

OFRENDA

Quede esta breve *relectio* como un homenaje de *pietas*, que rendimos a los borgoñones del Franco Condado, tan fieles a las Españas, que a su causa común aportaron sus bravos tercios con su enseña de aspas rojas de la cruz de San Andrés sobre fondo blanco, que dieron brillo a tres generaciones con notables escritores, historiadores, juristas... Hoy, cumplidos los tres siglos del final impuesto por la fuerza de las armas a su gozosa confederación...

Cambio social y condición jurídica de la mujer casada

ENRIQUE FOSAR BENLLOCH

Notario

SUMARIO: I) *Ideas preliminares.*—II) *Concepciones jurídicas de la familia.*—III) *El Derecho de familia ante el cambio social.*—IV) *Opiniones menos recientes de los autores españoles acerca de la condición jurídica de la mujer en el matrimonio.*—V) *Noción de la potestad marital.*—VI) *Fundamento de la potestad marital:* a) La naturaleza, ¿hace superior al varón y consiguientemente inferior a la mujer? Caso de admitirse tal superioridad, ¿puede considerarse inmutable, formando parte del Derecho natural? b) ¿La religión atribuye al marido la potestad de dirección del matrimonio? ¿Existe una norma moral católica que consagre tal potestad? Caso de existir, ¿las mudanzas de los tiempos pueden afectarla? c) La historia, ¿consagra la potestad marital?—VII) *La potestad marital, ¿constituye un principio general de Derecho en nuestro ordenamiento positivo? Su entronque con los principios generales del Derecho.*—VIII) *¿Existe un estado de mujer casada? Distinción entre incapacidad, prohibición y falta de legitimación de la mujer para realizar ciertos actos patrimoniales.*—IX) *La posición jurídica de la mujer casada y el tema de los derechos humanos:* A) El renacimiento del Derecho natural: sus rasgos característicos. B) La noción de los derechos humanos. C) Los derechos humanos en la Carta de las Naciones Unidas de 1945 y en la Declaración Universal de 1948. Especial referencia en dichos textos a la igualdad de sexos, al matrimonio y a la familia. D) La reciente doctrina social de la Iglesia en tema de derechos humanos, con especial referencia a la mujer y a la familia. E) La igualdad jurídica de los sexos como principio de Derecho natural. F) Derecho español: Leyes fundamentales.—X) *Opiniones de nuestra más reciente doctrina acerca de la igualdad de sexos y la revisión legislativa que dicho principio comporta.*—XI) *La Ley de 22 de julio de 1961 y el Decreto 2.310/1970 de 20 de agosto.*—XII) *Líneas fundamentales para una revisión de la potestad marital.*

I. IDEAS PRELIMINARES

Podríamos decir que el análisis de la condición de la mujer es el tema de nuestro tiempo. Políticos de todas las tendencias, sociólogos, moralistas y escritores se ocupan del mismo. Si la gran preocupación del siglo XIX fue la condición obrera, la condición femenina —para

algunos, la marginación, la alienación de la mujer— es el gran desafío de nuestra sociedad.

Centrando nuestro estudio en el aspecto jurídico del problema, apreciamos que los juristas españoles de los últimos tiempos no podían menos de hacerse eco del mismo. Díez Picazo (1) afirma que “lo primero que llama poderosamente la atención —se refiere a los regímenes matrimoniales de bienes— es que éste sea hoy un tema que se encuentra, por decirlo así, en efervescencia.

También en esta materia han hecho crisis las tradiciones jurídicas y nuestro tiempo se ha lanzado a la busca de nuevas soluciones. Toda una serie de reformas legislativas y de proyectos de reforma jalonan las décadas de los años cincuenta y de los años sesenta. Hay una superación sociopolítica de los esquemas del mundo de las codificaciones. La clave es quizá el principio de equiparación de los sexos, que, si se mira bien, no es otra cosa que una concreta parcela de aplicación del principio general de la igualdad de todos los seres humanos y de superación de todas las formas de discriminación. La equiparación de trato jurídico de marido y mujer lleva a una decadencia del principio de jefatura y de dirección económica del marido, e impone una crisis de los sistemas comunitarios...”.

Contrastan tales afirmaciones —que nos han servido de guía en el presente estudio— con el curioso inmovilismo legislativo de nuestra patria, aunque no quepa desconocer ciertas reformas en pro de la promoción jurídica de la mujer, que quedan muy por debajo de las verdaderas necesidades (2). Podría decirse de nuestro legislador que concede a la mujer mercedes, más que derechos, demasiado cortas y demasiado tarde. Mientras los sociólogos de todo el mundo intentan exponer el problema de la condición femenina empleando la técnica psicoanalítica, aplicando el esquema del materialismo dialéctico o las técnicas más avanzadas de la sociología empírica, con abundancia de estudios concretos que el caso requiere, muchos de los autores españoles entienden que nuestra sociedad no está madura para un cambio, aun meramente jurídico y formal, de la condición de la mujer.

Mucho nos tememos que en esto, como en tantas otras cosas, “España es diferente”.

II. CONCEPCIONES JURIDICAS DE LA FAMILIA

No es posible estudiar la problemática jurídica de la condición femenina en nuestra sociedad, sin exponer las diversas ideologías que conforman la familia en los varios ordenamientos jurídicos.

(1) Prólogo a *El régimen económico matrimonial legal en Europa*, de Eugenio FERNÁNDEZ CABALEIRO, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1969, pág. 12.

(2) Una sucinta referencia de las mismas en *Los últimos avances en la condición jurídica de la mujer española*, de CASTÁN TOBEÑAS, en “Estudios de Derecho Público y Privado”, tomo I, “Estudios de Derecho Civil”, pág. 106, Universidad de Valladolid, 1965.

Sinéticamente, expone Vallet de Goyisolo (3), siguiendo a Radbruch, las diversas concepciones jurídicas de la familia:

a) Una concepción supra individualista que corresponde a la doctrina católica del matrimonio, basada en la doctrina del canon 1.013, que distingue entre fines primarios y secundarios del matrimonio. Los fines transindividuales son precisamente los considerados primarios del matrimonio. Esta concepción es desarrollada ampliamente en la Encíclica "Cati Connubii". Mientras la familia romana fue una familia fundamentalmente patriarcal, sin dejar de serlo, la familia católica eleva la condición de la mujer, según la Epístola de San Pablo: "Te daré compañera, pero no sierva". Si bien sin eliminar la jefatura del marido, como también enseña San Pablo al expresar que la mujer estará sujeta al marido como a Cristo su Iglesia.

b) Una concepción individualista, aferrada a la idea del contrato, en la que predomina el individuo, es decir, el interés egoísta de cada uno de los contrayentes. Como postura extrema de esta concepción, aparece la del amor libre, a la cual, lógicamente, ha de llegarse si se parte de considerar el matrimonio únicamente como la conjunción contractual de dos intereses egoístas. Si nos decidimos por una concepción individualista del matrimonio, éste se escapa del Derecho, huye de toda ordenación, con todas las consecuencias sociales que de ello puedan derivarse.

c) Una concepción político-estatal, concepción basada en la fuerza de la nación, en la expansiva presión de un pueblo hacia más allá de sus fronteras. Suele tender a destruir —igual que la concepción individualista, pero por razones contrarias— la fuerza orgánica de la familia, y para ello, va contra la superioridad de rango del marido —declarando la equiparación de sexos— e incluso a veces acepta la posibilidad del divorcio y de la disolución de la familia.

Creemos debe ampliarse el ya clásico esquema con algunas concepciones de la familia no suficientemente resaltadas en el mismo. Nos anticipamos a la fácil objeción que cabría formularnos, de mezclar el Derecho —nuestra exposición hasta el momento— con la política —lo que a continuación exponemos—. Porque cada una de las concepciones jurídicas de la familia antes expuestas obedecen a una determinada cosmovisión: respectivamente, la tradicional religiosa conservadora, la burguesa liberal secularizada y la autoritaria totalitaria. Cosmovisiones que han engendrado y siguen engendrando modos peculiares del quehacer político y de la organización social y, consiguientemente, ordenamientos jurídicos de la familia peculiares. También las concepciones político-sociales que a continuación exponemos tienen claras consecuencias jurídicas en el ordenamiento de la familia y en la condición femenina.

La meta fundamental a que aspiraba el nacional socialismo alemán, y para cuya consecución no reparaba en medios, era el logro

(3) *Panorama de Derecho Civil*, págs. 243 y siguientes, Bosch, 1963.

de una "comunidad alemana" racialmente pura. En tal sentido racista: se inspiró su legislación familiar. Por lo demás subsistió un criterio autoritario y una evidente superioridad del marido en el matrimonio, retrasándose la emancipación de la mujer, a la que se quería sujetar a las tareas tradicionalmente femeninas.

Para Carlos Marx (4) la forma más fundamental de relación social es la familia, en cuanto relación del hombre con la mujer. La familia es ya sociedad y, sin embargo, no lo es más que a través de una naturalidad que aún no se ha suprimido. 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 es 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.

Es justo apuntar que Marx critica vigorosamente lo que llama concepción familiar del comunismo vulgar (5). Los comunistas vulgares predicaban la comunidad de mujeres. De propiedad exclusiva que era en el matrimonio, la mujer pasa aquí a ser propiedad general, común. En la comunidad de mujeres, en la cual nada se ha cambiado en esa relación de propiedad privada, que no ha hecho más que generalizarse, Marx puede decir que "llegamos a una prostitución universal".

Para Engels (6), el origen de la monogamia en Grecia no fue fruto del amor sexual individual, sino del cálculo y el interés individual. Fue la primera forma de la familia que no se basaba en condiciones naturales, sino económicas, y concretamente en el triunfo de la propiedad privada sobre la propiedad común primitiva originada espontáneamente. Preponderancia del hombre en la familia y procreación de hijos que sólo pudieran ser de él y destinados a heredarle: tales fueron los únicos objetivos de la monogamia.

La monogamia fue un gran progreso histórico, pero al mismo tiempo inauguró, juntamente con la esclavitud y las riquezas privadas, aquella época que dura hasta nuestros días y en la cual cada progreso

(4) Expuesto en Jean Ives CÁLVEZ, *El pensamiento de Carlos Marx* páginas 446 y siguientes, Taurus, Madrid, 1966.

(5) Ob. cit., págs. 567 y siguientes.

(6) *El origen de la propiedad, la familia y el Estado*, extractado en *La emancipación de la mujer*, colección 70, págs. 89 y siguientes, Grijalbo, S. A., México. 1970.

es al mismo tiempo un regreso relativo y el bienestar y el desarrollo de unos verificase a expensas del dolor y de la represión de los otros.

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, que alimentar a la familia, por lo menos en las clases poseedoras; 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 élla el proletariado.

