba de sus predecesores las condiciones de su actividad y su vida como una magnitud estable que predeterminaba, en lo esencial, toda su existencia; en el futuro será necesario tener en cuenta que cada generación habrá de atravesar varias veces por la reconstrucción de las condiciones de la civilización y de toda la estructura de la vida humana».

totalmente satisfactorio, aunque su enorme esfuerzo lógico sea un dato que deba tenerse muy en cuenta.

El sociologismo jurídico, por sí solo, sin el adecuado correctivo normativo y filosófico jurídico, corre el riesgo de encajonar la ciencia del Derecho en el molde ciertamente estrecho de la sociología y disolver la normatividad en el puro hecho social, cuando la norma es, además, un acto del poder (objeto de estudio por la ciencia política) y realidad vinculante coactivamente exigible (objeto de estudio por la Jurisprudencia propiamente dicha).

Algún autor, como ARNAUD (10) se pregunta si el Derecho no será un magnífico campo de experiencias para la aplicación del método estructuralista, «dado que aparece como la cristalización, en un momento y en un medio social dado, de reglas de comunicación de personas y bienes, entre grupos e individuos, por intermedio de mensajes codificados».

HERNÁNDEZ GIL afirma (11) que «la ciencia jurídica no puede convertirse exclusiva o permanentemente en estructural, si bien es susceptible de ser analizado estructuralmente el Derecho».

El mismo autor (12) asevera que «respecto del iusnaturalismo en sí, no es una dirección metodológica. Por un lado, es más: una concepción y fundamentación filosófica del Derecho; por otro lado, es menos: no puede implicar una solución detallada de los distintos problemas particulares que se plantea la ciencia del Derecho. De todas formas es una gran base, un punto de partida, y el método, que no constituye una teoría rigurosamente cerrada y que presupone una previa actitud general ante el Derecho—filosófica o afilosófica—, podrá recibir beneficiosas influencias» (13).

Creo que se difunde cada vez más en Occidente un método de aproximación a la comprensión del Derecho, que sin ser sincrético tiene las ventajas de los diversos positivismos e iusnaturalismos de los más diferentes signos y facilita al jurista la utilización de los saberes de la espléndida revolución actual de las ciencias del hombre. Me refiero a la concepción tridimensional del Derecho.

«Repito una vez más—afirma RECASÉNS SICHES (14)—que el Derecho tiene tres dimensiones recíprocamente trabadas entre sí de una mane-

(10) Citado en ELÍAS DÍAZ, *Sociología y filosofía del Derecho*, Taurus Ediciones, E. A., Madrid, 1971, pág. 111.

(11) *Metodología de la Ciencia del Derecho*, II, Madrid, 1971, pág. 462.

(12) *Ob. cit.*, I, pág. 70.

(13) Para una crítica de las diversas concepciones del iusnaturalismo, que es a la vez una excelente recapitulación histórica de la noción de Derecho Natural, véase ELÍAS DÍAZ, *ob. cit.*, págs. 268-315.

(14) «La concepción tridimensional del Derecho», *Revista de Derecho Notarial*, Madrid, enero-marzo 1971, pág. 171.

ra indisoluble, a saber: A) Dimensión de hecho, la cual comprende los hechos humanos sociales en los que el Derecho se gesta y se produce, así como las conductas humanas reales en las cuales el Derecho se cumple y se lleva a cabo. B) Dimensión normativa, consistente en una normatividad específica caracterizada por notas propias, entre las cuales figura la de impositiva e inexorable o coercitividad. C) Una dimensión de valor, estimativa o axiológica, consistente en que sus normas, mediante las cuales se trata de satisfacer una serie de múltiples necesidades humanas, esto es, dichas normas intentan hacerlo de acuerdo con las exigencias de unos valores de la justicia y de los demás valores que ésta implica, entre los que figuran la dignidad y la autonomía de la persona, la seguridad, el bienestar general y otros.

»Cabe distinguir nítidamente esas tres dimensiones. Pero sabemos percatarnos de que las tres se encuentran recíprocamente unidas de un modo inescindible, vinculadas por triples nexos de esencial implicación mutua.»

El Derecho, visto como norma humana con validez formal, será estudiado filosóficamente por la teoría general del Derecho, y científicamente, por la ciencia jurídica dogmática. El Derecho, considerado preponderantemente como un conjunto de peculiares hechos humanos sociales, será estudiado filosóficamente por la doctrina de la experiencia jurídica, y científicamente, por la sociología del Derecho y también por la historia del Derecho.

Los temas de valoración sobre el Derecho serán estudiados filosóficamente por la estimativa o axiología jurídica o teoría del Derecho natural, y en cuanto a las aplicaciones concretas y particulares, por la política del Derecho (legislativa y judicial) (15).

ELÍAS DÍAZ, si bien difiere de RECASÉNS SICHES en su cerrada crítica del Derecho natural, al que sustituye por la filosofía del Derecho, como meditación radical sobre el fenómeno jurídico, lo cierto es que sigue en lo esencial esta metodología al afirmar (16) que «debe superarse perentoriamente tanto el exclusivismo de una *Begriffsjurisprudenz*, como el exclusivismo de una *Interessenjurisprudenz*, en una real y auténtica *Justizjurisprudenz*, en una jurisprudencia de justicia... La ciencia jurídica precisa absolutamente y debe prolongarse en la sociología del Derecho y en la filosofía del Derecho».

Formula un esquema de trabajo para el análisis de la realidad del fenómeno jurídico, que en lo sustancial coincide con RECASÉNS SICHES:

«La ciencia del Derecho tiene como zona central de trabajo el Derecho válido. Análisis de la validez del Derecho y, en otro plano, descripción

(15) Id., id., págs. 184-185.

(16) Ob. cit., págs. 131-132.

y explicitación del sistema de legitimidad, incorporado en ese sistema de legalidad: es decir, primer nivel de legitimidad, la legitimidad legalizada.

La sociología del Derecho tiene como zona central de trabajo el Derecho eficaz. Investigación sobre la eficacia del Derecho y, en otro plano, constatación del sistema de legitimidad creado o aceptado por una colectividad: es decir, segundo nivel de legitimidad, la legitimidad eficaz.

La filosofía del Derecho tiene como zona central de trabajo el Derecho legítimo. Determinación de la legitimidad del Derecho, y dentro de él, crítica, tanto del Derecho válido y del Derecho eficaz, como de la legitimidad legalizada y de la legitimidad eficaz, crítica llevada a cabo desde el tercer y más radical nivel de la legitimidad: la legitimidad justa» (17).

No se crea que estos dos autores son los únicos en propugnar la concepción tridimensional del Derecho. RECASÉNS SICHES cita como partidarios de dicha teoría, con todas las diferencias de matiz que se quiera, a MIGUEL REALE, LUMIA, PASINI, BAGOLINI, ROUBIER, LAMAND, VIRALLY, ROSCOE POUND, JEROME HALL, KUNZ, LEGAZ Y LACAMBRA y CABRAL DE MONCADA.

Creo que es un buen método de trabajo y a él, en la medida de lo posible, me atendré en la exposición que sigue. Lógicamente, irán entremezclados en el discurso datos de historia del Derecho con modernas deducciones—o simples hipótesis—de las diversas ciencias del hombre acerca de la estructura y funciones de la sociedad patriarcal, que consagra e incluso sanciona religiosamente la inferioridad de la mujer. La ciencia jurídica española y extranjera, el Derecho comparado y la sociología jurídica suministrarán materiales para la síntesis final: la propuesta, en términos de política jurídica, de reforma de nuestra legislación familiar; el establecimiento de principios jurídicos más a tono con la estructura de la familia española actual en proceso de transformación y con los principios de la filosofía jurídica humanista.

En definitiva, creo hallarme en el campo de trabajo que tan acertadamente ha esbozado DÍEZ PICAZO en su manifiesto para la renovación del Derecho civil. El viejo principio patriarcalista de la supremacía del varón en el matrimonio, del que son trasuntos jurídicos la incapacidad de la mujer, la potestad marital y consiguiente deber de obediencia de ésta, la jefatura familiar del marido, la unidad de dirección del matrimonio atribuida al marido—fórmulas que jurídicamente son distinguibles, pero que sancionan con igual energía en el plano del Derecho positivo el puesto subordinado de la mujer en dicha sociedad—, debe ceder a un principio más humano, más adecuado a la moderna familia nuclear y democrática de la sociedad de la revolución científico-técnica en que

(17) *Ob. cit.*, pág. 63.

vivimos y a las exigencias de la filosofía humanista, que pone en el centro de sus afanes el respeto a la excelsa dignidad de la persona humana: el principio de la par condición de los sexos en el matrimonio y fuera de él. A no otra cosa obliga la recta intelección del artículo 3 del Fuero de los Españoles, reafirmado por la Ley promulgadora de los Principios del Movimiento de 17 de mayo de 1958.

La renovación que nuestro Derecho de familia experimentaría como consecuencia del arrumbamiento de un principio y la consagración de otro sería tal, que obligaría a la actualización total del resto de la legislación familiar: sería absurdo dejar intacto el estatuto arcaico de nuestra filiación, de la patria potestad e incluso de la tutela cuando las relaciones personales y económicas entre los cónyuges sufren una trascendental mutación.

CAPÍTULO V

GENESIS DE LA INFERIORIDAD DE LA MUJER EN LA SOCIEDAD PATRIARCAL: SUS CONSECUENCIAS EN LOS DERECHOS PRIMITIVOS Y ANTIGUOS

Retroceder en la noche de los tiempos hasta lo que debió ser el proceso de hominización, de conversión de una horda primitiva de homínidos en *homo sapiens*, sustancialmente iguales a nosotros, es una empresa fascinante, a la que se dedican antropólogos, paleontólogos, prehistoriadores..., buscando un indicio, un rayo de luz que rasgue el impenetrable misterio de nuestros orígenes.

Es un lugar común de los científicos afirmar que así como es relativamente fácil hallar indicios de la primitiva tecnología del hombre—y de los homínidos prehumanos—, resulta sumamente difícil rastrear los indicios de su organización social y familiar. Todo lo que puede hacerse es emplear el método comparativo con los actuales fósiles sociales—las sociedades primitivas, de tecnología sencilla, objeto de estudio por los antropólogos sociales—y deducir o conjeturar que si los actuales primitivos tienen tal o cual estructura social y familiar, bien pudieron tenerla los homínidos y los primitivos *homines sapientes*.

Tales conjeturas son objetables, porque el número de «muestras» que pueden estudiar los antropólogos es reducidísimo, no se conoce exactamente su evolución histórica—pueblos sin historia escrita—y muy bien pudo ser diverso el hombre primitivo originario del primitivo actual.

Con todas estas limitaciones puedo afirmar que la dispar condición jurídica de la mujer y el varón se debe a la rígida e impenetrable estructura de la sociedad patriarcal, que durante milenios, e incluso en nuestros días, ha preponderado en las costumbres de la mayor parte de las culturas conocidas.

Sin embargo, no es pacífica la cuestión. La tesis matriarcal de BACHOFEN ha sido reverdecida por los estudios del Movimiento de Liberación de la Mujer. KATE MILLET (17 bis) afirma que «si siguiésemos la vida especulativa podríamos debatir la probabilidad de un período hipotético que hubiese precedido al sistema patriarcal. Lo que sería crucial para este tipo de premisa es un estado de espíritu en que el principio original fuese considerado como fertilidad o procesos vitales. En una condición primitiva, antes que la civilización se desarrollase o no pasase de la técnica más rudimentaria, la humanidad tal vez hubiese descubierto la prueba más impresionante de fuerza creadora en el nacimiento de los niños, acontecimiento algo milagroso y ligado analógicamente al crecimiento de la vegetación terrestre».

ARANGUREN, haciéndose eco de esta teoría, afirma (18): «La mujer no en todas las culturas ha representado el papel absolutamente subordinado que desde sus orígenes—cultura hebrea, civilización griega clásica, civilización romana, aportación cultural germánica—ha tenido en la nuestra. Hubo un mundo que solemos llamar oscuro, subterráneo, nocturno, 'romántico', de religión telúrica, diosas y matriarcado. Es verdad que de él emergió el claro, luminoso, varonil..., de la Grecia clásica.»

Sin embargo, lo cierto es que pronto el principio patriarcal hizo su aparición. Para algunos antropólogos de la talla de LEVY STRAUSS, que no plantean el tema de la prioridad del matriarcado o patriarcado, desde el principio del proceso de hominización.

En efecto, para LEVY STRAUSS (19), las únicas características sociales humanas absolutamente universales residen en la prohibición, en un grado más o menos amplio, de las relaciones incestuosas. Para este autor tal prohibición constituye el rasgo cuya impronta marca todas las formas conocidas de sociedades humanas y que parece diferenciar naturaleza y cultura. Al regular de alguna forma las relaciones sexuales y, por lo mismo, las relaciones sociales, la cultura se superpone al estado de

(17 bis) «Uma política sexual», de Kate Millet, en el libro colectivo *Mulheres contra Homens?*, en *Cadernos D. Quixote*, núm. 37, Publicações D. Quixote, Lisboa, 1971, págs. 158-159.

(18) *Erotismo y liberación de la mujer*, citado, pág. 94.

(19) Citado en S. ZUCKERMANN, «La hominización de la familia y de los grupos sociales», obra colectiva de H. VALLOIS, A. VANDEL y otros, titulada *Los procesos de hominización*, Colección 70, Editorial Grijalbo, S. A., México, 1969, páginas 90-91.

naturaleza, en que las relaciones sexuales son, por el contrario, la principal fuerza de cohesión de la sociedad.

Allí donde el incesto no está prohibido, ningún grupo social deja de sufrir una desgarradura y una subdivisión continua en grupos estrechamente consanguíneos. La exogamia constituía una práctica radical para paliar este peligro y tuvo como consecuencia la continuidad del grupo social.

Pero para LEVY STRAUSS—afirma HERNÁNDEZ GIL (20)—, «la prohibición del incesto es menos una regla que prohíbe casarse con la madre, la hermana o la hija, que la regla que obliga a entregar a la madre, a la hermana o a la hija a otra persona: es la regla de la donación por excelencia...».

«En el pensamiento de LEVY STRAUSS, la transmutación de la naturaleza en cultura, con la conversión de la familia biológica en grupos sociales, se alcanza a través de la mujer intercambiada, comunicada, la mujer signo. La equiparación entre el papel del signo lingüístico y el de la mujer no es meramente metafórica, aproximada o traslaticia. Exogamia y lenguaje tienen la misma función fundamental: la comunicación de los demás y la integración en el grupo.»

Queda clara en el pensamiento de LEVY STRAUSS la inferioridad de la mujer frente al varón en la sociedad primitiva. De dicha inferioridad antropológica derivan la inferioridad cultural y social de la mujer, que la religión sacraliza y el Derecho—si es que de estas finas distinciones puede hablarse en el mundo mágico del hombre primitivo y antiguo—sanciona con la coactividad que le ha caracterizado desde siempre, desconociendo la personalidad jurídica de la mujer.

Para ZUCKERMAN (21), «dos rasgos caracterizan al grupo humano, rasgos que no se pueden observar en el mundo subhumano ni aun bajo forma rudimentaria: el primero lo constituyen las instituciones culturales que rigen las relaciones entre los sexos; el segundo, la cooperación en la busca de alimentos».

La introducción de la economía predadora, cazadora, debió contribuir a consagrar la incapacidad de la mujer, al excluirla de su sobresaliente papel en la indiferenciada economía primitiva recolectora de alimentos. Es evidente que los repetidos embarazos y lactancias de la mujer primitiva tuvieron que impedir que participara en la caza tribal.

Otra hipótesis que justificaría, por razones antropológicas, la inferioridad de la mujer sería el desconocimiento en la fase más primitiva, y el conocimiento en otra fase más avanzada, del mecanismo de la procreación

(20) HERNÁNDEZ GIL, *ob. cit.*, II, pág. 307.

(21) *Ob. cit.*, pág. 88.

y, consiguientemente, de la posible atribución de la paternidad al varón que convivía con la madre. Ello llevaría a una «apropiación» por el padre del niño y un robustecimiento de su poder en el seno de la primitiva familia, relegando a la madre a la condición de simple receptáculo de la fuerza genesiaca, dadora de vida, del varón.

Concluye ZUCKERMANN su análisis del proceso de hominización, que, en parte, se aleja del de LEVY STRAUSS, afirmando que (22) «el tránsito de una economía recolectora a una economía cazadora, después a una economía de pastoreo y, por fin, a una economía plenamente agrícola, con todas las nuevas ideas sobre la propiedad individual y comunal que la transformación hubo de llevar con ella, no hubiera podido realizarse sin cierta reglamentación de las relaciones entre los sexos y de las relaciones en las familias del interior del grupo».

Estas reglamentaciones fueron, al menos en el período histórico propiamente dicho, del que quedan suficientes indicios, predominantemente patriarcales.

Por supuesto, que no lo sabemos todo de la sociedad patriarcal antigua ni son iguales las moradas vitales de los diversos pueblos que han poblado el escenario de la historia.

La esencia de tal civilización se basa en el predominio absoluto del sexo masculino, y dentro del mismo, del varón libre y de mayor edad. Al frente de una familia extensa, compuesta de distintas familias nucleares—un hombre y una mujer y los hijos de ambos—, se halla el varón de mayor edad origen del grupo, que ostenta una superioridad abrumadora sobre los restantes miembros del mismo. Estos en muchas ocasiones difícilmente pueden considerarse dotados de capacidad jurídica. El patriarca es dueño de todos los bienes familiares, sacerdote de los cultos domésticos a la divinidad, jefe militar, supremo magistrado, al menos, en el ámbito que el grupo superior le consiente. Su poder se transmite a un hijo habido de una unión legítima y por línea de varón. El parentesco es reconocido en el sistema patriarcal sólo a través de la vinculación con la línea masculina del patriarca (sistema agnaticio). La consanguinidad propiamente dicha es irrelevante jurídicamente.

El patriarca puede repudiar libremente a su esposa o incluso darle muerte. Normalmente le es lícito tomar más de una o tener esposas de distinto rango.

En una tal sociedad, la incapacidad jurídica de la mujer debió de ser absoluta.

Hablar de mujeres capaces jurídicamente significa analizar una suerte

(22) *Ob. cit.*, pág. 92.

de unión conyugal en que los poderes del primitivo patriarca estuvieran algo limitados.

La familia extensa prepondera tanto en Israel como en Grecia y en Roma.

El esquema patriarcal enunciado, con lógicas variantes de tiempos y lugares, se encuentra en la mayor parte de los pueblos históricos de que tenemos noticia.

«El Antiguo Testamento—afirma ARANGUREN (23)—documenta de una manera impresionante, y desde el principio hasta el final, el carácter viril de la cultura hebrea. Su Dios, lo mismo Jahvé que Elohim, es visualizado como un varón 'celoso', dominante y aun absorbente.» El relato del *Génesis* claramente consagra la dependencia de Eva respecto de Adán, creada aquélla a imagen y semejanza de éste. La mujer es considerada como propiedad del varón: «No desearás la mujer de tu prójimo, ni su servidor, ni su sierva, ni su buey, ni su amo: nada de lo que es suyo.» El régimen jurídico familiar era rigurosamente patriarcal. La religión era por completo masculina; los sacerdotes, varones, y el Mesías había de ser un hombre. La repulsa de las religiones de ritos femeninos (culto de Astarté, Isis, etc.) es absoluta en la Biblia, y en el Nuevo Testamento se ve el triunfo aplastante de tal repulsa: ni rastros de tales cultos quedaban en Judea al advenimiento de Cristo.

La situación jurídica de la mujer podemos imaginárnosla: incapacidad casi absoluta, equiparación a un esclavo, exclusión de la vida sacral del pueblo elegido, levirato forzoso caso de enviudar, impureza legal, repudiación al arbitrio del marido, lapidación caso de adulterio. La absorción de su patrimonio y la sujeción personal absoluta a la persona del patriarca impiden pueda hablarse de capacidad o incapacidad de la mujer: éstas son nociones que presuponen un *status personae*, y la mujer es cosa *sui generis*, una propiedad del varón.

En Grecia, la concepción social y jurídica de la mujer no podía sino ser patriarcalista. Se asimila a los esclavos, a los menores de edad, a los extranjeros. Sin embargo, le está permitido defenderse ante los Tribunales o prestar testimonio en los mismos, lo que permite hablar de su capacidad jurídica. La esposa permanece recluida estrictamente en el gineceo, mientras que la cortesana (la hetera) será libre. «La casa es para la mujer de bien; la calle, para la mujer de nadie», dice MENANDRO. Todo lo que se haga en la casa será femenino; el ágora, los negocios, la oratoria, la gestión de los asuntos públicos, la guerra, masculino. «La mujer no dispone jamás de sus bienes y pasa de la tutela del padre a la

(23) *Ob. cit.*, pág. 103.

tutela del marido o a la de un pariente de éste si queda viuda, o bien a la de su propio hijo si no tiene otros parientes varones. Puede ser dotada, pero esta dote no le pertenece» (24).

CAPÍTULO VI

EL DERECHO MATRIMONIAL ROMANO Y LA CAPACIDAD JURIDICA DE LA MUJER CASADA

El impresionante monumento del Derecho romano permite documentar perfectamente una sociedad patriarcal, que para algunos de sus investigadores (SUMMER MAINE y FOUSTEL DE COULANGES) ha pasado a ser arquetípica de las restantes conocidas.

Afirma ESPÍN CÁNOVAS (25) que «el Derecho romano situó a la mujer en una posición de inferioridad manifiesta frente al hombre, negándole esa preeminente situación jurídica que en Roma tenía el jefe de una familia y que la mujer nunca podía alcanzar. Por el contrario, siempre se halla sujeta a una potestad familiar: la patria potestad si es *filia familias*; *in manu*, si ha contraído matrimonio *cum manu*; finalmente, si es *sui iuris*, cae bajo una tutela perpetua. En suma, la mujer está sometida al cabeza de familia, al marido o al tutor cualquiera que sea su edad. Su exclusión, por tanto, de los cargos públicos y de las funciones de carácter público, como la de ejercer la tutela o *postulare pro aliis* ante el magistrado, tiene un completo paralelismo en el ámbito del Derecho privado».

No interesa aquí estudiar a fondo el problema de la capacidad jurídica de la mujer *sui iuris*, no sujeta a la *manus maritalis*. La primitiva sujeción e inferioridad de la mujer van decayendo conforme se dulcifican las costumbres patriarcales. Sigue diciendo ESPÍN (26) que «la mujer púber y, por tanto, mayor de edad, si no está sometida a la potestad de un *pater familias* y es, por consiguiente, *sui iuris*, o sea, capaz jurídicamente, no llega, sin embargo, a una efectiva independencia, como la que disfruta el hombre que haya salido de la potestad familiar y sea mayor de edad. Por el contrario, la mujer quedaba sometida perpetuamente, cualquiera que fuese su edad, a la potestad de un tutor, cuya *auctoritas* necesitaba para casi todos los actos jurídicos, como para contraer matrimonio *cum manu*, para otorgar testamento, etc.».

(24) EVELYNE SULLEROT, *La mujer, tema cadente*, Biblioteca para el hombre actual, Ediciones Guadarrama, S. A., Madrid, 1971, pág. 26.

(25) *La capacidad jurídica de la mujer casada*, Salamanca, 1969, pág. 7.

(26) *Id.*, *id.*, pág. 8.

La decadencia de la tutela *mulierum* fue incesante, pues reconoce el mismo profesor ESPÍN que ya CICERÓN admitía que «los jurisconsultos han inventado tutores que están bajo la potestad de las mujeres». Hacia el fin del siglo IV de nuestra era la tutela *mulierum* se ha extinguido tras un lento declinar.

Distinto era el problema de la capacidad de la mujer casada: sintéticamente podemos afirmar que o su incapacidad jurídica era absoluta o su capacidad de obrar era ilimitada, según el matrimonio se hubiera celebrado *cum manu* o *sine manu*.

Al lado de la *confarreatio*, rito matrimonial religioso basado en la intervención del *flamen dialis*, existen ya en las *XII Tablas* dos ritos matrimoniales completamente secularizados: la *coemptio*—suerte de *negotium per aes et libram*—y el *usus maritalis*, o mejor dicho, la *in domum deductio* de la mujer, consolidada por el *usus annuus*. La mujer podía interrumpir el *usus* pernctando fuera de la casa del marido tres noches (*trinocti usurpatio*), en cuyo caso interrumpía la adquisición de la *manus maritalis*.

Dichas formas de matrimonio conferían la *manus* al varón, que no es sino expresión particularizada del poder absoluto, absorbente, que competía al *pater familias* sobre los hijos (*patria potestas*); sobre ganados, esclavos y fundos (*dominium*), y sobre la esposa (*manus*). Poder que confería la facultad de repudiarla, venderla o incluso matarla.

Sin embargo, las *mores* familiares introdujeron dulcificación a este poder absoluto: era *contra mores* vender a la mujer—no se puede decir otro tanto del *common law* británico, que permitió hasta principios del siglo XIX la venta de la esposa—; era preciso reunir un tribunal de parientes, entre los que se incluían los de la mujer—contra el principio agnaticio del parentesco romano—, para castigarla gravemente o matarla. La mujer era considerada *mater familias*, matrona, lo que era un atributo honorífico: tenía un puesto claramente definido en los ritos familiares.

No obstante, la incapacidad jurídica de la mujer *in manu* era absoluta, quedaba equiparada a una hija (*quasi filiae locum optinet*, afirmaba GAYO); si adquiría, era para el marido lo que adquiría; perdía cuantos derechos sucesorios pudieran corresponderle en su propia familia. De ahí que para compensarle la pérdida de tales derechos, la costumbre introdujo la *dos profecticia*, entregada por su padre al marido. Pero dada la incapacidad jurídica absoluta de la mujer, el marido hacía suyos cuantos bienes pudieran corresponderle en concepto de dote a la mujer: el régimen matrimonial romano primitivo es el de absorción o unicidad de patrimonio en la persona del marido, *pater familias*.

Ya desde las *XII Tablas*, aparte del matrimonio *cum manu*, existía el *sine manu*, pues la posibilidad de la mujer de interrumpir el *usus maritalis* mediante la *trinocti usurpatio* permitía mantener su *status familiae*

anterior al matrimonio: *sui iuris* o *in potestate* de su propio *pater familias*.

La mujer que hubiera contraído un matrimonio *solo consensu, sine manu*, no pasaba a la familia del *pater familias* y continuaba en su familia de origen.

Al final de la época republicana cae en desuso el matrimonio *cum manu* y sólo se contrae el *sine manu, solo consensu*, sin sujeción a forma solemne alguna.

Sin embargo, tanto uno como otro matrimonio conferían la patria potestad al *pater familias* sobre los hijos nacidos de la unión, en virtud del conocido principio *pater est is quem iustae nuptiae monstrant*: tan justas eran a estos efectos las nupcias formales como las aformales. La peculiaridad de la arcaica patria potestad romana, cuando la evolución de las costumbres dulcificó la primitiva dureza, fue mantenida por los juristas como rasgo distintivo de su Derecho, del que se enorgullecían.

SCHULZ (27) aplaude el Derecho matrimonial clásico al afirmar que: «... es, sin duda alguna, el logro más impresionante del genio jurídico de Roma. Ya en los primeros tiempos de la historia de la civilización apareció un Derecho matrimonial humano, esto es, basado en la idea humana del matrimonio concebido como unión libre y disoluble en que viven ambos cónyuges en pie de igualdad».

Rechaza la tesis de IHERING, que considera el Derecho matrimonial clásico como una corrupción del viejo matrimonio *cum manu*. «El Derecho clásico—sigue diciendo SCHULZ (28)—no fue creado por libertinos o personas licenciosas, sino por la mejor solera de la sociedad romana, y no fue el matrimonio así concebido un signo de perversa decadencia, sino una prueba del sentido humano de Roma.»

Las consecuencias de este tipo de matrimonio libre, creado por el genio de los juristas romanos, basado en la *humanitas* romana, han llegado a nuestros días. Nadie se acuerda ya, fuera de los especialistas, de los matrimonios de las *XII Tablas*: sí ha impresionado vivamente a la conciencia y sensibilidad del mundo occidental culto la extrema libertad, que en contadas ocasiones pudo degenerar en corrupción de costumbres, de la mujer de la Roma imperial. De la mujer de alto linaje, ciudadana rica, se entiende.

Pues bien, este reducido número de privilegiadas consiguió la libertad más absoluta en el manejo de su persona y bienes. SCHULZ afirma (29) que «los matrimonios libres no producían efectos patrimoniales inmediatos... Cada uno de los cónyuges podía disponer libremente de su propiedad *inter vivos* y *mortis causa*. La mujer especialmente no necesitaba autori-

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

(28) Id., íd., íd.

(29) Id., íd., pág. 113.

zación marital para los actos en que interviene, ni el marido es responsable de las deudas contraídas por la mujer».

Frente a las diversas clases de dote surge la institución de los *parapherna, res quae extra dotem sunt*, de los que la mujer tenía la absoluta propiedad, libre disfrute, disposición y administración. En la práctica, la costumbre aconsejaba entregar la administración al marido, pero la mujer podía revocar el mandato cuando le viniera en gana. También podía entregarla a un liberto, a un esclavo o a una persona de baja condición, quizá a un amante, lo que satirizan los epigramistas de la Edad de Plata.

En conclusión, cabe afirmar: la mujer *sui iuris* romana, aunque capaz jurídicamente, era incapaz de obrar y precisaba la *auctoritatis interpositio* de un tutor, que se convierte pronto en una ficción y desaparece en el período postclásico. La mujer en matrimonio *cum manu* tiene una absoluta incapacidad jurídica, y lo que adquiere, lo adquiere para el *pater familias* (tiene capacidad de obrar, pero no en provecho propio). La mujer en matrimonio *sine manu*, fuera de algunas limitaciones de detalle, que no es del caso exponer aquí, goza de plena capacidad jurídica y de obrar.

La lección del Derecho matrimonial romano clásico es impercedera. Cuando Occidente ha pretendido secularizar el matrimonio y liberarlo de la tardía intervención de la Iglesia en su régimen y disciplina jurídica —el *Decretum* de Graciano del siglo XII marca un hito fundamental de dicha intervención en Occidente—, ha vuelto sus ojos a la antigüedad clásica.

El matrimonio civil, a partir de la Revolución francesa, se regula sobre la base del consentimiento libre e igualitario de ambos cónyuges, aun cuando exista la jerarquía que impone la autoridad marital. Se le exime de toda intervención religiosa, que queda deferida a la conciencia de los ciudadanos. La disolubilidad de tal unión parece un corolario de su carácter secularizado, firme el principio moral de la indisolubilidad del matrimonio sacramental.