Igualados por la revolución social ambos sexos en el matrimonio, incorporada la mujer al proceso productivo, cuando desaparecen las causas económicas por las que las mujeres han tenido que aceptar la infidelidad habitual de los hombres, la igualdad alcanzada por la mujer influirá mucho más en el sentido de hacer monógamo a los hombres que de hacer poliandras a las mujeres.

La monogamia subsistirá, si bien purificada de los caracteres que le han impreso las relaciones de producción a las cuales debe su origen: la preponderancia del hombre y la indisolubilidad del matrimonio.

La preponderancia del hombre en el matrimonio es consecuencia, sencillamente, de su preponderancia económica y desaparecerá por sí sola con ésta. La indisolubilidad del matrimonio es consecuencia, en parte, de las condiciones económicas que engendraron la monogamia y, en parte, una tradición de la época en que, mal comprendidas aún, la vinculación de esas condiciones con la monogamia, fue exagerada por la religión.

Si el matrimonio fundado en el amor es el único moral, sólo puede ser moral el matrimonio donde el amor persista.

III. EL DERECHO DE FAMILIA ANTE EL CAMBIO SOCIAL

Si el mundo cambia, si el rol de la familia en la sociedad cambia, su Derecho deberá cambiar.

Afirma Recaséns Siches (7) que los valores jurídicos se realizan en la vida humana y la vida humana es esencialmente histórica, esto es, siempre diversa y cambiante. En cada momento histórico y en cada situación concreta se da un mundo peculiar que, en parte muy considerable, es diferente de los mundos propios de otras épocas y de otras condiciones. A pesar de ser los valores ideas puras con intrínseca validez, en cambio su realización tiene que ser varia por virtud de las diferentes realidades y ha de cambiar a tenor de la modificación de esas realidades.

(7) *Introducción al estudio del Derecho*, págs. 300 y siguientes, Porrúa, Sociedad Anónima, México, 1970.

¿Cuál era el papel de la mujer en el seno del matrimonio y de la familia en los años de la Codificación? ¿Cuáles son los papeles del padre y de la madre, del esposo y de la esposa, y de los hijos en la familia española de 1971? Sin comparar dichas realidades entre sí, el legislador, ya mantenga el "statu quo", ya intente una reforma parcial de la legislación familiar, actuará en el vacío, de espaldas a las necesidades del país real, muy diverso del país oficial.

La estructura económica de nuestro país en los años de la Codificación era esencialmente agraria, subdesarrollada "...España seguía siendo el país agrario, de agricultura no capitalista, el país de escaso mercado interior; aún jugaba en el mercado exterior con sus materias primas, pero la salida de éstas se hacía en detrimento de sus propias posibilidades de industrialización... Mientras el mundo entero se lanzaba a la aventura exaltante del siglo XX, España era prisionera de los moldes de vida de otros tiempos..." (8).

En tal economía esencialmente agraria, la población activa agrícola era el 68 por 100 del total, la industria el 16 por 100 y la de servicios el 16 por 100 restante.

El varón, fuera aristócrata, burgués, campesino acomodado u obrero agrícola o industrial, aportaba a la familia los medios de subsistencia en la inmensa mayoría de los casos. La vida toda del país era esencialmente masculina. La mujer tenía un puesto subordinado en la sociedad; la administración del hogar y la crianza de los hijos era su esfera reservada.

Se veía con desconfianza el trabajo extrafamiliar de la mujer, al menos en la opinión de la clase media. Por supuesto que la mujer proletaria —agraria o industrial— se veía obligada a trabajar fuera de la familia. Pero la todopoderosa opinión pública afectaba ignorar tal necesidad del trabajo femenino, manteniendo la ficción de que "el puesto de la mujer está en el hogar".

Cualesquiera fueran las opiniones políticas o religiosas de los escritores de la época, no se alejaban mucho de la concepción supraindividualista de la familia que antes hemos expuesto, siguiendo a Vallet de Goytisolo (9).

En tal ambiente de autoritarismo familiar, no es extraño que nuestro Código civil introdujera con todas sus consecuencias "no sólo el principio de la facultad de decisión marital, al modo de las

(8) TUÑÓN DE LARA, *La España del siglo XIX*, pág. 342, Librería Española, París, 1968.

(9) "La mujer que se entrega completamente a la industria, el comercio, a la literatura, a las artes, suele ver con cierto desdén el hogar doméstico, tener deseos de alejar de sí a esos mismos hijos, cuya educación le está confiada, ver en ellos un obstáculo para sus elucubraciones mentales o sus trabajos científicos, y perder por fin su carácter... No es éste el camino que yo quisiera que la mujer siguiese: no fuera, sino dentro del hogar doméstico, creo que debe llenar su misión. En el hogar doméstico tiene la mujer su teatro, su asiento, su trono." PI y MARGALL, *La misión de la mujer en la sociedad*, Rivadeneira, Madrid, 1869, citado en *Informe sociológico sobre la situación social de España 1970*, pág. 491, Fundación Foessa, Madrid, 1970.

legislaciones de tipo germánico, sino aun el de la llamada autoridad marital. Pero esta autoridad en nuestro Derecho, que ha atenuado ciertas rigideces del Código francés, no implica una verdadera potestad ni una prerrogativa del sexo, sino más bien una función encomendada al marido por exigencias de unidad de gobierno y que se traduce para él en graves deberes y responsabilidades" (10).

Juan Ramón Capella (11) exagera un tanto el aspecto económico de la organización familiar española cuando afirma: "...En el Código civil, institucionalización suprema de la familia burguesa, sus miembros no son otra cosa que la personificación del capital —seguramente agrario y comercial—. Todas las instituciones de la familia tienen por único objeto determinar con exactitud la "voluntad" a la que el derecho atribuye la representación del capital... Las exigencias del capital, su tendencia a la acumulación y a evitar la desmembración, son tan fuertes que, en pleno siglo xx pueden privar a alguno de los miembros de la familia —a la mujer, señaladamente— en el Derecho privado, de conquistas casi afianzadas en el Derecho público...".

¿Cuál el contexto socioeconómico —luego expresaremos la ideología dominante— en que se desenvuelve el innegable cambio de la familia en el momento presente de nuestra patria?

La estructura de nuestra economía ha cambiado drásticamente desde los tiempos de la codificación: frente a los porcentajes que cita Tuñón de Lara de población activa, en 1971, sólo un 25 por 100 de dicha población se ocupa en la agricultura. España ha dejado, globalmente hablando, de ser un país subdesarrollado, para ser un país industrial. Con todos los desniveles regionales que se quiera, España ha entrado en el reducido número de los países desarrollados (12).

Pero es que la población activa agraria seguirá disminuyendo en el decenio iniciado en 1971. Curiosamente, las estadísticas oficiales y las proyecciones del futuro inmediato subestiman dicha disminución y presuponen una mayor estabilidad de la población agraria de lo que el inmediato pasado —decenio 1960-1970— permite deducir.

En tal contexto socioeconómico en cambio —se ha dicho que desde el siglo XIII, época de la repoblación en masa de la meseta sur y de Andalucía, Valencia y Murcia, jamás había cambiado de domicilio tal masa de población en España como en el decenio 1960-1970—, la proporción de mujeres en el conjunto total de la población activa ha pasado de ser un 20 por 100 del total a un 25 por 100, entre los años 1960 a 1967.

Se calcula que en 1975 trabajarán en España cuatro millones trescientas mil mujeres (13).

(10) CASTÁN TOBEÑAS, *La condición social y jurídica de la mujer*, págs. 173, Reus, S. A., Madrid, 1955.

(11) *Sobre la extinción del Derecho y la supresión de los juristas*, págs. 24, Fontanella, S. A., Barcelona, 1970.

(12) *Informe sociológico*, citado, pág. 103.

(13) *Id.*, *id.*, pág. 133.

La urbanización de la vida española, que se ha iniciado en ese decenio, la acumulación de la población en la periferia costera y en las grandes ciudades del interior, el mejoramiento evidente del nivel de vida de grandes masas de la población española, las pautas de vida de Europa que difunde la pacífica invasión del turismo y que producen un inevitable contagio en nuestro tradicional modo de vida... son otros cambios importantísimos que arrumban la noción un tanto idílica y estática que de la organización jurídica de la familia tuvo nuestro legislador de 1889.

En un país sacudidos por tales cambios socioeconómicos, la familia tradicional no podía quedar inmune a ellos.

Da fe de ello Cáritas Española, en su Plan CCB (14).

Sin embargo, la crisis familiar no es total, ni es admisible pretender que la desintegración de la familia avance en todos los frentes. En sólo unas pocas décadas, la ilegitimidad de los hijos ha llegado casi a desaparecer de la vida española: en 1920, de cada mil nacido vivos sesenta y dos eran ilegítimos, frente a quince en 1967.

Gran parte de la supuesta crisis de la familia hay que atribuirle a que el papel conjunto de la mujer en la familia va adoptando roles que trasciende la tradicional limitación de "sus labores". En este sentido, el papel de la esposa es cada vez más importante (15).

Quizá el tránsito hacia un tipo de familia más moderno esté representado por la mayor probabilidad de decisiones que se toman por "ambos" esposos. En el nivel más bajo de estudios y en las ocupaciones campesinas y manuales urbanas es donde menos frecuente es esa toma de decisiones por ambos esposos.

De acuerdo con una encuesta realizada por el Instituto de la Opinión Pública en 1968, el 71 por 100 de una muestra nacional opina que en el año 2000 la gente debería estar más unida que ahora a su familia, y sólo un 15 por 100 opina que realmente lo estará en esta fecha. Tal pesimismo, opinan los autores del Informe, es indudable que va a tener consecuencias (16).

Consecuencias, creemos, que se reflejarán en un importante retraso de la urgente mejora de la condición jurídica y social de la mujer en el seno de la familia. La opinión pública española, pesimista

(14) "La no existencia de un esquema o patrón familiar unánimemente aceptado lleva consigo la inmediata indeterminación de estatutos y papeles sociales dentro de la familia: ni los hijos aceptan el estatuto de jefe indiscutible y dictatorial (con jefatura en todos los terrenos) que el padre se asigna a sí mismo..., ni el padre acepta el estatuto que le asignan los hijos ni los estatutos que ellos se asignan a sí mismo, ni los hijos admiten el estatuto que el padre asigna a la madre... Todo ello trae como resultado que el cuadro familiar se convierte en un campo ideal para la aparición de toda clase de conflictos sociales y psicológicos. Esta situación puede igualmente provocar la aparición de fenómenos de desintegración: separaciones conyugales, infidelidades, emancipación de los hijos, etc. (Cáritas Española, Plan CCB, tomo 1, pág. 175, Madrid, Euramérica, citado en *Informe sociológico*, pág. 490).

(15) *Informe sociológico...*, pág. 491.