Calificar sin más tal matrimonio, casi únicamente admitido en los Derechos modernos, como de concubinato parece precipitado.

En tal sentido, algún sector teológico del postconcilio Vaticano II ha puesto en primer plano la posibilidad de una «desjuridización» del matrimonio sacramental, que firme la obligación moral de indisolubilidad supondría, en cierto modo, una vuelta a la concepción matrimonial romana clásica.

CAPÍTULO VII

DOCTRINA CRISTIANA DE LA CONDICION DE LA MUJER

Sería excesivo distinguir la doctrina de Cristo y de San Pablo al respecto, como si de dos polos antitéticos se tratase.

Sobradamente conocida es la benigna praxis de Cristo respecto de mujeres marginadas por la tradicional actitud patriarcal de los fariseos: la Magdalena, la mujer adúltera, la samaritana, la hemorroísa, impura legal e intocable a causa de su enfermedad; su doctrina acerca del matrimonio uno e indisoluble; la imposición de iguales deberes al varón y a la mujer en el matrimonio. Cristo no era jurista, sino moralista, jefe religioso, y como tal sentó las bases, en su palabra y obra, de la igual dignidad de todos los hijos de Dios, varones y mujeres.

De tal concepción, las conclusiones lógicas no pueden ser sino la supresión de toda discriminación basada en el sexo, cuando—como en el mundo actual—el desarrollo progresivo de la conciencia y de los conocimientos humanos han hecho insostenible, por injusta, tal discriminación.

Sin embargo, la formulación y efectiva puesta en práctica de tales corolarios se ha visto entorpecida—casi diría oscurecida históricamente—por la interpretación patriarcalista de ciertos textos del Nuevo Testamento, especialmente contenidos en las Epístolas de San Pablo, que parecen consagrar la inferioridad de la mujer casada en relación con su marido, jefe natural de ella.

Las consecuencias de tal teología no han podido ser más calamitosas para la condición femenina: los iusnaturalistas católicos—con Santo Tomás al frente (30)—se han apoyado en la autoridad de San Pablo para afirmar ser de Derecho natural la autoridad marital. Las consecuencias legislativas son obvias en el contexto de un Derecho matrimonial no secularizado: la consagración *sine die* de la autoridad marital y el grave escrúpulo de conciencia de juristas católicos poco avisados cuando se plantea el tema de la abolición en las leyes de la misma. Nada menos que en el preámbulo de la Ley de 24 de abril de 1958 se hace referencia a esta doctrina teológica.

En la Epístola a los Corintios afirma (11,2 y 11): «Mas quiero que sepáis que Cristo es la cabeza de todo hombre, como el hombre es cabeza de la mujer... Por tanto, debe la mujer traer sobre la cabeza la divisa de la sujeción.» En Efesios (5,21): «Las casadas estén sujetas a sus pro-

(30) *Summa Theologica*, parte 1.ª, cuestión 92, artículo 1.º

pios maridos, como la Iglesia está sujeta a Cristo.» En Timoteo: «La mujer aprenda en silencio con toda sujeción. Porque no permito a la mujer enseñar ni tener autoridad sobre el hombre, sino estar en silencio.» En Colosenses (3,18): «Las mujeres deben estar sumisas a su marido como al Señor.»

Un verdadero retroceso histórico en la Iglesia posterior a la primitiva marca la condición de la mujer: los Santos Padres desconfían de ella, cuando no la condenan abiertamente; desaparecen a los pocos siglos las diaconisas, conocidas en la praxis de la Iglesia primitiva. La mujer queda sujeta a las prácticas discriminatorias de la sociedad patriarcal, y lo que es más grave, estas prácticas, como tantas veces en la Historia, se sacralizan, se consagran como pertenecientes casi al orden del dogma en el pensamiento acrítico de muchos eclesiásticos de todos los tiempos.

La tradicional autoridad marital, consecuencia de tal concepción, es suavizada considerablemente en la Encíclica *Casti Connubii* de Pío XI, al afirmar que la sumisión de la mujer a su marido «no niega ni quita la libertad que en pleno derecho compete a la mujer, así por su dignidad de persona humana, como por sus nobilísimas funciones..., ni, finalmente, enseña que haya que equiparar a la esposa con aquellas personas que en Derecho se llaman menores y a las que, por falta de madurez de juicio..., no se les suele conceder el ejercicio de sus derechos, sino que, al contrario, prohíbe aquella exagerada licencia que no se cuida del bien de la familia... El grado y modo de tal sumisión de la mujer al marido puede ser diverso, según las varias condiciones de las personas, de los lugares y de los tiempos, y más aún, si el marido faltase a sus deberes, debe la mujer hacer sus veces en la dirección de la familia. Pero tocar o destruir la estructura familiar y su ley fundamental, establecida y confirmada por Dios, no es lícito en tiempo alguno ni en ninguna parte» (31).

CAPÍTULO VIII

LA CONDICION DE LA MUJER EN LA SOCIEDAD Y EL DERECHO MEDIEVAL Y MODERNO

Resulta sumamente difícil hacer una recopilación de la doctrina y derecho usual de los diversos ordenamientos medievales europeos acerca de la condición personal y capacidad jurídica de la mujer casada. El fragmen-

(31) Continúa la Encíclica fijando la posición oficial de la Iglesia en la época que fue escrita (1930), acerca de las tendencias igualitarias del feminismo: «La igualdad de derechos, que tanto se amplifica y exagera, debe, sin duda alguna,

tarismo de las fuentes jurídicas, las peculiaridades de la organización pluralista de la sociedad medieval, la diversidad de las costumbres de los varios territorios, el influjo de las ideas jerarquizantes y autoritarias de la Iglesia acerca de la condición de la mujer, la «juridización» del matrimonio sacramental cristiano a partir del Decreto de Graciano y el paulatino desenvolvimiento de la economía europea a continuación de dicha fecha fueron factores que, evidentemente, deben ser tenidos en cuenta para un estudio de conjunto del problema que estoy examinando.

Las costumbres de los pueblos germánicos regulaban dos variedades de matrimonios semejantes a los *cum manu* y *sine manu* del Derecho romano.

El «matrimonio con *Munt*» (MUNTEHE), celebrado bajo la forma de una compra de la mujer por el marido, transmite la potestad, el *mundium* que el padre o el tutor ostentan sobre la novia. La promesa o esponsales (*Verlobung*), la *Wittum* o entrega de la dote o arras por el marido a la mujer y la *Trauung* o entrega de la mujer a la *Munt* (*mundium*) del marido mediante formas simbólicas traspasan al esposo la potestad sobre la mujer, ciertamente más débil que la del Derecho de las *XII Tablas*. Aun cuando la incapacidad de la mujer es general, lo cierto es que se le reconoce la potestad de las llaves (*Schlüsselgewalt*) para realizar aquellos negocios dentro del ámbito del hogar característicos de la economía de aquellos tiempos.

Al lado del matrimonio con *Munt*, existe el matrimonio que no transfiere este poder al marido, y en el que ambos cónyuges contraen libremente el vínculo (*Friedelehe*, «matrimonio libre»).

La mayor o menor capacidad de la mujer dependía de las costumbres locales y del régimen matrimonial usual en cada comarca o nación germánica primitiva, según el clásico principio de la personalidad de las leyes, que sufre excepciones relativamente tempranas en el *Liber iudiciorum* visigótico. Frente al régimen de separación de bienes característicos del matrimonio *sine manu* romano, hallamos en los Derechos germánicos el de comunidad de bienes—con todas las variantes que se quiera—, que tal vez obedeció a ideas cristianas y, desde luego, se inspiraba en la

admitirse en cuanto atañe a la persona y dignidad humanas y en las cosas que derivan del pacto nupcial y van anejas al matrimonio, porque en estos campos ambos cónyuges gozan de los mismos derechos y están sujetos a las mismas obligaciones; en lo demás ha de reinar cierta desigualdad y moderación, como exigen el bienestar de la familia y la debida unidad y firmeza del orden y la sociedad doméstica. Y si en alguna parte, por razón de los cambios experimentados en los usos y costumbres del comercio humano, deban mudarse algún tanto las condiciones sociales y económicas de la mujer casada, toca a la autoridad pública acomodar los derechos civiles de la mujer a las necesidades y exigencias de estos tiempos, teniendo siempre en cuenta lo que reclaman la natural y diversa índole del sexo femenino, la pureza de costumbres y bien común de la familia.»

noción orgánica, transpersonalista, característica de aquellos Derechos. Y en dicho régimen observamos que la mujer tiene cierta intervención en el régimen y disposición de los bienes matrimoniales, conforme al principio de la *Zur Gesamte Hand*. Los poderes dispositivos del marido se encontraban limitados.

Esto no rompe en modo alguno el esquema de los poderes patriarcales del varón sobre su mujer, aunque no cabe duda que la *Hausfrau* germánica se hallaba investida de una dignidad semejante a la *mater familias* romana, y su condición se hallaba muy por encima de lo que había sido la suerte de las mujeres semitas o griegas.

El progresivo desenvolvimiento de la economía medieval de Europa Occidental, perceptible a partir del primer Renacimiento de los siglos XI y XII, culmina en el siglo XIII. El amor cortés profesado por los trovadores medievales, a partir de este desenvolvimiento, dulcifica las costumbres y enaltece en la consideración social a la mujer, aunque no parece que tenga influencia ninguna en las fuentes jurídicas ni debilita en modo alguno la potestad del varón sobre su mujer. Las fuentes literarias reconocen el vigor de dicha potestad, que llega hasta el derecho de la más brutal corrección por el marido e incluso de uxoricidio por razón de adulterio, como en los «mejores» tiempos patriarcales.

Creo, sin embargo, que ese desenvolvimiento económico originó un auge de las capitulaciones matrimoniales en toda Europa, y en ellas, la práctica de los juristas que las redactaban amplió el ámbito de la capacidad patrimonial de la mujer, combinando principios romanos con los germánicos, estableciendo aportaciones matrimoniales en que la mujer conservaba ciertos derechos, la posibilidad de disponer ésta de ciertas cantidades para sus gastos menudos («alfileres»), aun cuando hubiera entregado sus bienes en dote romana al marido, etc.

La recepción del Derecho romano permitió emplear una técnica más depurada. Sería interesante estudiar las vicisitudes de la institución de los parafernales, que, sobre todo, en las legislaciones de la península italiana debió de estar en pleno vigor.

El desenvolvimiento de la economía de mercado a partir de la Baja Edad Media provocó una nueva ampliación de la capacidad de obrar de la mujer. La tutela a que la mujer soltera se hallaba sometida hubo de decaer en muchas legislaciones, mientras que en otras, como las de Castilla y Aragón, no fue nunca conocida, al menos en sus fuentes, recopiladas a partir del siglo XIII.

EVA FIGES (32) reconoce que la posición de la mujer casada en la

(32) *Actitudes patriarcales: las mujeres en la sociedad*, Alianza Editorial, S. A., Madrid, 1972, págs. 73 y 74.

Inglaterra isabelina, la «vieja y alegre Inglaterra» de antaño, era mucho más lisonjera que lo fue con posterioridad. «La posición de las mujeres de los artesanos de los gremios demuestra que estaba considerada como asociada importante en el trabajo. Como esposa estaba eximida de los requisitos necesarios para entrar en el gremio y podía continuar el negocio a la muerte del marido. Y era normal que las mujeres heredasen los negocios, en vez de que éstos pasasen a estar bajo control de los hijos; las viudas de los maestros artesanos estaban muy solicitadas en matrimonio. pues era una manera de tener acceso a trabajos especializados... «La pequeña industria doméstica les estaba confiada, y sin la pequeña industria doméstica, la economía del Renacimiento se hubiera paralizado.» Las costumbres de la *city* londinense permitían a la mujer casada negociar por cuenta propia, en cuyo caso tenía igual capacidad que si fuese soltera.

Sin embargo, el desarrollo del primer capitalismo detuvo el progreso de la condición femenina. La desaparición práctica de los gremios en la Inglaterra del siglo XVIII, con la libertad de trabajo que llevó consigo, arruinó esa pequeña industria artesana fundada en el trabajo de la mujer. Esta, en lo sucesivo, si es de condición humilde, se ve reducida a la condición de mano de obra barata, sometida a la doble tiranía del marido y de la disciplina del taller industrial. Situación magistralmente dibujada por CARLOS MARX y CARLOS DICKENS, cada uno a su modo.

Si es de condición superior, precisamente en el final del siglo XVIII se desarrolla la llamada «mística de la feminidad» (32 bis), que trata de encadenar a la mujer a su papel pasivo tradicional por medio de halagos: si la mujer, por el contrario, contraviene las pautas de madre ejemplar; hija obediente y recatada, depositaria de las esencias de la raza, etc., pautas definidas con arreglo a los intereses de la sociedad patriarcal, todo el peso de la opinión pública cae sobre ella. Interesaba a las fuerzas dominantes del proceso económico—la burguesía—dominar a sus propias mujeres no por la violencia, sino por medio del lujo y el ocio. Los intereses del moderno capitalismo—obtener mano de obra barata—y el de la sociedad patriarcal—dominar a las mujeres—se conjugaron plenamente, pese al racionalismo de la Ilustración, por este doble mecanismo que he expresado.

GROCIO sentó las bases de la filosofía iusnaturalista de inspiración protestante sobre la condición de la mujer casada, que prevaleció en la Ilustración del siglo XVIII. Afirma que el matrimonio debe considerarse como uno de los *iura in persona*, a los que él hace proceder, o de la sumisión (*subiectio*) o de la ordenación social (*consociatio*). Siguiendo la tradición aristotélica, y apoyado por la intuición jurídica alemana, consi-

(32 bis) Me remito a la conocida obra de este título de BETTY FRIEDAN.

dera el matrimonio como *consociatio*, esto es, una institución, no un contrato, como en el Derecho romano y KANT. Pero aunque consorcio, no admite paridad con las relaciones de sociedad, antes bien, el marido es la cabeza natural, tanto de la mujer como de la familia; el matrimonio es, pues, la unión que subordina a la mujer. No obstante, GROCIO reconoce el deber ético del marido de fidelidad para con la mujer (33).

CAPÍTULO IX

LA CAPACIDAD JURIDICA DE LA MUJER CASADA EN EL CODIGO CIVIL FRANCES DE 1804: SUS PRECEDENTES DOCTRINALES E HISTORICOS INMEDIATOS

Resulta tópico considerar el *Code* civil como expresión de esta reacción de la sociedad patriarcal y del moderno capitalismo frente a la innegable mejora de la condición de la mujer en el Antiguo Régimen. Aun cuando es preciso hacer ciertas aclaraciones.

ROUSSEAU (34) adopta una actitud ambivalente respecto del sexo femenino. «El hombre nace libre y por doquier se encuentra encadenado», reza la inspirada, aunque filosóficamente incorrecta, primera línea de *El contrato social*, y si no hubiera leído otras obras suyas uno podría hacerse la ilusa idea de que por «hombre» quiere significar «humanidad». En realidad, cabe sospechar que ROUSSEAU fomenta deliberadamente tal ilusión; a lo largo de todo el libro no mienta en absoluto la palabra «mujer» y se tiene cierta impresión de un universo unisexual.

Sin embargo, las ideas democráticas de algunos sectores de la Revolución francesa fueron mucho más lejos de los planteamientos inmovilistas de ROUSSEAU respecto de la condición de la mujer. Su influencia en los salones parisienses y en el nacimiento de los partidos políticos fue considerable. «Pero una vez establecidos los cimientos, la posición de las mujeres cambió: en 1793, la Convención Nacional suprimió todos los clubs y sociedades de mujeres, cerró los salones y denegó a la mujer todos los derechos políticos. Esto no era sólo una traición de hecho, sino que empeora la situación de la mujer antes de la Revolución, ya que durante el *Ancien Régime*, las mujeres propietarias que reuniesen determinados requisitos podían votar y ocasionalmente incluso formar parte de las asambleas provinciales» (35). OLIMPIA DE GOUGES, la primera feminista francesa, subía al cadalso.

(33) Citado en WIEACKER, *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, Aguilar, Madrid, 1957, págs. 256 y 257.

(34) Citado en EVA FIGES, *ob. cit.*, pág. 105.

(35) *Actitudes patriarcales*, cit., pág. 106.

La reacción antifeminista a fines del siglo XVIII era general en todo Occidente. Durante el período colonial americano, las mujeres podían votar, pues el voto tenía como base el derecho de propiedad y no el sexo. Sin embargo, fueron privadas del derecho de sufragio por leyes (Virginia, 1699; Nueva York, 1777; Massachusetts, 1780; New Hampshire, 1784, y New Jersey, 1807) (36).

Influidos por este estado de opinión, no menos que por las particularidades de las costumbres femeninas y excesos de la situación postermidiana, los codificadores franceses fueron endureciendo su postura respecto de la mujer casada. ESPÍN CÁNOVAS (37) hace referencia a los sucesivos proyectos de Código civil presentados por CABBACÈRES: en el tercero de ellos, la administración del patrimonio común se atribuye al marido, y en el discurso preliminar advierte que «aunque la igualdad debe servir de reguladora de todos los actos de la organización social, esto es sin descartar el mantenimiento del orden social». La disparidad de sexos se seguía considerando por los juristas del *Code* como perteneciente al orden natural, siguiendo en esto la tesis de GROCIO y, en general, del iusnaturalismo del siglo XVIII.

El artículo 213 del *Code* (objeto de reformas sucesivas, como veremos; no otro tanto podría decirse del 57 de nuestro Código civil) afirmaba que «el marido debe protección a su mujer; la mujer, obediencia al marido». Se ha hecho tópica la interpretación rígidamente patriarcalista de dicho precepto del primer cónsul y luego emperador, inspirador del *Code*, Napoleón Bonaparte.

«Las consecuencias de esta potestad marital—sigue diciendo ESPÍN (38)—fueron rigurosas. La mujer era incapaz para todos los actos jurídicos, necesitando la asistencia de su marido para poder realizarlos; el marido fijaba el domicilio conyugal, teniendo que seguirle la mujer cualesquiera que fuesen las circunstancias; el marido controlaba las relaciones y correspondencia de la mujer, dirigía el hogar..., sin ninguna participación de la mujer.»

RIGAUX (39) habla de que «la yuxtaposición de elementos patriarcales y la tendencia individualista explican el carácter incoherente del primer libro del *Code* civil. No obstante, las dos corrientes se han fusionado

(36) JOYCE COWLEY, «Las precursoras del movimiento», en el libro colectivo *Hablan las Women's Lib* (Movimiento de Liberación de la Mujer), Editorial Kairos, Barcelona, 1972, pág. 14.

(37) *Ob. cit.*, pág. 17.

(38) *Id.*, *id.*, pág. 16.

(39) *Les personnes*, tomo I, *Les Relations Familiales*, Bruselas, Ferdinand Larrier, 1971, págs. 122 y 123.

cada vez que el silencio del legislador ha sustraído las relaciones familiares a toda injerencia del Estado». «El retroceso del *Code* civil en relación a las soluciones del antiguo Derecho proviene, tal vez, de que el legislador ha puesto en el centro de las relaciones familiares al adulto de sexo masculino perteneciente a las clases sociales favorecidas. Tal sería el ideal, a la vez patriarcal e individualista, del *Code* de 1804. Así, cuando se habla de 'individualismo' del libro primero del *Code* civil, la palabra no está exenta de equívocos.»

El influjo del *Code* civil sobre todos los Códigos de los países latinos —e incluso de estirpe germánica, como algunos Estados de Alemania antes del B.G.B.—fue inmenso, y su consecuencia fue un retroceso considerable de la condición de la mujer en todo Occidente.

CAPÍTULO X

EL FEMINISMO DE LOS SIGLOS XIX Y XX: OPOSICIONES FILOSOFICAS SOBRE LA CONDICION DE LA MUJER

La situación descrita lógicamente debía dar lugar a una reacción de las primeras interesadas: las mujeres. El moderno movimiento feminista se inicia con el manifiesto de MARY WOLLSTONECRAFT, autora del conocido libro *Vindication of Rights of Woman*, publicado en Londres en 1792. «Este libro—afirma JOYCE COWLEY (40)—manifiesta el interés de MARY WOLLSTONECRAFT por la Revolución francesa y la norteamericana, exigiendo que los derechos de la mujer—sospechosamente silenciados en *El contrato social*, de ROUSSEAU—fueran incluidos en los derechos del hombre, por los que luchaban los revolucionarios.» Sólo el inmenso prestigio de ROUSSEAU entre los revolucionarios y sus simpatizantes, como la autora del libro, motivó que ésta no lo contradijera abiertamente.

Los movimientos feministas se desenvuelven en los países más avanzados de Occidente a lo largo del siglo XIX entre la indiferencia, la indignación o el regocijo de los hombres, afectados en su supremacía indiscutida.

En general, la reivindicación de derechos civiles (obtención de capacidad de obrar, derecho de sufragio y de ejercicio de profesiones en paridad de condiciones con el varón) poco a poco se extiende, conforme la cuestión social va agudizándose, a la reivindicación de derechos laborales y sociales, lo que supone una alianza, más o menos cómoda, entre los feministas y los socialistas de diversas tendencias. Como es lógico, mientras los par-

(40) *Ob. cit.*, pág. 13.

tidos progresistas se hacen eco, más o menos tímidamente, de las reivindicaciones feministas, los conservadores—y, desde luego, los católicos tradicionalistas—se oponen a ellas. No parece que la Encíclica *Casti Connubii*, antes transcrita parcialmente, alentara el feminismo cristiano.

Es importante subrayar cómo la contradicción entre los ideales igualitarios de la moderna democracia política y el autoritarismo familiar que inspira el *Code civil* y, en general, todo el aparato de la sociedad patriarcal fue vislumbrada por los más agudos pensadores decimonónicos. ROUSSEAU ya vimos que escamoteó el problema. Otros lo apuntaron. Quiero citar aquí a ALEXIS DE TOCQUEVILLE, en su *Democracia en América*, publicada en 1831 (41)... «Los norteamericanos se hallan más de acuerdo consigo mismos. Han visto que en el seno de una democracia, la independencia no puede menos de ser grande...; la autoridad paterna débil, y el poder marital dudoso. En este estado de cosas han juzgado que con dificultad podrían reprimir en la mujer las pasiones más tiránicas del corazón humano y que era más seguro enseñarle el arte de combatir las por sí mismas... En el punto en que nos hallamos no podemos elegir: es necesaria una educación democrática para preservar a la mujer de los peligros que la rodean (las instituciones y costumbres de la democracia).»

Reconoce que la participación de la mujer con su marido en la aventura del Oeste robustecía su carácter y le daba un inmenso prestigio: *leit motiv* de los sociólogos americanos posteriores, que hablan de que el origen del presunto «matriarcado» de la mujer americana dimana de dicha conquista del Oeste. Pero es importantísima la intuición del problema por un aristócrata francés del primer tercio del siglo XIX.

«Los norteamericanos, que han dejado subsistir en la sociedad la inferioridad de la mujer, la han elevado con todo su poder en el mundo intelectual y moral al nivel del hombre, y en esto me parece que han comprendido perfectamente la noción verdadera del progreso democrático.» «Creo que el movimiento social, que coloca en el mismo nivel al hijo y al padre, al sirviente y al señor y, en general, al inferior y al superior, debe elevar a la mujer y hacerla cada vez más igual al hombre.»

STUART MILL, frente a la afirmación de CARLOS DARWIN, que atribuyó la diferencia de facultades mentales entre hombre y mujer al proceso de selección sexual, mediante el cual el hombre más valiente, fuerte e ingenioso adquiría la mujer más bonita y sana, desafió a la opinión pública a encontrar diferencias sexuales secundarias de carácter y capacidad cuya condición de innatas pudiera ser demostrada, y comparaba la esclavitud de las mujeres con la de los negros (42).

(41) Fondo de Cultura Económica, México, 1963.

(42) *Actitudes patriarcales...*, cit., pág. 129.

Es importante dejar constancia de las ideas del marxismo-leninismo acerca de la condición de la mujer.

Para CARLOS MARX (43), la forma más fundamental de relación social es la familia, en cuanto relación del hombre con la mujer. El hombre y la mujer son dos seres de la naturaleza que están entre sí en relación de necesidad recíproca: la mujer es naturaleza para el hombre, y los dos esposos son objeto el uno para el otro.

Este carácter objetivo es, desde luego, causa de una degradación de la relación familiar, que podrá aparecer en el capitalismo, en el cual el objeto pasa a ser de propiedad privada: la mujer será tratada como propiedad privada del hombre. Pasa a ser un objeto venal, que no es objeto natural del hombre, sino objeto mercancía alienado.

En cambio, en la sociedad restaurada, cuando la alienación ha sido suprimida, el otro hombre—la mujer—pasa a ser, en cuanto tal, objeto de la necesidad del hombre. Ciertamente que subsiste una relación dialéctica entre el hombre y el hombre, pero la unión triunfa sobre la división, porque cada uno ha pasado a ser el ser humano genérico.

La igualdad de condición jurídica de ambos sexos en la sociedad restaurada—«dictadura del proletariado»—es un corolario de la noción filosófica marxista de las relaciones entre los sexos. Aunque los marxistas reconocen que tal igualdad sustancial no se ha logrado todavía en los países socialistas.

Para ENGELS (44), en el matrimonio moderno la desigualdad legal de la mujer, que hemos heredado de condiciones sociales anteriores, no es causa, sino efecto, de la opresión económica de la mujer. Hoy, en la mayoría de los casos, el hombre tiene que ganar los medios de vida, y esto le da una posición preponderante, que no necesita ser privilegiado de un modo especial por la ley. El hombre es en la familia el burgués; la mujer representa en ella al proletario.

Como solución a tal estado de cosas, el autor afirmó que el matrimonio no se concertaría con toda libertad sino cuando, suprimiéndose la producción capitalista y las condiciones de propiedad creadas por ella, se aparten las consideraciones económicas accesorias, que aún ejercitan poderosa influencia sobre la elección de los esposos. Entonces el matrimonio ya no tendrá más causa determinante que la elección recíproca.

El matrimonio, liberado de la dependencia de los factores económicos,

(43) JEAN IVES CALVEZ, *El pensamiento de Carlos Marx*, Taurus, Madrid, 1966, págs. 446 y ss.

(44) «El origen de la propiedad, la familia y el Estado», extractado en la obra colectiva *La emancipación de la mujer*, Colección 70, Grijalbo, S. A., México, 1970, páginas 89 y ss.

incorporada la mujer al proceso de producción socialista, estará basado en la igualdad de sexos, en la supresión de toda jerarquía varón-hembra, en la monogamia y en la disolubilidad.

CAPÍTULO XI

EL CAMBIO LEGISLATIVO COMO CONSECUENCIA DE LAS TENDENCIAS FEMINISTAS. CONTRAGOLPE DE LOS REGIMENES FASCISTA Y NACIONALSOCIALISTA AL MOVIMIENTO DE LA EMANCIPACION DE LA MUJER

No debe desdeñarse el influjo de las ideas del marxismo-leninismo en la progresiva mejora de la condición de la mujer. Sin embargo, creo que Occidente tiene una tradición filosófica propia—sin hablar de la moderna interpretación de los datos de la revelación cristiana, que luego examinaré—en que fundamentar el esfuerzo por tal mejora. Las afirmaciones de STUART MILL y de TOCQUEVILLE sólo son expresión de un estado de opinión de los mejores pensadores de Europa, que no excluye la existencia de otras muchas voces incardinadas en lo que MARX y ENGELS considerarían pensamiento burgués.

El primer cambio legislativo de importancia en la condición jurídica de la mujer tuvo lugar en Estados Unidos de América, con absoluta independencia de las ideas marxistas, donde en los veinticinco años siguientes a la Convención de Igualdad de Derechos de 1848, las mujeres fueron obteniendo gran parte de sus exigencias iniciales, y poco a poco varios Estados fueron estableciendo leyes que concedían a las mujeres casadas el derecho a la custodia de sus hijos, a disponer de su salario y de su propiedad. Destaca la Ley de 21 de mayo de 1878 del importantísimo Estado de Nueva York, acerca de la propiedad de la mujer casada, que suprimió toda incapacidad jurídica de la misma y consagró el sistema matrimonial de separación de bienes. Pero las mujeres querían obtener, lógicamente, el derecho de sufragio. La enmienda 15, que concedió el derecho de sufragio a los negros, negó tal derecho a la mujer, que había luchado en los movimientos feministas codo a codo con los abolicionistas de la esclavitud. Sólo en junio de 1920—como consecuencia del cambio social que supuso la primera guerra mundial, y como premio a la conducta de la mujer americana en dicha guerra—se introdujo la enmienda constitucional que concedía el derecho de sufragio a las mujeres (45).

(45) *Las precursoras del movimiento...*, citado, pág. 25.

En Inglaterra, la *equity* fue introduciendo una dulcificación de la incapacidad de la mujer casada, contenida en el clásico aforismo del *common law*, «marido y mujer no hacen más que uno, y el marido es este uno». «Una Ley de 18 de agosto de 1882 creó la separación legal de bienes (todos los bienes raíces y muebles de la mujer adquiridos antes o después del matrimonio), sobre los cuales la mujer casada tenía libre dominio... Las jurisdicciones contemporáneas de derecho consuetudinario—en Inglaterra, en la inmensa mayoría de los Estados americanos, en las provincias de derecho consuetudinario del Canadá y en otros dominios británicos, que comparten la tradición del derecho consuetudinario—han unido las nociones de igualdad y separación.

Juntamente con la supremacía legal del marido, han abandonado el concepto legal de comunidad en la administración del matrimonio» (46).

En el resto de Europa, el movimiento feminista fue haciendo mella poco a poco en la incapacidad de la mujer casada. Aunque el Código civil alemán de 1900 y el suizo de 1907 no estuvieron precisamente en una línea feminista, no obstante, no son tan tajantes en sus preceptos como el *Code* civil de 1804.

El primero de los cuerpos legales citados reconoce, en su párrafo 1.354, que al marido compete la decisión en todos los asuntos correspondientes a la vida matrimonial común y especialmente determina la residencia y la vivienda.

La mujer adquiere el apellido del marido (1.355). El patrimonio de la mujer queda sometido, a la conclusión del matrimonio, a la administración y aprovechamiento del marido (patrimonio aportado) (1.363). La mujer necesita el consentimiento del marido para la disposición sobre el patrimonio aportado (1.395). Si la mujer lleva a cabo un pleito sin asentimiento del marido, la sentencia es ineficaz frente a él en relación al patrimonio aportado (1.400). El marido debe dar consentimiento para el ejercicio independiente de un negocio (1.405).