(16) *Id.*, *id.*, pág. 493.

y conservadora, permitirá a muchos sostener que es prematuro acceder a un cambio en la condición jurídica de la mujer, que según ellos contribuirá a desintegrar aún más la familia tradicional.

Sin embargo, tal necesidad de reforma de la estructura de la familia tradicional la sostiene una pensadora tan poco sospechosa de radicalismo, María Jiménez Bermejo, al afirmar que “es común que al hablar de la familia se esté pensando en la estructura familiar que ha presidido el nacimiento de quien la defiende, es decir su, tu o mi estructura familiar. Pues bien, admitiendo que hay que defender a la familia, y precisando más, hay que defender la familia cristiana, lo que también se establece es que no se vincula la familia cristiana con el tipo de familia característico de una sociedad tradicional. Puesto que la familia cristiana puede funcionar, y de hecho está ya funcionando, con unas pautas de conductas distintas y diferentes de las que se dieron en la situación histórica precedente... lo cierto es que aun considerando a la familia en cuanto vinculada a un credo religioso moral, es evidente que la misma ha de sufrir las transformaciones necesarias para adecuarse a la nueva realidad. La familia, en cuanto elemento integrante de la estructura social, no puede permanecer aferrada a viejas pautas de conducta propias de una estructura social distinta y diferente de la actual” (17).

IV. OPINIONES MENOS RECIENTES DE LOS AUTORES ESPAÑOLES ACERCA DE LA CONDICION JURIDICA DE LA MUJER EN EL MATRIMONIO

Pese a la evidencia de los fenómenos sociales que hemos descrito, la mayor parte de los autores españoles no dan señales de verse afectados por ellos. Tal vez ello obedezca a que pertenecen a generaciones menos recientes que las que encuadran a los autores a que luego nos referiremos.

“La familia española —se dice y se repite como un lugar común en muchos discursos y libros— ha sido siempre una prolongación del templo: por eso se llama “santuario” al hogar... Los padres y los hijos vivían en un ambiente de mucha intimidad. La mujer española era un ángel del hogar que, convertida en madre, era el compendio de todas las perfecciones y virtudes femeninas. La austeridad de nuestros hogares era ambiente propicio para moldear el carácter recio de los españoles y para crear aquel clima de catolicismo íntegro, recio, profundo y apostólico, en frase del Papa, que ha sido siempre característica de nuestro pueblo. La solución del problema que presenta hoy la familia ha de estar, según ese criterio, en volver a

(17) María JIMÉNEZ BERMEJO, *Presencia y participación de la mujer en la vida social*, en “Temas actuales de España”, págs. 19 y 20, Euramérica, 1971.

ese tipo de hogar que realizaba maravillosamente el ideal de la familia cristiana" (18).

En la misma línea ideológica se movió el ex'into cardenal Gomá, al afirmar que en España el marido es el administrador nato de los bienes de la sociedad conyugal, ni puede la esposa, sin consentimiento del marido, adquirir por título oneroso ni lucrativo, enajenar sus bienes ni obligarse sino con las limitaciones establecidas por la misma ley. Son vestigios de la condición servil de la mujer en pasados tiempos, de que paulatinamente van purgándose los códigos de las naciones más adelantadas. Lo que no imponga la ley, cúmplase por la ley suprema del amor unitivo de los esposos, que como funden en un mismo crisol sus corazones, así establezca entre marido y mujer absoluto intercambio de bienes y participación igual, aunque en distintos planos, en el régimen financiero de las familias (19).

Castán, en su obra citada, aun reconociendo los cambios de la realidad socioeconómica de nuestra patria —mucho menos acusados en la época en que redactó esta obra que en el presente— afirma que "la incorporación paulatina de la mujer a las áreas de la vida profesional y social produce la evidencia de que deban serle reconocidos derechos que antes no tenía; pero como al mismo tiempo la tradición femenina se mantiene aún en muchos aspectos y, por fortuna, con bastante firmeza ¿cuál será el régimen jurídico que convenga a esta nueva época de contradicciones y de transición a un orden nuevo que todavía aparece un poco lejano? No cabe resolver el problema de la mujer con una fórmula simplista, más teórica que real, como la de la igualdad de los sexos, la cual, además, falla cuando se trata del régimen conyugal y familiar, que requiere una unidad de dirección" (20).

Royo Martínez hizo notar que el matrimonio es unión de dos personas, por lo que, en caso de discrepancia entre ambas respecto de cualquier problema que afecte a la comunidad familiar, no cabe recurrir a la solución democrática que conduciría a un empaté. No cabe, pues, negar la primacía del varón como no sea para concedérsela a la mujer. Y si es fácil clamar contra los privilegios masculinos resultarían difíciles la justificación e implantación de un nuevo matrimonio (21).

Vallet de Goytisoló afirma que "no podemos olvidar —además— que los fines primarios del matrimonio son transindividuales: la procreación y la educación y elevación de la prole. El buen nombre, el

(18) Vicente Enrique y TARANCÓN, *La familia hoy*, Madrid, Euramérica, citado en *Informe sociológico...*, pág. 493.

(19) *La familia según el Derecho natural y cristiano*, Barcelona, 1942, citado en CASTÁN TOBEÑAS, *La condición social...*, pág. 75.

(20) *La condición social...*, pág. 91.

(21) *Derecho de familia*, Sevilla, 1949, citado en PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo IV, volumen I, *El matrimonio y el régimen matrimonial de bienes*, págs. 304 y 305, Barcelona, Bosch, 1967.

buen ejemplo, el sacrificio por este fin, son más importantes que el desarrollo de la personalidad del padre y de la madre. Ahí está el verdadero éxito o el verdadero fracaso de estos...

La historia es dinámica, incluso en la evolución de las ideas. No se para donde nosotros queremos. ¡Cuidado... cuando se tiene demasiada preocupación por los derechos del marido o de la mujer! A la larga o a la corta, esto repercutirá en contra de la familia, de los hijos. En bien de éstos, la preocupación de cada uno ha de centrarse en sus propios deberes y obligaciones... y el ideal es que estos deberes no se miren como una carga, sino, por impulso del amor, como un goce... ¡Ay, si la mayor preocupación de unos y otros llega a ser, para unos, el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad de la mujer...!" (22).

Corts Grau, iusnaturalista tradicional, apun'a que "el contrato social es un acto de fundación. La unidad conyugal es la unidad de una institución en la que registramos un orden y una jerarquía: autoridad marital... Los fines del matrimonio trascienden de la voluntad originaria de los contrayentes... El matrimonio es, en definitiva, el acto de fundación de la institución familiar. Los rasgos institucionales apuntados en él se acentúan en la familia: patria potestad, comunidad de vida, integración en todos los órdenes, desde el afectivo hasta el patrimonial..." (23).

Más adelante haremos referencia a los autores que propugnan, con mayor o menor vehemencia, un cambio en la condición jurídica de la mujer.

V. NOCION DE LA POTESTAD MARITAL

Tal vez la mejor definición descriptiva de la potestad marital se contiene en el ya clásico estudio de De Cossío y Corral (24): "Según el artículo 57 del Código civil «el marido debe proteger a la mujer, y ésta obedecer al marido». Esta relación jurídica, que impone, de una parte, el deber de obediencia, y de la otra, el de protección, en cuanto implica sometimiento, de la mujer al marido, no es otra cosa que la consecuencia del poder marital que nuestro Código consagra, siquiera dotado de un contenido ético y de una finalidad trascendente, que, al limitarle a las exigencias del bien de la familia, proscribire la posibilidad de cualquier abuso. El poder marital supone un conjunto de derechos propios del marido, a los cuales corresponde una posición subordinada de la mujer..."

(22) *Panorama...*, pág. 247.

(23) *Curso de Derecho natural*, pág. 399, Editora Nacional, 1970.

(24) *La potestad marital*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, tomo I, fascículo I, pág. 13.

VI. FUNDAMENTO DE LA POTESTAD MARITAL

Preferimos, a cualquier posible fundamentación teórica de la institución, emplear el Preámbulo de la Ley de 24 de abril de 1958, por la que se modificaron determinados artículos del Código civil.

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

En una ocasión en que nuestro legislador pudo y no quiso suprimir, o al menos atenuar, la potestad marital, se reafirman los fundamentos de la institución: la naturaleza, la religión y la historia atribuyen al marido una potestad de dirección sobre su esposa.

Examinaremos separadamente y con detenimiento cada uno de los supuestos fundamentos de la potestad marital que estableció nuestro legislador, en un contexto anteconiliar, lo que obliga a extremar el rigor del análisis.

a) La naturaleza ¿hace superior al varón y consiguientemente inferior a la mujer? Caso de admitirse tal superioridad ¿puede considerarse inmutable, formando parte del Derecho natural?

Ha sido muy controvertido el tema de la superioridad o igualdad del varón con respecto a la mujer. No podemos extendernos mucho en la exposición de los argumentos biológicos ni en los históricos que han aducido feministas y antifeministas. Bastará para nuestro propósito aducir las conclusiones de Castán Tobeñas (25).

“Las pruebas históricas sociales y las suministradas por la anatomía, que son las preferidas de feministas y antifeministas, resultan en realidad insuficientes para resolver el problema de la naturaleza y condición de los sexos: por eso estimamos nosotros procedente acudir en demanda de datos y enseñanzas a la psicología y a la fisiología, que, rectificando la tesis de la igualdad mental de los sexos nos presentan: la primera, la de su equivalencia o paralelismo mental; la segunda, la de la distinción sexual sobre la base de la maternidad como

(25) *La condición social...*, pág. 21.

característica esencial de la organización y funciones de la mujer...”

“*Del estudio de la diferenciación psíquica de los sexos... no resulta suficientemente justificada la preeminencia del varón en la sociedad pública y menos en la sociedad familiar.* Pero hay un aspecto, muy fundamental por cierto, en la biología de los sexos que obliga a mirar con mucha cautela las conclusiones del feminismo igualitario. Y es que los feministas hacen abstracción de la misión de la mujer, de su especial función en la reproducción de la especie” (26).

El feminismo igualitario “...impondría a la función maternal duros sacrificios: al igualarse al hombre perdería la mujer su feminidad y todos los más salientes rasgos de su fisonomía psicofísica, y como no es deseable una degeneración tan desastrosa, hemos de rechazar con todas nuestras fuerzas al feminismo radical, mientras no nos convenza esta escuela satisfactoriamente de que la mujer libre e igual al hombre podría seguir siendo mujer y madre con toda la plenitud que su misión en la vida, que en la sociedad y en la familia exige” (27).

La única razón que aduce la teoría de la superioridad del varón y consiguiente inferioridad de la mujer en el matrimonio estriba en que la función maternal, o existe en el caso concreto y ata a la madre a la educación y cuidado de los hijos, o caso de no existir, predetermina la psicología femenina en un sentido afectivo y pasivo, que impide a la mujer ostentar el mando en el matrimonio.

Frente a tales opiniones conservadoras, que, no negamos, sintetizan un poderoso estado de opinión en nuestra patria, se alzan voces discordantes. Castilla del Pino (28) sostiene que “se aduce con frecuencia que si la mujer, en lo tocante a sus realizaciones, no ha dado nada que por asomo sea comparable a los rendimientos que el hombre aportó a lo largo de la historia, es por no otra razón que por el hecho de que su condición “natural” es distinta a la del hombre y, en consecuencia, en orden a lo que consideramos progreso, los rendimientos de la mujer han sido inferiores. De ello cabe concluir que la condición “natural” de la mujer, respecto del hombre, es la de su inferioridad...”

Es cierto que este punto de vista puede ser deformado, en otros momentos, mediante eufemismos, sobre todo en forma de una nueva —esta vez cortés— mitificación. La mujer no es inferior, se dice. Sus rendimientos, en orden a lo que se llama progreso, han sido ciertamente inferiores, casi nulos. Pero —eso sí— la maternidad, el cuidado del hogar, son dedicaciones excelsas. Por eso, la mujer debe quedar y centrar su esfuerzo en el cultivo de las cualidades que encarnan lo que, sin mayores esfuerzos, se denomina su femineidad. La mujer es superior, se concluye, precisamente en eso que se ha estima-

(26) Id., id., págs. 42 y 43.

(27) Id., id., pág. 49.

(28) *Cuatro ensayos sobre la mujer*, págs. 14 a 16, Alianza Editorial, 1971.

do su inferioridad... Tales concepciones que... no parten por desgracia solamente del hombre, sino que las comparten también muchas mujeres... son netamente inmovilistas y bajo el disfraz de una consideración "muy elevada" de lo que la mujer es en su "calumniada" inferioridad, pretenden hacer permanente, mediante la gratificación más hipócrita, que la mujer siga ahí donde siempre estuvo, por lo menos entre nosotros. Se le paga a veces con palabras que se estiman gratas —"todas las madres son bellas", ha dicho monseñor Escrivá— otras veces, cuando se puede con hechos, de manera que la mujer aparezca más y más gratificada en su condición "femenina". Pero con ello se persigue que, por lo pronto, persista su condición de estupidización, de tal manera que pueda continuar siendo objeto, pura cosa, al servicio del hombre y nada más...".

Kate Millet (29), en un tono mucho más radical que Castilla del Pino, define la alienación femenina aduciendo que a la mujer le son negados los derechos humanos a través de su estatuto de bien poseído. El efecto acumulativo de la religión y de las costumbres es aún muy poderoso y tiene consecuencias psicológicas enormes. La mujer está todavía privada de libertad sexual y del control biológico sobre su propio cuerpo. Como la historia de la cultura patriarcal y las representaciones de sí misma a todos los niveles de sus medios de información culturales, pasados y presentes, tienen un efecto destructor sobre su imagen, la mujer está habitualmente privada de todas las fuentes de dignidad o de respeto de sí misma. Teniendo interiorizado la desconsideración que les es dispensada, las mujeres se desprecian simultáneamente a sí mismas y a las otras. La mujer constituye una minoría semejante a la de los negros en los Estados Unidos: los atributos que el sentido común atribuye a los negros y a las mujeres son semejantes.

Entre el conservadurismo de Castán Tobeñas y el radicalismo de Kate Millet —personalidades que parecen radicar en dos planetas distintos— creemos que debe existir una opinión moderada, reformista de la condición de la mujer, que abra una vía al buen sentido.

Creemos es muy importante, a tal respecto, la opinión de Alva Myrdal y Viola Klein (30) que sostienen que "las investigaciones, llevadas a cabo por psicólogos y sociólogos, han probado que la mayoría de las mujeres son tan buenas como la mayoría de los hombres en la mayoría de las disciplinas: que individuos de un mismo sexo varían siempre más entre ellos de lo que pueda diferir cualquier promedio de ambos sexos; y que cualquier diferencia moderada en los logros del promedio de un sexo en un campo determinado queda

(29) *Sexual politics*. Lo traduce al portugués GISELA DA CONCEIÇÃO, y se inserta en *Cadernos D. Quixote*, número 37, titulado *Mulheres contra homens?*, Publicações D. Quixote, Lisboa, 1971.

(30) *La mujer y la sociedad contemporánea*, Ediciones Península, 1969, pág. 19.

equilibrado por otras diferencias en otro de sentido contrario...” “ya nadie pone en duda seriamente la capacidad de las mujeres...” “...Por otra parte, el extenso descontento actual entre las amas de casa que viven en una ciudad da testimonio del hecho de que cuidar a un hombre y a una familia de dos... no es, en las actuales condiciones, suficiente para llenar los muchos años de la vida de una mujer ni puede proporcionarles la satisfacción de pensar que está haciendo su parte... muchas mujeres han empezado a tomar conciencia del hecho de que sus niños no serán niños toda la vida y que sus maridos, por apasionados que se muestran actualmente al hacerles la corte, no es probable que sigan así durante el medio siglo de vida matrimonial estadísticamente probable en la actualidad...” (31).

“Podemos decir que el ama de casa promedio emplea todo su tiempo en tareas domésticas necesarias que deberían requerir únicamente un cuarto a un tercio de su vida adulta normal” (32).

Se justificaba, en las épocas en que la esperanza de vida de ambos sexos era de unos treinta y cinco años, dedicar a la mujer a la crianza de los hijos, crianza que absorbía la mayor parte de los años de su vida. De ahí era lógico inferir la inferioridad de la mujer: atada a su hogar no podía, ni debía, desempeñar otra misión que la de la perpetuación de la especie, dejando el resto de las actividades de la civilización a cargo del varón.

Tal estado de cosas duró en nuestra patria, como en la mayor parte de los países occidentales, hasta fines del siglo pasado. Pero a partir de esa época, los progresos de la medicina consiguen un gran éxito para la especie humana: en la mayor parte del mundo civilizado, y, desde luego, en nuestra patria, la esperanza de vida se ha doblado. En 1970, la esperanza de vida de la mujer española se acerca a los setenta años. Durante largos años de la madurez, la mujer se va a ver privada de su quehacer tradicional: la crianza de los hijos.

Estadísticamente es un hecho que hay más mujeres que hombres: en España aproximadamente un millón más de unas que de otros. Estadísticamente es imposible, pues, evitar la soltería como fenómeno social. ¿Qué gratificación deberá conceder la sociedad a unas mujeres privadas necesariamente de la maternidad legal?

¿En virtud de qué principio natural intangible se va a sujetar a la mujer, libre, por la propia evolución demográfica de la especie, del cuidado de los hijos durante largos decenios de su vida?

Concluimos que las innegables diferencias somáticas y psíquicas de ambos sexos no atribuyen una inferioridad al sexo femenino y una superioridad al masculino.

La inferioridad de la mujer es un producto de milenios de cultura patriarcal, es de hecho, y no debe constituir un fundamento para la discriminación legal. La función maternal no debe establecer una in-

(31) Id., id., pág. 29.

(32) Id., id., pág. 31.

ferioridad en perjuicio de la mujer, por mucho que se la disfrace con bellas frases, sino dar derecho a una protección temporal y adecuada al problema que trata de resolver, nunca alienadora.

En otro sentido, puede entenderse que la po:estad marital es de Derecho natural. Así parece sostenerlo el Preámbulo de la ley que antes hemos transcrito.

No faltan argumentos de autoridad que avalen tal fundamento. "Por ley natural la mujer está sujeta al varón, porque por ley de naturaleza abunda más en el hombre la ponderación de la razón", afirmó Santo Tomás en la "Suma Teológica" (33).

Tal autorizada opinión ha permitido a los iusnaturalistas, sobre todo a los más tradicionales, afirmar desde diversas posiciones que forma parte del orden natural la autoridad del varón en el matrimonio y la consiguiente sujeción de la mujer.

Sin embargo, y sin negar el argumento de autoridad, débil en la lógica tradicional, creemos importante llamar la atención sobre una profunda reflexión de Recaséns Siches (34) acerca de lo que podríamos llamar "la inflación del Derecho natural". "En el siglo XVIII a la idea de la naturaleza humana se le dió una extensión muy grande, metiendo dentro de la misma componentes meramente accidentales, aportados por situaciones históricas contingentes, pero que fueron absolutivizados de manera indebida. Por el contrario, la filosofía y las ciencias empíricas de nuestro tiempo han evidenciado el hecho de que la naturaleza del hombre abarca un área muchísimo menor de lo que en otra época se había imaginado; y han evidenciado también el hecho —todavía más importante— de que lo peculiarmente característico del hombre es que su vida tiene una fabulosa plasticidad, tanto en su soporte biológico, como también en su específica realidad humana, es decir, en lo que efectivamente es y hace, en el contenido que cada quien da a su propia existencia... No se puede cambiar la naturaleza humana primaria, porque ésta es esencial, necesaria, constante y universal. Pero, en cambio, es posible cambiar las "segundas naturalezas", porque éstas han sido configuradas por los hábitos, por las costumbres y por otras influencias sociales... el hombre de hoy, que vive en una nueva circunstancia, en un nuevo contorno, en un mundo diferente del que encontró el hombre de ayer al iniciar su existencia, modificará por su propia cuenta este legado recibido... Los progresos en los estudios antropológicos, psicológicos y sociológicos tienen que abrir nuevas perspectivas a las meditaciones prácticas de estimativa jurídica o Derecho natural. Es decir, tales estudios habrán de suministrar luces para obtener nuevas perspectivas y directrices en las aplicaciones concretas del Derecho natural".

Repensando radicalmente toda su disciplina, conjunto de meditaciones de altos espíritus sobre el fundamento último de lo justo y

(33) Citado en CASTÁN, *La condición social...*, pág. 69.

(34) Obra citada, págs. 294 y 295.

de lo injusto, a la luz de los datos todos que le brinda el conjunto de ciencias sociales y jurídicas, y de su propia reflexión personal, evitará el iusnaturalista la agria crítica de Juan Ramón Capella (35) y no se dejará deslumbrar con el argumento de autoridad de Santo Tomás de Aquino, que hay que situar en un contexto histórico radicalmente distinto del nuestro.

Es así como Puy (36) se pronuncia en términos templados en torno al fundamento iusnaturalista de la potestad marital, aun dentro de la corriente del iusnaturalismo católico tradicional. No creemos que la razón que aduce de ser indispensable en el matrimonio el poder decisorio de uno de los cónyuges sea incontrovertible. En un contexto histórico basado en la superioridad del Derecho sobre la mera fuerza física, las eventuales disensiones pueden tener otra salida que el "ius-sus" del marido.

b) ¿La religión atribuye al marido la potestad de dirección del matrimonio? ¿Existe una norma moral católica que consagra tal potestad? Caso de existir, ¿las mudanzas de los tiempos pueden afectarla?