El marido ejerce la administración del patrimonio común en caso de pactarse comunidad universal de bienes, litiga sobre los bienes que lo componen, toma posesión de los mismos y dispone de dicho patrimonio (1.443). Igual regla es aplicable al patrimonio común en el régimen de comunidad de ganancias (1.519, 2, que se remite al 1.443). Regla semejante se aplica a la comunidad de muebles y ganancias (1.549).

Sin embargo, el B.G.B. afirma que la mujer no está obligada a obedecer la decisión del marido si la misma se presenta como abuso de derecho (1.354, 2); está autorizada y obligada a dirigir el hogar común (1.356, 1); dentro de su círculo de acción doméstico, está obligada a

(46) FRIEDMANN, *ob. cit.*, págs. 254 y 255.

cuidar los negocios del marido y a representarle, valiendo los negocios que ella celebre como hechos por el marido, si de las circunstancias no se deduce otra cosa (1.357, 1); la administración y aprovechamiento del marido no se extiende al patrimonio reservado de la mujer (1.365); éste se compone de las cosas destinadas al uso personal de la mujer (1.366), lo que adquiere por su trabajo o el ejercicio independiente de un negocio (1.367), lo pactado en contrato matrimonial como tal (1.368), lo adquirido por título gratuito con tal cualidad (1.369) o lo subrogado en dicho patrimonio reservado (1.370). A tal patrimonio se aplican las disposiciones sobre los bienes de la mujer en régimen de separación de bienes.

La administración por el marido de los bienes aportados por la mujer en el régimen legal se regula minuciosamente, y se excluye teóricamente con dicha regulación la posibilidad de abusos por parte del marido. Al terminar la administración, el marido rinde cuentas a la mujer al restituírle el patrimonio aportado (1.421): al no existir comunidad de bienes, las ganancias obtenidas con la gestión del marido son de la mujer y no patrimonio común divisible, pues no existe comunidad.

En el régimen convencional de separación de bienes, la mujer ha de aportar una suma adecuada para los gastos matrimoniales (1.427), pero puede retenerla en caso de peligro de pérdida por el marido (1.428). La disposición del marido del patrimonio común o de los bienes inmuebles del mismo en régimen de comunidad universal de bienes, no puede realizarse por el marido sin consentimiento de la mujer (1.445 a 1.448).

El Código civil suizo, en su artículo 160, estableció que el marido es el jefe de la unión conyugal y él elige la morada común y provee convenientemente al mantenimiento de la mujer y de los hijos; en el 161, que la mujer adquiere el nombre y la ciudadanía del marido; el 162, que el marido representa la unión conyugal; el 164, que el marido puede retirar todo o parte de los poderes de la mujer para las necesidades corrientes del hogar, y el 167, que el marido debe prestar el consentimiento expreso o tácito para que su mujer pueda ejercer una profesión o una industria.

Sin embargo, el 159 dispone que los esposos se obligan mutuamente a asegurar la prosperidad de común acuerdo y a proveer juntamente a la manutención y a la educación de los hijos; el 160, que la mujer dirige el hogar; el 162, que el marido está obligado por los actos de la mujer, en tanto no se exceda ésta de sus poderes, y el 168, que la mujer, cualquiera que sea el régimen de bienes matrimonial, es capaz de comparecer en juicio.

Parece, pues, que aunque la situación de la mujer sea de relativa sumisión al varón—la patria potestad de los hijos se atribuye a ambos esposos; en defecto de acuerdo, el padre decide (art. 274)—, lo cierto es que ha desaparecido la incapacidad de obrar absoluta del *Code* de 1804, y la mujer

tiene los bienes reservados, constituidos por contrato matrimonial, por liberalidades de terceros y por la ley (art. 190), sea cualquiera el régimen matrimonial de bienes, los cuales se someten a las reglas de la separación de bienes (art. 192).

En Francia, una Ley de 13 de julio de 1907 estableció la institución de los bienes reservados de la mujer casada, constituidos por los salarios o el producto del ejercicio de una profesión por la mujer, de los que tenía su libre administración.

Un fuerte viento de cambio sacudió el mundo civilizado como consecuencia de las vicisitudes de la primera guerra mundial. La líder de las sufragistas inglesas, la señora Pankhurst, se hallaba en la cárcel por su extremismo en la reivindicación de los derechos de la mujer: fue sacada de la prisión en agosto de 1914 con el obvio fin de canalizar el esfuerzo femenino hacia la economía de guerra. En la primera postguerra mundial, el Parlamento británico concede el derecho de sufragio a la mujer.

Antes aludí a la enmienda a la Constitución americana que concedió el sufragio a la mujer en 1920.

En Italia, la Ley de 17 de julio de 1919 suprimió la incapacidad de la mujer casada, aboliendo expresamente la autorización marital. Se recogió en los debates de aprobación de la ley un voto particular del diputado Sichel, en el que se recomendaba que «un próximo procedimiento legislativo complete la capacidad jurídica de la mujer extendiendo a ella el derecho electoral político y administrativo» (47).

Sin embargo, la ley no abolió la jefatura familiar del varón en el matrimonio. Aunque la ley admitía a la mujer a una serie de cargos públicos y privados de los que estaba excluida, posteriores reglamentos e interpretaciones jurisprudenciales fueron restringiendo su primitivo alcance.

En la misma época, el acceso al poder del comunismo en Rusia llevó consigo la absoluta emancipación de la mujer soviética, la igualdad absoluta con el varón para ocupar puestos de trabajo y funciones públicas, la abolición de las discriminaciones e incapacidades por razón del sexo y el matrimonio e incluso el acceso de alguna mujer al cargo de ministro de la Federación. Por medios distintos, la medieval Rusia de los zares, ahora en llamas, y la culta y progresiva Europa Occidental emancipaban a sus mujeres, siguiendo así la doble vía, democrática humanista y materialista marxista, de la promoción de la mujer.

En la legislación de la primera postguerra mundial no se introdujeron cambios de importancia fuera de los dichos. Francia no concedió el sufragio a sus mujeres en este período.

(47) Citado en UNGARI, *Il diritto di famiglia in Italia*, Il Mulino, Bolonia, 1970, pág. 175.

Sin embargo, por Ley de 18 de febrero de 1938, abolió la potestad marital y la incapacidad de la mujer casada, si bien la reforma de los regímenes matrimoniales fue pospuesta. En plena segunda guerra mundial, la Ley de 22 de septiembre de 1942—luego revalidada por una Ordenanza de 9 de octubre de 1945 del régimen de De Gaulle—completó la anterior. El texto del artículo 213 del *Code* quedó redactado así: «El marido es jefe de la familia. El ejerce esta función en interés común del hogar y de los hijos. La mujer concurre con el marido a asegurar la dirección moral y material de la familia, a proveer su manutención y educar los hijos y preparar su establecimiento. La mujer reemplaza al marido en su función de jefe si él no está en estado de manifestar su voluntad por razón de su incapacidad, de su ausencia, de su alejamiento o de cualquier otra causa.» El artículo 216 afirma que «la mujer casada tiene plena capacidad jurídica. El ejercicio de esta capacidad no se halla limitado sino por el contrario matrimonial y la ley».

Como afirma LABROUSSE RIOU (48), «la familia, por dulcificación de la autoridad marital, ha pasado de un tipo patriarcal autoritario a un tipo paternalista. El poder del 'jefe de familia' no aparece más como un derecho, sino como una función y, por consiguiente, como una carga. Es susceptible de control en caso de abuso... En esta concepción, la mujer quizá es la auxiliar del hombre, no es su igual».

No puedo menos de hacer referencia a las ideologías familiares nacionalsocialista alemana y fascista italiana, pues aunque los regímenes que las implantaron se hundieron en la segunda guerra mundial, tal vez no sea difícil rastrear en la legislación de algunos países de Occidente del momento actual cierto resabio de sus concepciones autoritarias discriminatorias de la mujer.

No estoy de acuerdo con LABROUSSE RIOU (49) y sí con otros autores al afirmar que la ideología política nacionalsocialista tuvo influjo, y no poco, en el Derecho de familia, o si se quiere, en la jerarquía de valores en que se desarrollaba la emancipación de la mujer alemana en el primer tercio del presente siglo. Aunque no había cambiado formalmente la legislación civil contenida en el Código de 1900 en la materia que nos

(48) *L'égalité des époux en Droit Allemand*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1965, pág. 17.

(49) «Si después del B. G. B. la familia alemana sufrió profundas modificaciones sociológicas, el Derecho no las acusó. El régimen nacionalsocialista, no obstante su ideología familiar reaccionaria, no afectó la estructura legal de la familia. La influencia del nacionalsocialismo fue grande, pero no penetró el Derecho de la Familia. No obstante su concepción del papel de la mujer, contemplada esencialmente en su función reproductora, el régimen nazi hizo más por desenvolver de hecho la igualdad de sexos, enrolando a todo el pueblo en la aventura y negando la autonomía de la familia en relación al Estado», *ob. cit.*, pág. 21.

ocupa, la mujer alemana al advenimiento del nacionalsocialismo al poder había mejorado considerablemente su condición socioeconómica. El nacionalsocialismo dio un estremecedor paso atrás: «El movimiento nacionalsocialista es esencialmente masculino», afirmó GOEBBELS. Las retrógradas ideas de Hitler acerca de la mujer, contenidas en *Mein Kampf*, no eran sólo opiniones privadas de un jefe de Gobierno sometido a un Estado de Derecho que le impedía ponerlas en práctica. Eran las opiniones de un hombre que podía hacer y, de hecho, hacía el Derecho: el *Führersprinzip* convertía a Hitler en encarnación del Estado, y todo, moral, religión, familia y Derecho, se plegaba ante su delirante palabra soberana.

Pues bien: aun sin modificar formalmente el Código civil alemán, «no es ninguna casualidad que el Tercer Reich realizara un esfuerzo planificado para desviar el curso del movimiento de emancipación femenina generalizado en toda Europa a raíz de la primera guerra mundial. La mujer alemana recibió la consigna de volver al hogar, se produjo un intento de excluirla de los empleos y se le dijo que sus funciones en la vida eran *Kinder, Küche und Kirche* (hijos, cocina e Iglesia)»... (50).

El fascismo italiano siguió también una orientación autoritaria en materia familiar: el progresivo principio contenido en la Ley de 1919 no sólo no fue desenvuelto, sino sufrió notorios recortes por medio de disposiciones administrativas que volvían a recluir a la mujer en el hogar.

Tampoco el Código civil de 1942 supuso un desenvolvimiento del espíritu de la Ley de 1919. Por el contrario, según CÍCU (51) se inspiró en principios transpersonalistas: «La ineficacia de la voluntad privada, preeminencia del deber, injerencia del Estado, demuestran que la disciplina de la familia es disciplina de intereses superiores.»

En tal ambiente legislativo es lógico que la postura jerárquica del varón con relación a la mujer se reforzara: el artículo 144 afirma que «el marido es jefe de la familia; la mujer sigue la condición civil de él, asume su apellido y está obligada a acompañarlo donde él crea oportuno fijar su residencia. El artículo 147 impone a ambos cónyuges la obligación de mantener, educar e instruir a la prole, obligación que se imputa a ambos en proporción a su patrimonio (art. 148), estando sujeto el hijo a la potestad de ambos padres, potestad que es ejercitada por el padre, si bien con motivo de la muerte de éste o de otras causas legales es ejercida por la madre (art. 316).

(50) *Actitudes patriarcales*, citado, págs. 128-129.

(51) «Lo spirito del Diritto Familiare del nuovo Codice Civile», en *Scritti minori di Antonio Cícu*, volume primo, tomo primo, Giuffrè, Milán, 1965, pág. 155.

CAPÍTULO XII

LA SEGUNDA POSTGUERRA MUNDIAL: LAS DECLARACIONES DE DERECHOS HUMANOS DE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES Y EL PENSAMIENTO SOCIAL DE LA IGLESIA CATOLICA ACERCA DE LA CONDICION DE LA MUJER

La segunda postguerra mundial supone una reviviscencia de los ideales feministas emancipadores de la mujer, un tanto adormecidos como consecuencia del impacto de las ideologías transpersonalistas y autoritarias de los fascismos de distinto signo que señorean la Europa de entre guerras.

El indudable prestigio de los ideales democráticos, consecuencia del triunfo de las grandes democracias de Occidente, lleva aparejado que difícilmente pueda admitirse una jerarquía en la sociedad familiar cuando en la política cundía un igualitarismo absoluto. Creo que TOCQUEVILLE fue un verdadero profeta de lo que ocurrió un siglo más tarde en todo Occidente, al afirmar la indisoluble conexión entre el igualitarismo político y el familiar.

La condición de la mujer se equipara a la del hombre.

En todas partes se eliminan discriminaciones y formalmente, al menos, la mujer es igual al varón, en el matrimonio y fuera de él. Para algunos ideólogos conservadores tal cambio de valores, que elimina la vieja jerarquía patriarcalista del varón sobre la mujer, al menos sobre el papel, es una crisis apocalíptica; para otros, una crisis de crecimiento de una familia que se democratiza y moderniza.

Los juristas europeos al principio oponen una viva resistencia a tal corriente igualitaria, pero posteriormente se abren a las nuevas ideas.

La ideología igualitaria se extiende a todas las jóvenes naciones de Asia y Africa, que imitan los ideales emancipadores de la civilización occidental y tienden a quemar etapas en el movimiento de liberación femenina.

Las democracias populares imitan el movimiento igualitario de la URSS y en todas partes equiparan a la mujer y al varón en el matrimonio y en la vida social toda, suprimiendo las viejas discriminaciones de sus legislaciones privativas. En alguna de ellas—por ejemplo, Albania—, la mujer de un salto pasa del harén musulmán medieval a la coparticipación con el varón, y en paridad de derechos y obligaciones, en el proceso productivo de la nueva sociedad.

En este momento, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948 sienta las bases de un generoso programa de promoción

femenina. Su artículo 1 afirma, sin discriminar por razón de sexo, que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y en derechos, y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros. En su artículo 2, párrafo 1.º, que «toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, *sexo*, idioma, religión, opinión política»... El 16 reconoce a «los hombres y mujeres, a partir de la edad núbil, el derecho a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio».

El pacto internacional de derechos civiles y políticos, aprobado por la sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 16 de diciembre de 1966, en su artículo 26 dispone que «todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación, y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de... sexo».

Con fecha 7 de noviembre de 1967, la misma Asamblea General aprobó un proyecto de declaración sobre la eliminación de la discriminación de la mujer, redactado por la comisión de la condición jurídica y social de la mujer, en la que se contiene la siguiente afirmación: «La discriminación basada en el sexo, que opera efectivamente destruyendo o limitando los derechos iguales entre varones y mujeres, es fundamentalmente injusta y constituye una ofensa contra la dignidad humana. Deberán ser tomadas todas las medidas adecuadas para abrogar las leyes, reglamentos, costumbres y usos que implican discriminación contra las mujeres, y para establecer una protección legal adecuada en vistas a hacer efectivos los iguales derechos de varones y mujeres» (52).