Sería muy fácil dar por resuelta la cuestión en sentido afirmativo, trayendo a colación la conocida sentencia de San Pablo en la Carta Primera a los Corintios (11,2 y 11): ...“Mas quiero que sepáis que Cristo es la cabeza de todo hombre, como el hombre es cabeza de la

(35) “El llamado Derecho natural alega la existencia de un conjunto de principios jurídicos de variopinta manera fundamentados, superiores al Derecho positivo y con el que éste debe concordar... La no historicidad de estos principios y la consiguiente imposibilidad de enumeración de los mismos suscitan un considerable problema (o pseudo problema, si se llama así a las cuestiones mal planteadas, imposibles de resolver...). En definitiva, la operación se resuelve hoy, independientemente de las intenciones de los autores, en apología en bruto del Derecho positivo... Los manuales de estudio del Derecho natural acaban siendo una pobre suma de doxología inorgánica, sobre la cuestión, preceptos de la legislación positiva o del C. I. C., proverbios morales y sentencias populares al gusto del autor” (obra citada, págs. 19 y 20).

(36) “... las circunstancias de efectiva debilidad—física primero e intelectual después— de la mujer, han hecho que durante mucho tiempo y en aras de una mayor protección del matrimonio, la prole y la familia toda, se haya considerado como norma natural la que atribuía al varón la primacía o superioridad plena sobre la mujer en la familia. En nuestros días..., tal norma sólo puede considerarse justa si se la entiende como una “presunción jurídica” general y subsidiaria, basada en la costumbre anterior. Lo que significa que, supuesto que pueden darse casos límites de desacuerdo irreductible entre los cónyuges a la hora de tomar una decisión concreta, por fuerza hay que atribuir a uno de ambos el poder decisorio, en el sentido de “voto cualificado” que tienen los presidentes de los cuerpos colegiados, para dirimir los empates. En consecuencia, y cuando se den los supuestos de desarrollo femenino suficientes, las leyes humanas de las correspondientes comunidades sociales tendrán que suprimir, en plazos cada vez más perentorios, todas aquellas disposiciones de carácter positivo que constituyen verdaderas discriminaciones odiosas por razón del sexo, permitiendo, al menos, las estipulaciones matrimoniales dirigidas a consagrar en el caso concreto la presidencia de la mujer” (*Lecciones de Derecho Natural*, tomo I, pág. 432, Santiago de Compostela, 1970).

mujer... Por tanto, debe la mujer traer sobre la cabeza la divisa de la sujeción”.

Pero no olvidemos que las Sagradas Escrituras deben ser interpretadas en su contexto histórico (37). Una interpretación tan autorizada como la de la Encíclica “Casti Connubii” reconoce la sujeción de la mujer al marido, pero templando considerablemente su alcance, configurándola como una función en interés de la familia, y dando paso a un feminismo cristiano que modere tal sujeción (38).

Para la Iglesia, sobre todo en el mundo actual, bastaría que el marido ostentase en el matrimonio una jerarquía puramente moral, sin necesidad de norma alguna jurídica que diera consistencia a tal primacía, semejante a la de un rey constitucional. No es misión de la Iglesia pedir ayuda de la fuerza pública para urgir el cumplimiento de normas morales, ni misión del Estado consagrar con carácter de jurídico todo precepto moral.

La Constitución Conciliar “Gaudium et Spes”, para nada habla de la autoridad del marido en el matrimonio, ni tampoco lo hace el “Catecismo Holandés para adultos”. Uno y otro texto hacen hincapié en el mutuo amor de los esposos y en la notas de unidad e indisolubilidad del matrimonio, pero para nada se refieren a la doctrina de la “Casti Connubii”, que, no olvidemos, admite el cambio ex-

(37) “Para descubrir la intención de los hagiógrafos, entre otras cosas hay que atender a los “géneros literarios”, puesto que la verdad se propone y se expresa ya de maneras diversas en los textos de diverso género históricos, proféticos, poéticos o en otras formas de hablar. Conviene, además, que el intérprete investigue el sentido que intentó expresar y expresó el hagiógrafo en cada circunstancia según la condición de su tiempo y de su cultura, según los géneros literarios usados en su época. Pues para entender rectamente lo que el autor sagrado quiso afirmar en sus escritos, hay que atender cuidadosamente, tanto a las formas nativas usadas de pensar, de hablar o de narrar vigentes en los tiempos del hagiógrafo, como a las que en aquella época solían usarse en el trato mutuo de los hombres (*Constitución dogmática sobre la divina revelación, Concilio Vaticano II*, en “Constituciones, Decretos, Declaraciones”, página 135, editada por Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1965)”.

(38) “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... 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... La igualdad de derechos, que tanto se amplifica y exagera, debe, sin duda alguna, admitirse en cuanto atañe a la persona y dignidad humana y en las cosas que se derivan del pacto nupcial y van anejas al matrimonio; porque en este campo 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, deben 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 exigencias y necesidades de estos tiempos, teniendo siempre en cuenta lo que reclaman la natural y diversa índole del sexo femenino, la pureza de las costumbres y bien común de la familia; y esto contando con que quede a salvo el orden social de la sociedad doméstica...*” (citada en CASTÁN TOBEÑAS, *La condición social...*, pág. 71).

perimentado por los usos y las costumbres del comercio humano (39).

Pablo VI en la "Octogesima Adveniens", afirma que "asimismo, en muchos países, un estatuto sobre la mujer que haga cesar una discriminación efectiva y establezca relaciones de igualdad de derechos y de respeto a su dignidad, es objeto de investigaciones y a veces de vivas reivindicaciones. Nos no hablamos de esa falsa igualdad que negaría las distinciones establecidas por el mismo Creador, y que estaría en contradicción con la función específica, tan capital, de la mujer en el corazón del hogar y en el seno de la sociedad. La evolución de las legislaciones debe, por el contrario, orientarse en el sentido de proteger su vocación propia, al propio tiempo que a reconocer su independencia como persona y la igualdad de derechos a participar en la vida económica, social, cultural y política".

Por último, Karl Rahner (40) advierte que "En su relación con este mundo, la Iglesia misma está todavía en profundo devenir... la Iglesia puede renunciar a ciertas zonas sacrales por estar históricamente condicionadas.

La Iglesia institucional no está en condiciones de elaborar directamente y en todo momento las preguntas y las respuestas éticas y religiosas que surgen o se buscan en el ámbito de las posibilidades creadoras. Esto no representa una capitulación ante un concepto existencial autocrático del hombre actual, ni una retirada de un mundo meramente profano a una región puramente sacral, sino que se con-

(39) "En la línea conciliar y a lo largo de su sistematización, se tiene la impresión de ir ascendiendo, de cubrir etapas, la última que se ha señalado, por sabida había sido menos olvidado. Pero se observa cómo algunos aspectos que el hombre actual, al reflexionar sobre sí mismo, se había hecho, son confirmados por el Concilio.

Al recordar ahora la evolución de la teoría jurídica y de la doctrina moral se observa cómo ambas han discurrido paralelas en su condicionamiento histórico y cultural, si bien divergentes en matices y puntos concretos.

Mientras la teoría jurídica, al poner el acento en el hombre, se impregna de desconfianza hacia la mujer, desconfianza que lleva a limitar su capacidad de obrar con normas expresas y definidas, la doctrina moral no deja de recordar y poner el acento en los valores morales de la mujer, sobre cuyos hombros asienta toda la sanidad de las costumbres y la perdurabilidad de la familia. La mujer aparece así como un gigante por sus valores espirituales y una incapaz en el campo civil, económico y profesional. Y lo paradójico es que ambas posturas se hermanan y perduran sin demasiadas discusiones sobre su básica contradicción.

El esbozo orientado de antropología cristiana —al decir de E. Schillebeeckx— que contiene el texto conciliar, supera ese dualismo existencial, al situar hombre y mujer en un mismo plano y al llamar a ambos a su misión divina y temporal. Dicha perspectiva se hace aún más humana al partir de ella para el posterior desarrollo de su dimensión familiar" (María JIMÉNEZ BERMEJO, Ob. cit., página 23 y 24.

"Ha sido la cultura la que hizo de la relación hombre-mujer una relación señor-esclavo. Es de... esperar que dicha etapa se supere", dice Lefevre.

La etapa postconciliar es la etapa del diálogo auténtico entre los sexos (Íd. íd. pág. 26).

(40) *¿Crees en Dios?*, págs. 80 y 81, Taurus, 1971.

sidera seriamente a los laicos cristianos como testigos de la Iglesia en el mundo”.

La potestad marital, en la doctrina católica del matrimonio, no es un principio dogmático, ni siquiera una regla moral universal y absoluta: admite temperamentos y es perfectamente lícito a los cristianos propugnar la equiparación de los sexos en el matrimonio sin que por ello padezca lo más mínimo una regla como la de la potestad marital que más es un deber del varón que una sujeción de la mujer.

La Iglesia española ha sido perfectamente sensible a los vientos de cambio que soplan en el mundo en torno a la condición de la mujer, cuando en una de las proposiciones aprobadas en la Asamblea conjunta de Sacerdotes y Obispos de septiembre de 1971, afirma: “...Los derechos reconocidos en la Iglesia a los bautizados se refieren con plena identidad al varón y a la mujer. El papel de la mujer en todos los órganos de corresponsabilidad seglar debe realizarse en paridad con los varones, suprimiendo cuantas diferencias provienen de condicionamientos históricos o sociológicos”.

c) La historia ¿consagra la potestad marital?

Creemos que nuestro legislador, al atribuir a la Historia un papel legitimador de las instituciones, cae en los excesos de la Escuela Histórica del Derecho. Ciertamente que dicha Escuela representó un innegable avance respecto de una concepción excesivamente racionalista de la legislación (41). Pero su excesivo respeto hacia el pasado —hacia una determinada concepción idílica y convencional del pasado— frena el despliegue de las virtualidades progresivas que ese mismo pasado encierra y que pueden ser desenvueltas por el presente.

Hoy se ha dado un giro copernicano hacia una determinada concepción de la Historia, más preocupada de los problemas del presente, que son los del futuro.

Cedemos la palabra a Joan Reglá (42) “...Antes el historiador partía de unos orígenes remotos, de un pasado que era pura arqueología, y se detenía en los umbrales de su propio mundo, con la pro-

(41) “Las concepciones antihistoricistas entienden que el Derecho puede ser creado en cada momento por el arbitrio de las personas investidas del poder legislativo, con completa independencia del derecho de los tiempos pasados. La Escuela Histórica, en cambio, estima que la materia del Derecho está dada por el pasado de la nación; no, sin embargo, de una manera arbitraria y de tal modo que pudiera ser ésta o la otra accidentalmente, sino procediendo de la íntima esencia de la nación misma y de su historia. Es decir, el derecho es fruto de una ininterrumpida tradición, exponente de la vida, en su doble y elemental dimensión de espacio—un pueblo—y—tiempo— el pasado, o mejor, la continuidad histórica. Con ello no se cierran las puertas a toda idea de progreso. La propia creencia en la continuidad histórica lo impide. Cada época habrá de cuidar de mantener fresca y rejuvenecida esa materia jurídica nacida en virtud de una necesidad interna” (HERNÁNDEZ GIL, *Metodología de la ciencia del Derecho*, Tomo I, pág. 94, Madrid, 1971).

(42) *Introducción a la Historia*, pág. 13, Editorial Teide, Barcelona, 1970..

cupación esencial de no abordar temas “actuales”, puesto que éstos, según cómodamente se decía, “no eran Historia, sino política” y el historiador quería ser, ante todo, un intelectual “no comprometido”. Hoy, en cambio, el historiador es esencialmente un hombre del todo “engagé” en la problemática general del mundo: en función de la vida —es o es, del presente— interroga al pasado, a lo que ya dejó de existir, a través de sus huellas. La preocupación “actual” —el interés por cada “presente” constituye el objetivo primordial de cada historiador y de acuerdo con ella puede establecer una escala de valores —¿qué nos preocupa más “hoy”?— que a su vez exige una reelaboración de la historia a través de cada presente distinto”.

Si hoy nos preocupan —o debieran preocuparnos— temas como el del respeto de los derechos humanos, la igualdad de la mujer, la promoción de las minorías marginadas, dicha problemática no puede menos de influir en el estudio de las instituciones civiles del pasado patrio. Si el Derecho es un precipitado cultural de la vida de un pueblo, no podemos estudiar asépticamente las instituciones jurídicas a través de la Historia, sin comprender el pasado todo de España. El historiador del Derecho no puede menos de tener muy en cuenta meditaciones tan clásicas como son las de Unamuno (43), Ortega y Gasset (44), Américo Castro (45), Laín Entralgo (46), Claudio Sánchez Albornoz (47) y Julio Caro Baroja (48) acerca del origen, ser y existir de los españoles, y acerca de las peculiaridades del modo de ser hispánico.

El propósito es ambicioso y no creemos que hasta la fecha haya sido debidamente tenido en cuenta por nuestros historiadores del Derecho, esta fecunda relación interdisciplinaria de la historia jurídica con la historia de las ideas o la antropología cultural.

Es preciso continuar en nuestra patria los “combates por la Historia” que inició Lucien Febvre y que Pierre Vilar define así: “combate contra las barreras entre disciplinas y en favor de una relación orgánica entre Historia, economía, geografía, etnología y sociología, esto es, en pro de la unidad de la materia y de la reflexión histórica; combate contra las barreras entre los especialistas y en favor de una Historia comparada de los espacios y de los tiempos, sin exceptuar el presente; combate contra el aislamiento de los investigadores y el trabajo en equipo; combate contra la investigación ciega en el caos de los hechos —como había preconizado el positivismo— que había de

(43) *En torno al casticismo.*

(44) *La España invertebrada.*

(45) *La realidad histórica de España, Cervantes y los casticismos, De la Edad conflictiva, Los españoles: cómo empezaron a serlo, español: Palabra extranjera.*

(46) *Una y diversa España, España como problema, A qué llamamos España.*

(47) *España: un enigma histórico.*

(48) *El mito del carácter nacional: Meditaciones a contrapelo.*

sustituirse por una investigación guiada por hipótesis de trabajo y por “problemas” (49).

Provisionalmente, mientras esta nueva concepción de la Historia no dé sus frutos, aduciremos la autorizada opinión de Federico de Castro (50), que respecto de la capacidad de la mujer casada en el Derecho español histórico afirma “...En el antiguo Derecho español no se ve una línea clara ni una dirección dominante; junto a disposiciones que presuponen la plena capacidad jurídica de la mujer casada hay otras que se lo niegan, en especial para librar al marido de la responsabilidad por los actos de la mujer”. En general, la situación personal de la mujer es regulada por el uso, mientras que su capacidad patrimonial mayor o menor resulta del régimen de los bienes conyugales en los diversos territorios. “Por tanto, en Aragón, Cataluña y Navarra, la capacidad de las mujeres es bastante amplia, y en el primero de los reinos citados el marido queda limitado asimismo en sus facultades en relación con el consorcio conyugal”.

Creemos que podría establecerse una hipótesis de trabajo respecto de las futuras investigaciones acerca de la condición jurídica de la mujer casada en nuestro Derecho histórico, en el sentido de mejorar ésta necesariamente cuando la repoblación del territorio peninsular reconquistado exigió el traslado masivo de pobladores en sentido norte-sur de la península. La imperiosa necesidad de llenar los huecos que la expulsión en masa de los habitantes musulmanes dejó en el Valle del Guadalquivir, la de establecer colonias de súbditos fieles en medio de un universo mudéjar desafecto (caso de la repoblación de Valencia, que ha sido equiparada a la de los franceses en Argelia), debió originar la necesidad de privilegiar y dotar de amplia libertad civil a los repobladores todos, mujeres incluidas.

En el peor de los casos para nuestra hipótesis, habrá que afirmar con Lacruz Berdejo (51) que “la idea de la incapacidad de la mujer casada —contrastando con la plena capacidad de la soltera o de la viuda— se recogió en las legislaciones medievales, con la particularidad de que en muchas de ellas —también en algunos fueros municipales españoles— el principio de unidad de acción en el matrimonio determina que se limite la capacidad de los cónyuges recíprocamente, y así pues, tanto la de la mujer como la del marido...”.

El fin de las necesidades de la repoblación y, sobre todo, creemos, la afirmación del estilo tradicional de vida en Castilla, la consolidación de la “morada vital” castellana (52) debieron dar lugar a la

(49) *Reglá, ob. cit.*, pág. 21.

(50) *Derecho civil de España*, Tomo II, *Derecho de la Persona*, Parte primera, pág. 255, Madrid, 1952.

(51) José Luis LACRUZ y Manuel ALBALADEJO, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, pág. 176, Bosch 1963.

(52) La noción de “morada vital” es un concepto capital en la visión histórica de Américo Castro, probablemente el mayor historiador español de todos los tiempos. Va siendo adaptada por los historiadores y un pensadores ajenos al cultivo de la historiografía más reciente (LAÍN ENTRALGO, JOAN REGLÁ). Un

definitiva consagración de la potestad marital en la Leyes de Toro. Con arreglo a ellas, la mujer no podía, durante el matrimonio, sin licencia del marido, repudiar ninguna herencia ni aceptarla como no fuese a beneficio de inventario (Ley 54); hacer contrato alguno ni

ejemplo del impacto que en el mundo cultural español y, sobre todo, entre los hispanistas de todo el Occidente han tenido las teorías de Castro, lo tenemos en el libro *Estudios sobre la obra de Américo Castro*, ARANGUREN, BATAILLÓN, GILMAN, LAÍN, LAPESA y otros, Taurus, Madrid, 1971.

"La vida historiable consiste en un curso o proceso interior, dentro del cual las motivaciones exteriores adquieren forma y realidad; es decir, se convierten en hechos y acontecimientos dotados de sentido. Estos últimos dibujan la peculiar fisonomía de un pueblo y hacen patente el "dentro" de su vida, nunca igual al de otras comunidades humanas. Mas ese "dentro" no es una realidad estática y acabada..., es una realidad dinámica, análoga a una función o como indicaré luego, a una invariante..." (*La realidad histórica de España*, página 166, Editorial Porrúa, México, 1966).

"Tres rasgos principales pueden señalarse, según Américo Castro, en su génesis y en su estructura: una lucha que con distintas vicisitudes va a durar más de siete siglos, y como consecuencia de ello, la instalación histórica de las almas en permanente y enérgica tensión de espera y esperanza hacia un futuro siempre remoto, en el que firmemente se cree y con el que ilusionadamente se sueña; la creación de instituciones y mitos, en el sentido soreliano de este último término, antisimétrico respecto de las instituciones y mitos que operaban entre sus adversarios y rivales (tal sería el sentido histórico, valga este único y supremo ejemplo, de la oposición entre Santiago y Mahoma); la no menos habitual convivencia, en medio de estas vicisitudes bélicas, con los árabes y judíos, y por lo tanto, la más o menos intensa incorporación del vivir de estos dos últimos grupos étnico-religiosos (piénsese tan sólo en el importantísimo fenómeno artístico y vital del mudéjarismo y en la diversa y calificada función social de los hebreos en la España Medieval) a la vida consuetudinaria de los españoles cristianos" (LAÍN ENTRALGO, *A qué llamamos España*, pág. 68, Colección Austral, 1971).

Pues bien, la incorporación a la morada vital castellana de rasgos del vivir arábigo-judáicos, explicaría, mucho más que la ideología de San Pablo—que, no olvidemos, también era judío—la descalificación jurídica de la mujer, consecuencia del carácter sacral del Derecho Familiar del Talmud y la Sunna, y de la concepción eminentemente patriarcal de la familia en una y otra civilización.

El carácter autoritario del tono de vida político de la España de los Reyes Católicos y de los siglos de Oro, la expulsión de los judíos, la conversión forzada de los mudéjares, la instauración del Tribunal de la Santa Inquisición, con rasgos muy diversos de la misma institución en los restantes países europeos, la "impermeabilización ideológica" de la España de Felipe II, la hidalguización de la vida en España, en dicha época, España, evangelizadora de la mitad del mundo, España, martillo de los herejes, luz de Trento, espada de Roma", son rasgos que nos describen a nuestra patria como una sociedad anclada en una religiosidad de corte semítico, muy diversa de la religiosidad católica en los restantes países europeos, rígidamente jerarquizada, donde los derechos humanos son reconocidos, tras la célebre polémica acerca de las Indias, a los indios, pero no a los moriscos, gitanos, conversos de origen judaico, protestantes, "vaqueiros de alzada", "agotes" y demás grupos sociales minoritario. En una tal sociedad, la mujer ocupa un puesto totalmente subordinado a la primacía del varón, pese a las heroínas de nuestro teatro clásico. Su liberación—para integrarse de nuevo en la sociedad que primero las oprimió—o es ficticia, o es la excepción que confirma la regla.

¿Debe mantenerse empecinadamente la potestad marital que creemos es una consecuencia de tal morada vital? El tema es apasionante y no puede ser rehuido por ningún español consciente.

separarse de él, ni presentarse en juicio (Ley 55); el marido podía darle licencia general (Ley 56); y en su defecto dársela el juez con causa legítima o necesaria o provechosa para la mujer (Ley 59); por último, no le estaba permitido a la mujer obligarse como fiadora del marido, ni solidariamente con él, salvo ciertos casos (Ley 61) (53).