(52) La Declaración exige además la inclusión del principio de la igualdad de los sexos en la constitución de cada país; la ratificación de los tratados internacionales de las Naciones Unidas que eliminan la discriminación de las mujeres; la garantía a las mujeres del derecho de votar en todas las elecciones y de ser elegibles en todas ellas; el derecho de acceso a los cargos públicos; el derecho igual al de los hombres a adquirir, retener o cambiar la nacionalidad; la garantía a las mujeres casadas de iguales derechos que a los hombres en el campo del Derecho Civil y, en particular, el derecho de propiedad de bienes (adquirir, administrar, disfrutar y heredar bienes), incluso de los adquiridos durante el matrimonio; el derecho a la igual capacidad jurídica; el derecho de libertad de movimiento y de elección de residencia; la libre elección de marido y el pleno consentimiento matrimonial por parte de la mujer; la igualdad de derechos con el marido durante el matrimonio y a su disolución; iguales derechos y deberes de ambos padres en los asuntos concernientes a los hijos, prevaleciendo en todo caso el interés de éstos; el establecimiento de edad mínima para contraer matrimonio; la abrogación de todas las disposiciones del Código Penal que contengan discriminación contra las mujeres; el combate contra la prostitución y explotación femeninas; el asegu-

No se diga que las declaraciones de derechos humanos no son vinculantes para los Estados, en tanto éstos no las hagan suyas mediante su ratificación internacional y desenvolvimiento a través de disposiciones legislativas internas. Desgraciadamente, ésta es la opinión que ha prevalecido entre la mayor parte de los internacionalistas debido al egoísmo de las grandes potencias, temerosas de un recorte de su soberanía interna.

Sin embargo, habrá que reconocer con TRUYOL SERRA (53) que «la Declaración Universal de Derechos Humanos y los pactos sobre derechos económicos, sociales y culturales, y sobre derechos civiles y políticos, tienen, por de pronto, el mérito de existir.

Su existencia ha introducido ya un factor nuevo en la realidad internacional: el tema de los derechos del hombre está planteado, y lo está por primera vez a escala no internacional, sino mundial».

La conciencia de que vientos de cambio, democratizantes, igualitarios, soplaban por la superficie del planeta, no menos que el ahondamiento de teólogos geniales en el concepto de la dignidad de la persona humana, del que son corolarios su igualdad sustancial y su libertad radical, llevó al Concilio Vaticano II, en la Constitución *Gaudium et Spes*, a ciertos planteamientos de interés para el tema que me ocupa. «Toda forma de discriminación de los derechos fundamentales de la persona, ya sea social o cultural, por motivos de sexo, raza, color, condición social, lengua o religión, debe ser vencida y eliminada, como contraria al plan divino. En verdad es lamentable que los derechos fundamentales de la persona no estén protegidos en forma debida por todas partes. Es lo que sucede cuando se niega a la mujer el derecho a escoger libremente esposo y abrazar el estado de vida que prefiera o se le impide tener acceso a una educación y una cultura iguales a las que se conceden al hombre» (54).

«El fundamento psicológico y ético del derecho al matrimonio, según la *Gaudium et Spes*, es el amor, un amor eminentemente humano. Este derecho implica el don libre y mutuo de ambos esposos, con las características de unidad e indisolubilidad. Pero, además, en el plano más terreno, entraña también el reconocimiento de la igual dignidad personal del hombre y la mujer en este mutuo y pleno amor» (55).

Es importante la opinión de los teólogos del postconcilio acerca de los textos paulinos que consagran la inferioridad de la mujer en el matri-

ramiento del mismo nivel de educación a las mujeres que a los hombres; el aseguramiento de iguales derechos económicos y sociales...

(53) *Los derechos humanos. Declaraciones y Convenios Internacionales*, con un estudio preliminar de ANTONIO TRUYOL, Tecnos, Madrid, 1971, pág. 41.

(54) *Constituciones, Decretos, Declaraciones del Concilio Vaticano II*, BAC, Madrid, 1965, pág. 230.

(55) JOAQUÍN RUIZ GIMÉNEZ, *El Concilio y los Derechos del hombre*, Editorial Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1968, pág. 129.

monio. Parece que el ahondamiento en la Escritura, no menos que el mayor conocimiento del contexto antropológico de la sociedad que conoció San Pablo, y los estudios interdisciplinarios de dichos teólogos ha arrojado una vivísima luz sobre los mismos.

En este sentido, SCHILLEBEECKX (56) se plantea el problema de que la mayor parte de los países de Europa han suprimido en sus Códigos civiles los textos que afirman que el hombre es el jefe de la comunidad conyugal. ¿Esta tendencia moderna atenta a un dato bíblico y los cristianos deben oponerse a ella en nombre de la Biblia?

Tras un minucioso análisis de los textos paulinos en el contexto del Génesis y, en general, del Antiguo Testamento afirma que son las estructuras sociales de hecho y, en particular, la situación dependiente de la mujer, las que constituyen la sola verdadera fuente de la afirmación de San Pablo.

El matrimonio cristiano actualiza de una manera muy especial las relaciones de Cristo y de la Iglesia, pero la idea de supremacía y de sumisión no es, cuando se trata del matrimonio humano, sino un elemento cultural histórico.

Para la exégesis y la teología no es evidente que la función de jefe de familia haya sido confiada al hombre por la Revelación, ni que ésta haya confirmado un punto de la ley natural que diría «el hombre es jefe de la mujer».

San Pablo dice simplemente que los cristianos deben vivir «en el Señor» las estructuras sociales existentes de la vida conyugal y familiar. En este sentido, la doctrina cristiana, que contempla las cosas «en el Señor», da a la dependencia de la mujer una interpretación nueva; se trata de una complementariedad recíproca: el hombre es por la mujer. ¡La mujer, por sumisa que sea, es una hermana para el varón!

A las acusaciones que algunos progresistas pudieran hacer a San Pablo de conformista con el duro y jerárquico orden social existente en su contexto cultural, responde SCHILLEBEECKX afirmando que San Pablo es un cristiano escatológico, no un Espartaco, ni siquiera un Espartaco cristiano.

Recuerda un texto de la Epístola de San Pedro: «Vosotros, los maridos, llevad la vida común con comprensión con respecto de un *šer* más frágil: la mujer. Darle su parte de honor, como coheredera de la gracia.»

El germen cristiano, de igual dignidad en Cristo de la mujer y el varón, no tardó en dar su fruto en el campo de las relaciones sociales naturales: desde el período más antiguo de la Iglesia apostólica, la mujer adquirió una posición que en la sociedad de aquel tiempo debió haber causado sensación. Cristo, el primero, contrariamente a las buenas cos-

(56) *Ob. cit.*, tomo I, págs. 173-198.

tumbres de su tiempo, habla públicamente con las mujeres, y por admirados que hayan estado, los apóstoles no osan reprenderle.

Concluye SCHILLEBEECKX afirmando que las aserciones de San Pablo y San Pedro sobre la sumisión de la mujer a su marido no constituyen tomas de posición dogmáticas, sino directivas pastorales de la jerarquía eclesiástica situadas en un cuadro histórico determinado.

PHILIPPE LECARME (57), tras recordar el texto de San Pablo en la Epístola a los Gálatas (58): «En Jesucristo ya no hay hombre libre ni esclavo, no hombre ni mujer, ni judío ni griego»—texto que no es concluyente para SCHILLEBEECKX—, afirma que «tras la rudeza intimidada de San Pablo—en los textos arriba transcritos—se adivina esta explosión de mujeres casi en trance, con la cabeza descubierta, en el centro de un círculo de fieles casi conmovidos. Es fácil imaginar la inquieta desaprobación de los maridos y las murmuraciones de los paganos. Cualquier cosa antes que eso, y San Pablo frena en seco».

«Los primeros cristianos—sigue afirmando el autor—respetaron las estructuras familiares judías, griegas o romanas, y si las mujeres aceptaron esta sujeción fue para no producir escándalo. Pero en nuestros días el escándalo lo producirían si siguieran aceptando esta sujeción.»

No creo que sea obstáculo a esta teología novadora la doctrina de la Encíclica *Casti Connubii*, que antes transcribí. Porque en ella claramente se afirma: la igual dignidad de los esposos en lo que concierne al matrimonio y la posibilidad de que la mudanza de los tiempos introduzca variaciones en la condición de la mujer casada. Las restantes afirmaciones son pastorales situadas en un contexto ya en 1930 distinto del de San Pablo, por lo que deben ser interpretadas a la luz de un feminismo cristiano actual perfectamente posible e incluso deseable.

La *Gaudium et Spes* no introduce novación sustancial en la *Casti Connubii*, sino hace resaltar algunas de las afirmaciones de ésta que quedaban un tanto desdibujadas dentro del contexto ideológico autoritario de los años treinta del presente siglo.

Concluyo este breve análisis de la doctrina social católica opinando que no hay nada en ésta que sea contradictoria con el movimiento de emancipación femenino y con las reformas que progresivamente van eliminando los últimos rasgos de incapacidad de la mujer.

(57) *¿La Iglesia y el Estado contra la mujer?*, Fomento de Cultura Ediciones, Valencia, 1972, pág. 43.

(58) 3-26-28.

CAPÍTULO XIII

LA CAPACIDAD DE LA MUJER CASADA EN ALGUNAS LEGISLACIONES EUROPEAS DE LA POSTGUERRA: 1) ALEMANIA. 2) BELGICA. 3) HOLANDA. 4) FRANCIA. 5) ITALIA. 6) PORTUGAL. 7) PAISES SOCIALISTAS

1) ALEMANIA

CATHERINE LABROUSSE RIOU (59) afirmó que «las fechorías del nacionalsocialismo explican, en parte, el éxito de la reforma actual, porque los derechos fundamentales y la idea de la igualdad de los sexos aparecieron por reacción tanto más estimables. El desconocimiento del Derecho durante el imperio de Hitler condujo a los dirigentes actuales a afirmar el 'primado sistemático del Derecho', y el Derecho de familia no escapará a dicho movimiento».

La Ley fundamental alemana de 23 de mayo de 1949, en su artículo 3, párrafo 2.º, afirmó que «hombres y mujeres son iguales en Derecho». Aunque la Constitución de Weimar había establecido lo propio en el artículo 119, tal precepto era un puro programa de intenciones del legislador, sin consecuencias en el Derecho civil.

La Ley fundamental de Bonn, por el contrario, puso este punto en vigor, sin necesidad de que la legislación civil la desarrollara, el 1 de abril de 1953.

Competía a los jueces decidir en qué medida los preceptos de la legislación alemana quedaban afectados por el mandato constitucional.

Una resolución del Tribunal Federal de 6 de septiembre de 1953 mantiene la potestad del varón en la vida conyugal, contenida en el párrafo 1.354 del Código civil.

Sin embargo, diversas resoluciones de Tribunales inferiores sostuvieron la derogación de dicho precepto: «La familia debía presentarse como una sociedad sin jefe, regida no por la voluntad de uno solo, sino por el principio del acuerdo de los esposos. Esta posición de los Tribunales es tanto más valiosa cuanto que el Tribunal Federal, en su resolución de 6 de septiembre de 1953, había dejado la cuestión en suspenso, y... dejaba a los jueces en libertad en este punto» (60).

Asimismo, el régimen legal de administración y goce de los bienes de la mujer por el marido, delineado por el Código civil, quedó derogado

(59) *Ob. cit.*, pág. 21.

(60) *Ob. cit.*, pág. 51.

a la entrada en vigor del precepto constitucional comentado. Unánimemente, los Tribunales entendieron que tanto los matrimonios contraídos antes de la entrada en vigor de la Constitución, como los posteriores, ya no se regían por dichos preceptos.

Por tanto, la jurisprudencia hubo de llenar el vacío declarando que el régimen de bienes que sustituía al derogado era el de separación. El problema no era grave, puesto que los esposos que lo deseaban podían, al amparo del parágrafo 1.432, contraer un nuevo régimen matrimonial más satisfactorio que el jurisprudencial.

Por ello la Ley de 18 de junio de 1957 creó como nuevo régimen matrimonial legal la *Zugewinnngemeinschaft* o régimen de «compensación de beneficios», por virtud del cual los patrimonios de los esposos permanecen separados durante el matrimonio, y no existe comunidad ninguna, ni masa común alguna, durante la vida del consorcio conyugal. Cada esposo tiene durante el matrimonio el goce y la administración de sus bienes, y puede disponer de ellos a título oneroso o gratuito, con ciertas limitaciones comunes a ambos. Al final del consorcio, el esposo que haya realizado más beneficios será deudor al otro de la mitad de la diferencia de los mismos, o sea, sus beneficios son iguales como consecuencia de dicha nivelación.

La capacidad de la mujer casada, tanto en plano personal como en patrimonial, es, pues, reconocida con carácter general por la legislación y jurisprudencia alemana.

El parágrafo 1.354 del Código civil ha sido abrogado expresamente por la ley que comento.

2) BÉLGICA

Antes de la Ley de 30 de abril de 1958, algunas disposiciones legales habían mejorado la posición de la mujer casada (Ley de 20 de julio de 1932).

La Ley de 1958 establece los derechos y deberes del marido y mujer; siguió un principio estrictamente igualitario, si bien, al no modernizar al mismo tiempo el régimen matrimonial de bienes, hubo de dictar disposiciones transitorias para combinar el régimen de plena capacidad de la mujer casada con el régimen de comunidad de bienes subsistente. Desaparece la mención de marido como «jefe de familia» en las leyes. Los esposos, de común acuerdo, deben decidir el plan de vida conyugal. Sólo se mantienen dos excepciones al principio igualitario de importancia: la fijación del domicilio conyugal por el esposo y la patria potestad, que es ejercida por el padre, aunque en caso de discrepancia, la madre puede recurrir al Tribunal de la Juventud.

RIGAUX (61) critica duramente dichas dos excepciones y entiende que el principio de igualdad de los esposos no puede ser derogado por pacto contenido en contrato matrimonial de los cónyuges, por estar sustraído a la autonomía de su voluntad.

3) HOLANDA

La Ley de 14 de junio de 1956 introdujo modificaciones en la materia que me ocupa, en el viejo Código civil de 1838, de clara orientación francesa (62). Se sigue considerando al marido como jefe de la sociedad conyugal, pero como el régimen matrimonial de bienes es el de comunidad universal, salvo que se excluya por capitulaciones matrimoniales, y cada cónyuge retiene la administración de los que aporta a la comunidad, salvo pacto en contrario, se reconoce la plena capacidad de la mujer casada en el plano patrimonial. Sólo se restringe aquélla—en paridad de condiciones con el esposo—cuando cualquiera de ellos intenta comprar las cosas destinadas a las necesidades familiares, en cuyo caso requiere el concurso del otro cónyuge.

Sin embargo, el nuevo Código civil, que entró en vigor el 1 de enero de 1970, no contiene mención alguna a la noción de «jefe de familia» en sus artículos 81 a 83, con lo que la paridad de los sexos en el matrimonio ha quedado consagrada casi perfectamente. El marido sigue eligiendo el domicilio familiar, si bien se atenúa esta facultad.

4) FRANCIA

El régimen jurídico de la capacidad de la mujer casada ha sido alterado por dos leyes trascendentales: la de reforma de regímenes matrimoniales, de 13 de julio de 1965, y la de 4 de junio de 1970, sobre la autoridad de los padres sobre los hijos.