Plantea Federico de Castro la duda de si la Ley 55, que no cambiaba el Derecho existente, y se limitaba a reforzar lo previsto en el Fuero Real, era compatible con los parafernales de administración retenida por la mujer, que regulaban las Partidas. Pese al romanismo de la doctrina, que era lógicamente favorable a los parafernales del Derecho romano tardío, prevaleció la idea de la fragilidad del sexo que sometía a la mujer casada a la curatela del varón, la de que los frutos de los parafernales son gananciales y deben ser atribuidos al marido como administrador de la sociedad conyugal, y que el marido no debe ser perjudicado por la mala administración de la mujer.

Sin embargo, sostiene el propio autor, que la práctica y la jurisprudencia, hasta entrado el siglo XIX, entendieron que se mantenía la vigencia del Derecho de las Partidas, y por tanto, la capacidad de la mujer casada de administrar sus bienes (54).

Las tendencias antifeministas del Code civil no dejaron de influir en nuestra legislación de dicho siglo. Para los autores del Proyecto de Código Civil de 1851 y para la doctrina de la época, la mujer se equipara naturalmente al menor. Desaparece hasta la regulación de los bienes parafernales, entendiéndose dicho Proyecto que todos los bienes de la mujer forzosamente entraban en la administración del marido.

La Ley del Matrimonio Civil, de 24 de junio de 1870, mantuvo la posibilidad de que la mujer administrara sus bienes ("cuya administración corresponde a la misma por ley", art. 44), pero establece en sus artículos 49 y 52 gravísimas y nuevas restricciones a la capacidad de la mujer.

El Proyecto de Código Civil de 1882, tampoco reconoce la existencia de los parafernales, que atropelladamente son introducidos en el Código en el último momento, el 10 de noviembre de 1888.

La Ley de Bases del Código Civil estableció en la número 15 que "el contrato sobre los bienes con ocasión del matrimonio tendrá por base la libertad de estipulación entre los futuros cónyuges", y en la 25 que "quedaban a salvo los derechos de la mujer durante el matrimonio... los que puedan establecerse respecto al uso, disfrute y administración de ciertas clases de bienes por la mujer durante el matrimonio". Ello, unido a la redacción del artículo 59 en el Código vigente —"el marido es el administrador de la sociedad conyugal, salvo estipulación en contrario y lo dispuesto en el artículo 1.384"— permiten afirmar a De Castro que "el Código civil, al dar cumplimiento

(53) José Luis LACRUZ y Manuel ALBALADEJO, ob. cit., pág. 177.

(54) Ob. cit., págs. 255 y 256.

al encargo de la Ley de Bases, se ha separado completamente del ejemplo francés y de la dirección restrictiva de la capacidad de la mujer casada, estableciendo un nuevo y distinto sistema (55).

Para Castán Tobeñas (56) resulta "difícil señalar la evolución que haya seguido la condición de la mujer en general, y especialmente la de la mujer casada en nuestro Derecho... la situación personal de la mujer quedaba regulada por costumbres, mientras que su capacidad personal mayor o menor, estaba determinada por el régimen de bienes conyugales en los distintos territorios".

La historia de nuestro Derecho no nos transmite un mensaje único e inequívoco para el presente. Para nuestras preocupaciones del presente, ¿qué sentido, fuera del arqueológico, tienen las discusiones de los juristas clásicos a las limitaciones impuestas a la mujer casada por la Ley 55 de Toro? La historia es revisable. Pero es que nuestra historia jurídica no deja de presentar rasgos en pro de una mayor libertad de la mujer casada: de sobra es conocida la tradición foral que en Cataluña y Baleares confería la libre administración y disposición de los bienes parafernales a la mujer casada, cuando la misma no los hubiera entregado al marido.

España, que en los siglos de oro batalló por los derechos de los indios en una famosa polémica que creó el Derecho Internacional, ¿será incapaz de abogar por la igualdad de los sexos, por la equiparación de la mujer al varón? No lo creemos así, ni nuestra tradición jurídica nos enseña el silencio en estas ocasiones.

VII. LA POTESTAD MARITAL ¿CONSTITUYE UN PRINCIPIO GENERAL DE DERECHO EN NUESTRO ORDENAMIENTO POSITIVO? SU ENTRONQUE CON LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.

El Preámbulo de la Ley de 24 de abril de 1958, parece afirmar que la potestad marital constituye un principio general del Derecho, al disponer que... "ha parecido igualmente claro, hasta el punto de estimarlo también como *principio fundamental*, que la familia, por ser la más íntima y esencial de las comunidades, no puede originar desigualdades, pero sí ciertas diferencias orgánicas derivadas de los cometidos que en ella incumben a sus componentes... para el mejor logro de los fines morales y sociales que, conforme al Derecho natural, esté llamada a cumplir". El corolario de este principio superior, que claramente consagraría en nuestro Derecho la concepción transindividualista de la familia, sería el principio general de la potestad marital.

De todos modos, no resulta clara la dicción del legislador a afirmar que no existen desigualdades, pero sí ciertas diferencias orgáni-

(55) Ob. cit., pág. 257.

(56) *La condición social...*, págs. 167 y 168.

cas entre los miembros de las familias. Tal vez haya querido con esta afirmación eliminar cualquier duda de que volvía a consagrar con este principio transindividualista, las potestades familiares romanas: "la manus maritalis" y la "patria potestas". Pero creemos que tales concepciones familiares paganas están ya tan superadas en la civilización cristiana, que holgaba una tal aclaración.

Más bien parece que haya pretendido decir que en la familia no hay una pirámide jerárquica de derechos y superioridades, sino una coordinación de funciones, atribuidas a sus titulares al servicio de los fines transindividuales de la misma.

Pero siempre subsiste el agudo conflicto entre la pretendida igualdad entre los diversos miembros de la familia, y las diferencias orgánicas derivadas de los cometidos que en ella incumben a los mismos. En el caso que nos ocupa, las diferencias orgánicas consagran las conocidas limitaciones de los artículos 57 y siguientes del Código civil a la actuación libre de la mujer casada. Parodiando la humorística afirmación de George Orwell (57), habría que decir que aunque todos los miembros de la familia son iguales, según nuestro legislador el marido es más igual que la mujer.

Creemos que el legislador, pese a partir de la noción transindividualista de la familia, no ha pretendido considerar como un principio general del Derecho la potestad marital. Tuvo ocasión de hacerlo en la Ley de Principios Fundamentales del Movimiento Nacional, donde, si bien consagró al matrimonio con los caracteres de uno e indisoluble, no habló de las potestades familiares, quizá por entender que no eran indispensables para el buen funcionamiento de las instituciones políticas.

La prueba de Derecho de la potestad marital como pretendido principio general de Derecho sería su aplicación en los casos en que no hay regla exactamente aplicable al punto controvertido, en los términos del artículo 6.º, párrafo 2.º del Código civil. Si el marido traslada arbitraria y caprichosamente su domicilio conyugal dentro del territorio nacional, si establece un "standard" de vida inadecuado a las circunstancias de la familia, sea por lo elevado o por lo humilde, o simplemente inapropiado "—vida hippie"—, si observa una conducta extravagante o impropia, aun no necesariamente inmoral, si obstaculiza la vida de relación de la esposa ¿qué remedio jurídico tiene ésta frente a tales acciones? Si entendemos que la potestad marital es un principio general del Derecho, el marido hace uso de sus facultades, y el juzgador, aplicando el párrafo 2.º del Código civil, tiene que fallar a su favor.

La lógica jurídica obliga a interpretar la regla de la potestad marital dentro del contexto de los principios generales del Derecho. El

(57) *Rebelión en la granja*, Editorial Planeta, S. A., Barcelona, 1969, página 149: "Todos los animales son iguales, pero algunos animales son más iguales que otros".

primero que nos viene a la memoria es el abuso del derecho: el marido que tal conducta observa abusa de su potestad marital y la mujer puede obtener una sentencia judicial que reprima tal abuso.

Pero tal principio general es de difícil aplicación y sujeto a rigurosos requisitos por su interpretación jurisprudencial. Uno de los que creemos obstaculizan la aplicación del mismo para encausar las conductas que hemos descrito estriba en su carácter subsidiario: debe ser dañado un interés no protegido por una especial prerrogativa jurídica (STS. 14-11-1944). Cuando otra regla legal o principio general de derecho permitan proteger el interés de la mujer lesionado con el abuso "lato sensu" del marido, es superflua la aplicación del principio que veda el ejercicio abusivo de los derechos.

En los casos que hemos contemplado, la finalidad de la potestad marital justifica sobradamente que las limitaciones que la propia ley establece a la libre iniciativa de la mujer decaigan. Las conductas descritas deben ser descalificadas, reprobadas por el ordenamiento jurídico puesto que o son ajenas a los fines que la potestad marital debe servir, o incluso contrarias a los mismos.

Por supuesto que el principio general del Derecho que veda el ejercicio abusivo de los derechos subjetivos —siquiera la potestad marital no sea un derecho del varón, sino una función en interés de la familia— puede aplicarse a aquellos casos en que la ley establece la potestad marital como aplicable al punto controvertido, y el marido la ejercita abusivamente (58). Una consideración de lógica jurídica obliga a ello: si un derecho subjetivo típico, reconocido por el ordenamiento jurídico en interés del marido, no puede ser ejercido abusivamente, mucho menos lo podrá ser una potestad familiar otorgada en interés de la familia toda.

Tal principio ha sido reconocido en el artículo 5.º de la Ley de 22 de junio de 1961 sobre derechos políticos, profesionales y laborales de la mujer y por el 2.º, apartado 3.º del Decreto 2.310/1970, de 20 de agosto, por el que se regulan los derechos laborales de la mujer trabajadora, en aplicación de la ley antes citada.

Por tanto, la negativa injustificada, abusiva del marido a conceder la licencia o la revocación injustificada de la ya concedida, o cualesquiera otros actos abusivos de la potestad marital, deberán ser corregidos por el juez aplicando dicho principio.

Otro principio que reconocen como limitador de la negativa injustificada del marido a conceder la licencia marital la ley y el decreto citados, es el de la buena fe. El juez declarará que la mujer puede ejercer sus derechos laborales o profesionales, pese a la negativa maliciosa del marido a conceder la licencia.