La Ley de 1965 reforma sustancialmente los regímenes matrimoniales y suprime algunas de las incapacidades que, no obstante la legislación de 1938-1942, todavía pesaban sobre la mujer casada. El artículo 216 recibe nueva redacción, mejorando la de 1942: «Cada esposo tiene plena capacidad de derecho, pero sus derechos y poderes pueden ser limitados por efecto del régimen matrimonial y de las disposiciones del presente capítulo.» Cualquiera de los esposos por sí solo puede ser autorizado por el Juez a otorgar un acto, que, en principio, requeriría el consentimiento de su cónyuge, si éste no se halla en estado de manifestar su volun-

(61) *Ob. cit.*, págs. 412 y 415.

(62) PLUTARCO MARSÁ VANCELLS, *La mujer en el Derecho Civil*, Ediciones Universidad de Navarra, S. A., Pamplona, 1970, pág. 366.

tad o si su voluntad es contraria al interés familiar (art. 217). Cada uno de los esposos tiene poder para otorgar por sí solo los actos que tienen por objeto el sostenimiento del hogar o la educación de los hijos; toda deuda así contraída por uno obliga al otro solidariamente (art. 220). Cada esposo puede abrir una cuenta de depósito o cuenta de títulos a nombre personal sin consentimiento del otro (art. 221). La mujer tiene derecho a ejercer una profesión sin consentimiento de su marido, y puede siempre, para las necesidades de la profesión, enajenar u obligar sola sus bienes personales en plena propiedad (art. 223). Cada uno de los esposos percibe sus ganancias y salarios y puede disponer libremente de ellos después de haber levantado las cargas del matrimonio. Los bienes que la mujer adquiere por sus ganancias y salarios en el ejercicio de una profesión separada de la de su marido se reservan a su administración, a su disfrute y a su disposición, salvo las limitaciones generales que se imponen a ambos esposos por los artículos 1.425 y 1.503 (art. 224).

Cada uno de los esposos tiene la administración y el disfrute de los bienes propios y puede disponer de ellos libremente (art. 1.428).

Se ha pretendido, pues, ampliar sustancialmente los derechos patrimoniales de la mujer casada, equiparando su posición a la del varón y estableciendo similares restricciones para uno y otro en su capacidad patrimonial.

Sin embargo, el varón sigue administrando la comunidad conyugal de bienes, pudiendo disponer de los bienes comunes en principio (artículo 1.421).

«La Ley de 13 de julio de 1965 se ha dedicado a hacer retroceder y prácticamente desaparecer todo lo que contribuía a vaciar de contenido el principio de la capacidad civil de la mujer casada, adquirida por ella después de casi treinta años. En la práctica, es en los regímenes de comunidad donde se encuentra todavía una diferencia en los poderes de los esposos no con el fin de proteger a la mujer, sino con la preocupación de equilibrar la unidad de dirección en la asociación comunitaria» (63).

En la práctica, como agudamente han apreciado muchos autores, los regímenes de comunidad se coordinan mal con el principio de la plena capacidad patrimonial de la mujer casada y con el principio de igualdad de los sexos en el matrimonio, pues difícilmente otorgan iguales poderes patrimoniales a la mujer y al marido, lo que obligaría a una gestión mancomunada—lo que sería impracticable—o solidaria—lo que podría llevar a la anarquía en el manejo de los bienes comunes.

La comunidad de bienes tiene, según opinión de muchos autores,

(63) MARCEL BRAZIER, *Le nouveau Droit des époux et les régimes matrimoniaux*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1966, pág. 11.

demasiado resabios patriarcalistas para que pueda democratizarse hasta el punto de ser iguales ambos cónyuges en cuanto a su régimen y manejo.

Con fecha 4 de junio de 1970, una ley ha sustituido la redacción de numerosos artículos referentes a la patria potestad y a las relaciones personales entre los esposos. El artículo 213 queda con la siguiente redacción: «Los esposos aseguran de consuno la dirección moral y material de la familia. Proveen a la educación de los hijos y preparan su porvenir.» Y el 371, 2: «La autoridad pertenece al padre y a la madre para proteger al hijo en su seguridad, su salud y su moralidad. Tienen respecto a él derecho y deber de guarda, de supervisión y de educación.» El artículo 372: «Durante el matrimonio, el padre y la madre ejercen en común su autoridad.» Y el 372, 1: «Si el padre y la madre no llegan a ponerse de acuerdo sobre lo que exige el interés del hijo, quedarán obligados a la práctica que hubieren seguido en ocasiones semejantes. En defecto de tal práctica o en caso de controversia sobre su existencia o su fundamento, el esposo más diligente podrá recurrir al Juez tutelar, que resolverá después de haber intentado conciliar a las partes.»

Ha desaparecido la noción del jefe de familia y, por el contrario, la familia aparece acéfala, «sin jefe». Las consecuencias prácticas de esta noción de familia sin cabeza—o si se quiere con dos cabezas, marido y mujer, con paridad jurídica absoluta—son: la necesidad de resolver todas las cuestiones derivadas de la vida del hogar de común acuerdo, pues en defecto de acuerdo cualquiera de los cónyuges puede recurrir al Juez para que fije la regla de Derecho aplicable a la controversia.

«Los adversarios de la nueva ley—afirma MIREILLE DELMAS-MARTY (64)—critican esta organización de un 'hogar de tres': el marido, la mujer y el Juez. Este último les parece mal armado para regular los conflictos que no pueden ser resueltos correctamente, a falta de un conocimiento preciso de la intimidad de la pareja. Además, la intervención judicial correría el riesgo de profundizar el foso entre los esposos y de hacer imposible toda reconciliación.»

Sin embargo, no parece que sea ésa la opinión común de la doctrina: la intervención del Juez sería un último recurso cuando la situación del hogar hiciera crisis, pero admitiera todavía compostura; la sola amenaza de intervención del Juez haría menos autoritarios a los maridos, autoritarismo que, según CARBONNIER (65), atestiguarían todavía los procesos de divorcio y facilitaría una composición de intereses en conflicto de los esposos.

(64) *Le Droit de la Famille*, Presses Universitaires de France, Colección Que sais-je?, París, 1972, pág. 91.

(65) *Droit Civil*, 2 (La Famille. Les incapacités), Presses Universitaires de France, París, 1969, pág. 79.

Corolario del artículo 213 es la reforma de la patria potestad, ahora calificada de autoridad de los padres (padre y madre, por supuesto). La autoridad de los padres se ejercita conjuntamente por el padre y la madre. No se concede poder decisorio al padre, ni se considera a la madre como una mera auxiliar del padre.

Por otra parte, el artículo 372, 2, establece que «respecto de terceros de buena fe, se presume el acuerdo de cada esposo con el otro cuando aquél realiza sólo un acto usual de la autoridad parental relativamente a la persona del hijo». Ello facilita mucho el ejercicio de la autoridad conjunta.

En defecto de acuerdo de los padres para el ejercicio de la autoridad paterna, les servirá de regla la práctica seguida en ocasiones anteriores, y en defecto de la misma decidirá el Juez, que intentará conciliar a las partes.

La legislación francesa actual en materia de capacidad de la mujer casada y, en general, acerca de su condición jurídica, en su aspecto personal, patrimonial, como madre, etc., es progresiva. El intento del legislador francés de los últimos treinta años ha sido adaptar la legislación a la sociología de la familia nuclear, cada vez más democrática, igualitaria y urbanizada.

Pero sería exagerado pretender que se ha llegado a la perfección en el proceso de consagración de la plena capacidad de la mujer y de igualdad absoluta de los sexos ni siquiera en el plano estrictamente jurídico. El nombre de la mujer casada, el domicilio conyugal, la nacionalidad, el régimen conyugal de bienes, son otros tantos islotes donde el principio jerárquico de supremacía del esposo se mantiene. Sería precipitado concluir que la sociedad patriarcal ya no existe en las leyes francesas.

5) ITALIA

El Código civil de 1942 no ha sido formalmente derogado por la legislación de la postguerra en el tema que me ocupa. Sin embargo, el cambio de la posición jurídica de la mujer con relación al veinteno fascista es trascendental. La Constitución republicana de 27 de diciembre de 1947, radicalmente democrática, establece un conjunto de principios fundamentales, que obligan a los Tribunales a aplicar con un nuevo espíritu los preceptos del Código que regulan las relaciones entre los esposos, y que impulsan al legislador a proponer reformas legislativas de dichas regulaciones cada vez más audaces.

En la materia que me ocupa es trascendental el artículo 29 de la Constitución, que dispone que «la república reconoce los derechos de la familia como sociedad natural fundada sobre el matrimonio. El matrimonio

está regulado sobre la igualdad moral y jurídica de los cónyuges, con los límites establecidos por la ley en garantía de la unidad familiar». Y asimismo, el 30 reconoce el derecho y el deber de los padres de mantener, instruir y educar a los hijos, incluso habidos fuera del matrimonio, y el 31 asegura un sano intervencionismo del Estado en apoyo de la familia con medidas económicas y otras providencias.

El artículo 29, desenvuelto en numerosas sentencias de los Tribunales italianos, ha sido objeto de encontradas interpretaciones por los juristas tradicionalistas de la escuela de CICU, que hacen hincapié en la garantía de la unidad familiar, y los progresistas, que se fijan, sobre todo, en la primera parte del precepto, al afirmar la igualdad moral y jurídica de los cónyuges.

DOMENICO BARBERO (66) considera que la potestad marital, atribuida por el artículo 144 del Código al marido, es la potestad del cabeza de familia e implica subordinación a él de todos sus componentes, de la mujer a los hijos, para cuanto atañe al gobierno familiar. Tal posición de preeminencia no supone contradicción con los deberes recíprocos de cohabitación, fidelidad y asistencia que entre sí tienen los cónyuges, puesto que el marido, además de tales deberes, tiene asimismo deberes específicos de cabeza de familia. Consiguientemente, la mujer está subordinada al marido en el gobierno del consorcio familiar. Las normas éticas en esta materia no pueden subvertir el orden del Derecho; pero donde dicho Derecho no pueda intervenir con eficacia, mucho más deberá o podrá hacerlo el sentido ético y el cuidado moral de ambos cónyuges.

STELLA RICHTER (67) sostiene la necesidad que todo consorcio, y, por supuesto, el conyugal, tenga una unidad de dirección; excluye la intervención del Estado para dirimir las eventuales disensiones de los cónyuges, como contraria a la autonomía de la familia, reconocida por la Constitución, y, consiguientemente, concluye atribuyendo la dirección de dicho consorcio al marido. Alega en apoyo de su tesis la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de julio de 1967, que establece que «si indudablemente, según el sistema del Código, se reconoce una prevalencia a la voluntad del padre en orden a la función en examen, es también verdadero que esta distinción halla su origen en la exigencia, comúnmente advertida en todo consorcio humano, de aprestar los medios para la formación de una voluntad unitaria referible al mismo consorcio» (68).

(66) *Sistema istituzionale del Diritto Privato italiano*, Torino, 1958, tomo I, páginas 599-600.

(67) *Profili attuali della potestà maritale*, Milán, Giuffré, 1970.

(68) «El sistema adoptado por el legislador—sigue diciendo la sentencia—, aunque quizá enlazando con la tradición histórica que ha visto en el padre el jefe de familia, no ha hecho sino proveer a la descrita exigencia fundamental cuando ha confiado el ejercicio de la patria potestad a uno solo de los padres.

La opinión de STELLA RICHTER y BARBERO no prevalece en la doctrina jurídica y, sobre todo, en las esferas del poder de Italia. El ministro de Gracia y Justicia, Reale Oronzio, en sesión de la Asamblea de Diputados de 9 de febrero de 1967, presentó un proyecto de ley, número 3.705, modificando determinados preceptos del Código civil en materia de Derecho de familia y de sucesiones (69).

Los artículos 144 y 145 del Código quedaban sustituidos por los siguientes: «Los cónyuges establecen de acuerdo el proyecto unitario de la vida familiar, y fijan la residencia de la familia en consideración de las exigencias y de los intereses de ésta. En caso de desacuerdo prevalece la decisión del marido.» «La mujer, en caso de que las decisiones del marido sean gravemente perjudiciales para la vida de la familia, puede recurrir al Juez proponiendo la solución que considera adecuada. El Juez, cuando constata la gravedad del perjuicio, y en el caso en que no le sea propuesta una solución concordada, adoptará, sobre la base de las indicaciones de los cónyuges, la solución que estime adecuada a los intereses de la familia.»

El artículo 212 establece que cada cónyuge tiene el goce y la administración de los bienes de que es titular. El 215, que el régimen patrimonial legal de la familia, a falta de diversa convención estipulada en acto público, aun después del matrimonio, es el de la comunidad de bienes. El 220, que la administración y representación en juicio de la comunidad de bienes correspondan al marido; pero para los actos que excedan de la ordinaria administración, la administración y la representación en juicio corresponden conjuntamente al marido y a la mujer.

De las palabras preliminares del ministro a la Cámara se desprende que en la intención del proyecto de ley, «a la vieja potestad marital se ha sustituido, como criterio fundamental, el acuerdo de ambos cónyuges en el establecimiento del plan unitario de la vida familiar». Acuerdo que estima el ministro será la regla, y el desacuerdo, la excepción, dadas las formas afectivas y vínculos de amor y sangre existentes entre las personas implicadas por el problema, que eliminan casi los conflictos de intereses.

Desaparecen en el proyecto la obligación de protección de la mujer por el marido, la regulación de la dote y del patrimonio familiar, la regulación específica de los parafernales (el art. 212, que he transcrito, se

Esto obviamente no excluye la perfectibilidad de la solución adoptada...» En consecuencia, el 316 del Código civil no choca con los artículos 29 y 30 de la Constitución, antes transcritos.

Sin embargo, la jurisprudencia del mismo Tribunal declaró inconstitucional el artículo 574 del Código Penal en cuanto atribuye el ejercicio de la querrela por el delito de sustracción de personas incapaces a solo el padre que ejerce la patria potestad (Sentencia de 22 de febrero de 1964).

(69) El texto de dicho proyecto de Ley, en unión de las actas del Congreso sobre aspectos de la reforma del Derecho de Familia habido en Italia en 1967, figura en *Aspetti della Riforma del Diritto di Famiglia*, Giuffrè, Milán, 1968.

refiere a los bienes privativos de cada cónyuge sin distinción); el régimen patrimonial legal del matrimonio es el de comunidad de adquisiciones, quedando derogado el antiguo de separación de bienes. La patria potestad se atribuye a ambos padres en interés del hijo, a diferencia del Código, en que se atribuía sólo al padre. Sin embargo, «en caso de desacuerdo entre los padres, corresponde al padre tomar las medidas adecuadas. La madre que considere gravemente perjudicial al hijo las medidas tomadas por el padre puede recurrir al Juez, proponiendo las medidas que juzgue adecuadas. El Juez, oído el hijo, declarará qué medidas son adecuadas a los intereses del hijo y a las exigencias de la unidad familiar» (art. 316).

Sin embargo, la filosofía transaccional del proyecto no pudo satisfacer los deseos democráticos del legislador italiano. Ya el Congreso sobre aspectos de la reforma del Derecho de familia, de 30 de mayo de 1967, expresó la disparidad fundamental de los asistentes al mismo sobre el alcance de la reforma, en el doble plano de las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges. Mientras para algunos la reforma era demasiado audaz, para otros era excesivamente conservadora. Entre los últimos, LAURA LIUZZI BARZILAI (70) afirmó ser contraria a los continuos recursos al Juez en caso de desacuerdo de los cónyuges, pero también a la igualdad... desigual del proyecto, opinando que, en principio, debían admitirse iguales derechos e iguales deberes a los cónyuges, reconociendo que en realidad la familia de hoy es dirigida por ambos cónyuges, y cuando falta el acuerdo sería peligroso dar armas a uno de los cónyuges en perjuicio del otro.

El cambio rapidísimo en las convicciones políticas de muchos ciudadanos y la promulgación de la Ley Fortuna Baslini sobre el divorcio en diciembre de 1970 hicieron que el proyecto en cuestión haya sido sustituido por otro, esta vez contando con el beneplácito de todos los partidos, que fue aprobado por la Cámara de Diputados en primera lectura en 1 de diciembre de 1971. Su promulgación fue impedida por la disolución de las Cámaras en la primavera de 1972. No obstante, puede en cualquier momento ser rehabilitado por medio de un procedimiento legislativo abreviado, lo que hace resaltar su interés (71).

En la materia que me ocupa, el debatido artículo 144 queda redactado como sigue: «Los cónyuges, de común acuerdo, en consideración de las exigencias de ambos y de aquellas preeminentes de la familia, establecen el plan unitario de la vida familiar, deciden sus negocios esenciales y fijan

(70) Aspetti..., citado, págs. 69-70.

(71) Su texto, como apéndice, ha sido recogido en el libro colectivo *La Riforma del Diritto di Famiglia*, Atti del II Convegno di Venezia svolto presso la Fondazione «Giorgio Cini» nei giorni 11-12 marzo 1972, Cedam, Padua, 1972. Contiene valiosas ponencias de SCHLESINGER, FALZE y OPPO sobre el gobierno de la familia, el régimen patrimonial de la misma y otras muchas comunicaciones.

su residencia común.» El artículo 145: «En caso de desacuerdo sobre el plan de vida de la familia y sobre la fijación de la residencia familiar, cada uno de los cónyuges puede reclamar, aun oralmente, la intervención del Juez tutelar. El Juez, convocados personalmente y sin ninguna formalidad los cónyuges, intenta obtener una solución concordada. Cuando ésta no sea posible adopta inmediatamente la solución que halla más adecuada a las exigencias de la unidad y de la vida familiar, sobre la base de las indicaciones formuladas por los cónyuges. La decisión adoptada por el Juez, según el párrafo anterior, debe ser comunicada a los cónyuges, cada uno de los cuales puede impugnarla dentro de quince días, pero la impugnación no suspende la ejecución.»

El artículo 316 se sustituye por el siguiente, suprimiendo la rúbrica de patria potestad (se habla ahora de potestad de los padres): «El hijo está sujeto a la potestad de los padres hasta la mayoría de edad o la emancipación. La potestad es ejercitada de común acuerdo por ambos padres. En caso de serio contraste de opiniones, cada uno de los padres puede recurrir al Tribunal indicando las medidas que considere más idóneas. Si subsiste un peligro de grave perjuicio para el hijo, el padre puede adoptar los procedimientos urgentes e inaplazables. El Tribunal, oídos los padres y el hijo mayor de catorce años, adopta las determinaciones que estima más útiles en interés del hijo y de la unidad familiar.

La comunidad legal de bienes del matrimonio, régimen legal en defecto de contrato matrimonial, es regulada en el proyecto en un sentido más favorable a los intereses de la mujer. En efecto, la administración de los bienes de la comunidad y la representación en juicio para los actos relativos a ella son atribuidos conjuntamente a ambos cónyuges (art. 180). Si uno de los cónyuges niega el consentimiento al otro para la realización de un acto de extraordinaria administración o para otro en que el consentimiento es exigido, el otro cónyuge puede acudir al Tribunal para obtener la autorización (art. 181). En caso de ausencia o de otro impedimento de un cónyuge, el otro, con autorización del Tribunal, puede realizar los actos necesarios para los que es exigido el consentimiento de ambos cónyuges (art. 182). A la administración de los bienes que no entran en la comunidad legal de bienes se aplican las reglas de la administración de los bienes en régimen de separación de los mismos (art. 185).

El artículo 215 reconoce el principio de que cada cónyuge conserve la titularidad de los bienes adquiridos antes o durante el matrimonio que no estén incluidos en el fondo patrimonial (arts. 167 y sigs.) y que están excluidos de la comunidad legal o convencional. Y el 217, que cada cónyuge tiene el goce y la administración de los bienes de que es titular.

El proyecto unificado, de llegar a ser aprobado por la nueva legislatura, convertiría al italiano en uno de los ordenamientos familiares más

avanzados de Occidente, tal vez similar en algunos puntos a legislaciones de los países socialistas, proverbialmente radicales en esta materia (71 bis). De cualquier modo, creo que el impacto producido en la doctrina italiana, por su sola existencia llevará al Tribunal Constitucional a interpretar de forma más progresiva que lo ha hecho hasta el presente los preceptos de Derecho de familia del viejo Código mussoliniano de 1942.

6) PORTUGAL

El Código civil portugués de 1867 establecía, en su artículo 1.185, que «al marido incumbe especialmente la obligación de proteger y defender la persona y los bienes de la mujer, y a ésta de prestar obediencia al marido».

El artículo 1.189, que la administración de los bienes del hogar corresponde al marido. Y el 1.193, que la mujer no puede sin autorización del marido adquirir o enajenar bienes ni contraer obligaciones, excepto en los casos en que la ley especialmente lo permite. Precisa asimismo la autorización del esposo para ejercer el comercio o una profesión (artículo 1.194). La incapacidad de obrar de la mujer casada era, pues, absoluta.

No modificó tal estado de cosas el Decreto 1, de 25 de diciembre de 1910, consecuencia de la instauración de la Primera República, al establecer que la sociedad conyugal se basa en la libertad y la igualdad. COSTA PICOITO (72) afirma que «incluso después de 1910 el marido

(71 bis) Sería anticientífico no resaltar la diferencia de funcionamiento del mismo precepto que regula una institución familiar en un ordenamiento de Occidente y en otro de los países socialistas. En el primero, la existencia de un Estado de Derecho impide que el poder manipule tal precepto y lo convierta en su instrumento: el imperio de la ley es absoluto y la familia es un islote de autonomía privada, junto a otras muchas instituciones igualmente autónomas, en un océano de normas estatales que la respetan y promueven.

En el segundo no existe, por formal y anticuado, el Estado de Derecho, que se sustituye por la noción de «legalidad socialista». El primado de la comunidad es absoluto, y su intérprete, la oligarquía del partido en el poder: la familia no es autónoma sino está plegada a las necesidades de la sociedad socialista. No existe un Derecho Familiar como sustraído a las instancias del poder y sobre todo de la moral socialista. ARANGUREN (*Ética y política*, Ediciones Guadarrama, Madrid, 1968, págs. 240-241) afirma que «el ámbito privado es completamente eliminado; la "publicación" de la vida llega a ser completa. El Estado, mientras no se cumpla la mística escatológica marxista de su desaparición, se hace absorbente, cerrado, omnipotente, total».

Ello no es óbice a que parece notarse en los últimos años en los medios jurídicos de los países del Este una tendencia cada vez más acusada de hacer respetar a la administración esa misma «legalidad socialista», que se transformaría en un incipiente estado de Derecho al modo occidental.

(72) *Da situação jurídica da Mulher casada no campo do Direito Privado*, Faro, 1961, págs. 10 y 11.

continuó siendo el jefe de familia». Tal declaración, sigue diciendo el autor, afecta sólo al campo de las relaciones personales, dejando aparte un campo más vasto y de igual o mayor importancia que aquél: el de las relaciones patrimoniales. Incluso en el campo de las relaciones personales se mantiene en algunos puntos la supremacía del marido. Pero esta supremacía no es absoluta ni despótica: debe ejercerse conforme al interés de la sociedad conyugal y no en interés egoísta del propio marido.

El nuevo Código civil portugués, aprobado por Decreto Ley número 47.344, de 25 de noviembre de 1966, y que entró en vigor en 1 de junio de 1967, con algunas excepciones, dispone en su artículo 1.674 que **el marido es el jefe de la familia**, compitiéndole en esa cualidad representarla y decidir en todos los actos de la vida conyugal común, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos siguientes. La mujer debe adoptar la residencia del marido, con algunas excepciones (art. 1.672). El marido puede denunciar en todo tiempo el contrato en virtud del que la mujer se hubiere obligado con un tercero al ejercicio de actividades lucrativas, no características de profesión liberal o función pública, a no ser que **hubiere dado consentimiento el marido**, éste hubiese sido suplido judicialmente o hubiere separación de bienes (art. 1.676). Compete al marido, **como jefe de familia**, la administración de los bienes del hogar, incluyendo los propios de la mujer y los dotales (art. 1.678). La mujer no puede ejercer el comercio sin consentimiento del marido, salvo si fuera administradora de todo o parte del patrimonio del hogar o mediar separación de bienes, aunque dicho consentimiento no tiene que ser formal (artículo 1.686). Los actos realizados contra las prohibiciones legales por la mujer son anulables a requerimiento del cónyuge, que no dio el consentimiento, o de sus herederos (art. 1.687).

Ciertamente, la mujer tiene algunos derechos, que puedo enunciar así: **derecho a fijar residencia separada del marido** cuando tuviese justificada repugnancia por la vida común, por virtud de malos tratos infligidos por el marido o por comportamiento indigno o inmoral que tenga (art. 1.672, párrafo 2); **derecho a usar los apellidos del marido** hasta ser pronunciado el divorcio o pasar a segundas nupcias (art. 1.675, párrafo 1); a ejercer profesiones liberales o funciones públicas o publicar o hacer representar las obras o disponer de la propiedad intelectual sin consentimiento del marido (art. 1.676, párrafo 1); ejercitar el gobierno doméstico, conforme a los usos y la condición de los cónyuges (art. 1.677, párrafo 1); administrar los siguientes bienes: todos los bienes del hogar si el marido está ausente o imposibilitado, los bienes respecto de los cuales se le atribuya la administración por contrato antenupcial— ¡no se admite contrato sobre bienes por razón del matrimonio durante el mismo, pese a las recientes enseñanzas del Derecho comparado! —, de aquellos que le fueron donados

o dejados con exclusión de la administración del marido, de todo el patrimonio si se hubiere pactado el régimen de separación y de los provechos que reciba por su trabajo o industria.

Tanto el marido como la mujer pueden enajenar los muebles del hogar propios o comunes de los que tengan la administración. Pero sólo podrán ser enajenados con consentimiento de ambos cónyuges los inmuebles propios o comunes o el establecimiento comercial, salvo si rigiere el régimen de separación de bienes (art. 1.683) (72 bis).

No creo que merezca gran comentario el ultraconservador Código portugués, que prácticamente consagra un sistema semejante al del Código francés antes de la reforma de 1942, a menos que la mujer haya tenido la precaución de asegurarse antes del matrimonio, mediante el otorgamiento de contrato antenupcial, el régimen de separación de bienes. En otro caso, todos los bienes de la misma, con las excepciones vistas, son administrados por el marido, quien no tiene que rendir cuentas de su administración (art. 1.681). Es curiosamente clasista al permitir a la mujer el ejercicio de las profesiones liberales o de las funciones públicas sin consentimiento del marido, y exigirlo para que aquélla preste los servicios laborales ordinarios.

7) PAÍSES SOCIALISTAS

Ciertamente, la diferencia formal entre los diversos ordenamientos de los países del Este europeo puede ser considerable; pero es lo cierto que todos ellos se hallan inspirados por una filosofía y una ideología política sustancialmente comunes, por lo que las grandes líneas de sus respectivas constituciones políticas no difieren en lo esencial y sí sólo en el detalle.

Por ello en los estudios de Derecho comparado aparecen los mismos como una familia autónoma de sistemas jurídicos, a la par que los Derechos continentales, anglosajones, etc.

Pues bien, «el principio de igualdad de los derechos de la mujer y del hombre, en todos los dominios de la vida pública y privada, ha llegado a ser clásico para el socialismo. Este principio está claramente enunciado por las Constituciones de los países socialistas. Se desenvuelve de una manera destacable como factor económico, que tiene gran valor para la producción y para el trabajo socialmente deseable. Como existe una interdependencia entre el papel de la mujer en la vida política, económica y social y su posición en el seno de la familia, es evidente que las leyes y los códigos de familia sacan de aquélla consecuencias» (73).

(72 bis) El nuevo régimen portugués creo lo calificará de fascista.

(73) WITOLD CZACHORSKI, «Observations préliminaires concernant le droit de la famille», en la obra colectiva de B. T. BLAGOJEVIC, W. CZACHORSKI, T. IONASCO,

Abstracción hecha de la diferente fórmula de la ley, la práctica judicial de los diversos países socialistas parece ser en esta materia más o menos análoga (74).

El principio de igualdad jurídica indica que no existe en el matrimonio socialista «jefe de familia». Por tanto, ambos cónyuges tienen igual derecho de representación de su unión ante los terceros. La obligación asumida por uno de los esposos compromete la responsabilidad del otro. En defecto de acuerdo sobre el plan de vida familiar decide el Juez a solicitud de cualquiera de los esposos (75). La potestad sobre los hijos menores compete a ambos padres. «El padre y la madre representan a su hijo frente a terceros; deciden en común acerca de su educación, de sus intereses personales y materiales, y administran el patrimonio del hijo. En caso de desacuerdo entre los padres, es el Tribunal o el organismo previsto por la ley quien decide, defendiendo los intereses del hijo y el fin social de la familia» (76).

La mujer casada puede ejercer libremente una profesión.

El régimen matrimonial de bienes legal en los países socialistas es el de comunidad. «Esto significa que parece más propicio para la familia tener como base material un patrimonio común de los esposos, fundado en el momento de la conclusión del matrimonio y aumentado por el trabajo de los esposos durante su unión. Así, todos los sistemas de Derecho de la familia de los países socialistas hacen hoy de esta idea su institución establecida» (77).

Es curioso hacer constar que tanto la URSS como Bulgaria, al principio de sus respectivas revoluciones adoptaron el régimen de separación de bienes como el más conveniente para la plena independencia de la mujer y la satisfacción de las necesidades familiares. Sin embargo, la primera en 1944, y la segunda en 1968, se han unido al resto de los países socialistas al consagrar como régimen matrimonial de bienes legal el de la comunidad de adquisiciones (78).

En dicha comunidad de bienes se atribuye la administración a ambos esposos sobre la base del principio de la igualdad de sus derechos. Los bienes comunes constituyen una copropiedad en mano común hasta el fin de la comunidad conyugal (79).

V. KNAPP y otros, titulada *Introduction aux Droits Socialistes*, de la Akadémiai Kiadó, Budapest, 1971, pág. 531.

(74) *Ob. cit.*, pág. 532.

(75) *Id.*, *id.*, pág. 543.

(76) *Id.*, *id.*, pág. 558.

(77) *Id.*, *id.*, pág. 544.

(78) *Id.*, *id.*, pág. 545.

(79) *Id.*, *id.*, pág. 547.

Los regímenes matrimoniales contractuales no pueden ser sino variantes de la comunidad legal. En tales condiciones, el régimen de separación de bienes, y con mayor razón, el régimen dotal, no son pactables, salvo la notable excepción de Polonia, que en su Código de 1964 permite pactar la separación de bienes (80).

(Continuará.)

ENRIQUE FOSAR BENLLOCH
Notario

(80) Id., íd., pág. 547.