La mala fe en este supuesto, creemos es una conducta desleal del marido que hace fundadamente creer a su mujer que obtendrá la li-

(58) Sobre la aplicación de la regla que veda el ejercicio abusivo de la potestad marital, y sus características especiales, véase CASTÁN TOBEÑAS, *La condición social...*, págs. 155 y 156.

cencia para el acto de que se trata. Se descalifica jurídicamente el ejercicio desleal, intempestivo, contrario a la confianza que la mujer puede tener en su marido. "El ejercicio de un derecho subjetivo—dice Díez Picazo— (59), es contrario a la buena fe... cuando se ejercita de una manera o en unas circunstancias que lo hacen desleal, según las reglas que la conciencia social impone al tráfico jurídico. El derecho subjetivo debe ejercitarse según la confianza depositada en el titular por la otra parte y según la consideración que ésta puede pretender de acuerdo con la clase de vinculación especial existente entre ellas".

Cuando la mujer presta sus servicios al público, como una profesional libre, v. g. arquitecto, y cree fundadamente, por la habitualidad de su ejercicio, que el marido le permitirá participar en un importante concurso de proyectos, si habiendo iniciado la mujer los trabajos del mismo, el marido, sin realizar un acto abusivo, le prohíbe continuarlos, comete un acto de mala fe, que debe ser corregido por el juez, al amparo no sólo de lo previsto en la Ley de 22 de junio de 1961, sino de los artículos 1.705 y 1.706 del Código civil que regulan una situación muy similar. El juez concederá un plazo a la mujer para que termine el trabajo iniciado y ello aun cuando el marido alegue una justa causa. El ejercicio interpestivo de la potestad marital es contrario a la buena fe.

Por supuesto que cuando la mala fe perjudique a terceros, cuando el marido, a ciencia y paciencia que su mujer contrata diariamente con los terceros la prestación de sus servicios profesionales en la confianza de no sufrir un veto de su marido, aun alegando una justa causa, impide continúe el ejercicio profesional, con mayor razón deberá ser descalificada su conducta.

Concluimos que la regla que consagra la potestad marital no es un principio general del derecho, y debe ser interpretada de acuerdo con la propia finalidad y función familiar a la que sirve, estando prohibidos al marido la mala fe y el abuso del derecho en su ejercicio.

Por ello, nuestra doctrina, como un lugar común, afirma que "la mujer casada puede actuar jurídicamente sin licencia, siempre que la ley no exija expresamente tal requisito, interpretación de acuerdo, por lo demás, con la conciencia jurídica actual y las nuevas tendencias legislativas" (60).

En esta línea de adecuación de la potestad marital a las nuevas necesidades de la promoción femenina, aun respetando el texto del Código civil, se mueve la sugestiva teoría de Federico de Castro acerca de las limitaciones a la capacidad patrimonial de la mujer casada. "La especial condición jurídica de la mujer casada deriva de dos causas: una común a la mujer y al marido, el estado matrimonial; otra, peculiar a la mujer casada, la de que al marido corresponden normal-

(59) *Lecciones de Derecho civil*, I, Parte general, pág. 271. Universidad de Valencia, Facultad de Derecho, 1967.

(60) DE COSSIO Y CORRAL, ob. cit., pág. 33.

mente la autoridad familiar y la dirección económica de la familia, que la mujer y los terceros han de respetar. En este respecto, el alcance de la capacidad patrimonial de la mujer depende: a) Del régimen de bienes de la sociedad conyugal; b) De que el marido, en su caso, pueda ejercer y ejerza la autoridad que le corresponde (haya o no pasado a la mujer). La capacidad patrimonial de la mujer es, pues, normalmente limitada (según el régimen común y situación más general), pero variable, pues será más o menos amplia según el régimen patrimonial de la sociedad conyugal y la situación jurídica del marido (capaz, incapacitado, ausente) (61).

La libertad de pacto en las capitulaciones matrimoniales (artículos 1.315, 1.316) permite que la mujer pueda ser administradora de la sociedad conyugal, con exclusión del marido (arts. 59, 1.412) que se imponga su cooperación, que se le reserve el poder disponer y administrar sus propios bienes (art. 1.432) y que se estipule la necesidad del consentimiento de ambos cónyuges para administrar y disponer de la sociedad conyugal. En todos estos casos, las limitaciones previstas en los artículos 59, 61 y 62 serán inaplicables" (62).

Vallet de Goytisolo (63) sostiene que "se ha discutido la posibilidad de que se elimine en capítulos matrimoniales la necesidad de la licencia marital. De Buen, Puig Peña y Castán, éste en ediciones anteriores de su Derecho Civil, colocaron tal exclusión entre los pactos depresivos para la autoridad que al marido corresponde en la familia, y por ende, prohibido por el artículo 1.316 del Código civil, por lo cual, la licencia marital dada en capítulos matrimoniales debería entenderse revocable. Castán, en la última edición de su obra, cree que el carácter depresivo del pacto sólo podrá determinarse en vista de las circunstancias del caso concreto. Para mí no ofrece duda que, en caso de pactarse la separación de bienes, la licencia marital es eliminable en capitulaciones matrimoniales. Más dudoso me parece —dado el destino de los frutos de cualquier procedencia— en caso de haberse pactado el régimen de gananciales, aunque también me inclino por la validez del pacto".

Finalmente, De la Cámara Alvarez (64), siguiendo la orientación marcada por De Castro, piensa que la capacidad patrimonial de la mujer casada en el Código civil depende en gran medida del régimen de bienes vigente en el matrimonio. Los artículos 60 y 61 del Código civil son el trasunto de la Ley 54 de Toro, que tenía como obligado telón de fondo la sociedad de gananciales. Sistemáticamente dichos preceptos parecen el corolario o el complemento de la regla general sentada por el artículo 59, según el cual el marido "es el administra-

(61) Ob. cit., pág. 259.

(62) Id. id., págs. 262 y 263.

(63) Ob. cit., pág. 252.

(64) *La separación de hecho y la sociedad de gananciales*, ANUARIO DE DERECHO CIVIL, Tomo XXII, Fascículo I (enero-marzo MCMLXIX, págs. 82 y siguientes.

dor de los bienes de la sociedad conyugal”, disposición sólo aplicable al régimen dotal, al de gananciales y si es caso, a cualquier otro de comunidad en el que no se haya convenido una forma diferente de administración. Es lícito preguntarnos hasta qué punto las graves y amplísimas restricciones que imponen los artículos 60 y 61 del Código civil a la capacidad de obrar de la mujer casada deben ser aplicadas cuando los cónyuges, en uso de la libertad que les concede el artículo 1.315, no sólo han excluido el presupuesto normal de actuación de las mismas (es decir, la sociedad de gananciales), sino que además han establecido otro sistema económico con el que aquellas son incongruentes o difícilmente compatibles (separación de bienes). Igualmente, como corolario de dicho carácter de los preceptos citados, hay que convenir en la posibilidad de eliminar las restricciones que imponen a la capacidad de la mujer, siempre que se haya pactado que la administración de los bienes del matrimonio no corresponda al marido.

Cuando el matrimonio se rige por la sociedad legal de gananciales, entran en juego los artículos 60 y 61 del Código civil y la incapacidad que afecta a la mujer casada es casi general (con la importantísima excepción del artículo 1.384, que permite a la mujer casada administrar los parafernales no entregados al marido, excepción que De la Cámara hace jugar con gran generosidad).

Ahora bien, si se admite —sigue diciendo el autor— que los preceptos atinentes a la administración de los gananciales pueden ser modificados por pacto (arts. 59 y 1.412), que la licencia marital es una institución estrechamente relacionada con el régimen de bienes, y que los artículos 60 y 61 no son imperativos en este sentido, tendremos que aceptar la validez de un pacto capitular por el cual se conceda a la mujer plena libertad para regir su propio patrimonio, aunque la sociedad de gananciales no haya quedado excluida.

No compartimos la opinión adversa a la de Castro, expuesta por José Luis Lacruz en su obra citada.

El argumento de que las reglas que limitan la actuación patrimonial de la mujer casada se hallan incluidas en el título IV del libro I, por lo que son de Derecho necesario, al establecer una limitación a su capacidad, se desvirtúa fácilmente, al decir de De la Cámara, por el hecho de que la mujer casada no es una incapaz.

Tampoco los argumentos históricos que induce el autor citado son de consideración ante el hecho de que el Código, siguiendo fielmente la Ley de Bases, quiso establecer un nuevo sistema de régimen patrimonial conyugal, fundamentado esencialmente sobre el pacto capitular, y no sobre la ley imperativa, que sólo actúa con carácter supletorio, en defecto de previsión capitular.

Las teorías aducidas, progresivas, intentan realizar lo que podríamos llamar un “reformismo jurisprudencial” de la potestad marital. Son dignas de examen apasionado, de aplicación práctica y de aplauso, pues, sobre desempolvar numerosos artículos olvidados del Código ci-

vil, crean una conciencia entre los profesionales del Derecho más abierta hacia la promoción femenina. Pero son insuficientes: chocan con el hecho estadísticamente aplastante de que la inmensa mayoría de los contrayentes de las regiones de Derecho común no pactan capitulaciones matrimoniales al contraer matrimonio, único momento en que las mismas son válidas.

Aún más, como los esposos que pactan separación de bienes son aquellos que por razones derivadas de sus peculiares intereses van debidamente asesorados al matrimonio, la teoría aducida podría crear una discriminación clasista, fundada esencialmente en el nivel económico, entre los contrayentes de clase media, que son en todo caso los únicos que soliciten tal asesoría y los de clases más modestas, que en ningún caso tienen en cuenta tales consideraciones. La supresión de la licencia marital por pacto sería un lujo de la élite acomodada, que pactaría capitulaciones con esa específica finalidad, lujo inasequible a la mujer obrera, quien se encontraría, caso de separación de hecho, sujeta al rigor de la licencia marital, que le impediría invertir o reinvertir incluso el fruto de su trabajo personal. Y ello, pese a los generosos y admirables esfuerzos de De la Cámara para habilitar un cauce jurídico a tales supuestos.

Tal "revolución palaciega" de la mujer de clase alta, contra la licencia marital, es inadmisibile: o se admite que todas las mujeres que lo necesiten puedan prescindir de la licencia marital, o que ninguna de ellas lo haga.

VIII. ¿EXISTE UN ESTADO DE MUJER CASADA? DISTINCION ENTRE INCAPACIDAD, PROHIBICION Y FALTA DE LEGITIMACION DE LA MUJER PARA REALIZAR CIERTOS ACTOS PATRIMONIALES

Creemos no puede hablarse de un estado de mujer casada (65). Sí de persona casada, varón o mujer, como afirma De Castro. La especialidad de la regla de la potestad marital, que atribuye ciertas funciones en pro de la familia al varón, y establece cierta subordinación razonable en la mujer, no permite hablar de estado específico de mujer casada. Si la mujer no es una incapaz (a "sensu contrario" del artículo 32, párrafo 2.º del Código civil), si las limitaciones que se establecen a su capacidad patrimonial deben ser interpretadas restrictivamente, o incluso —si admitimos, como doctrinalmente admitimos— la tesis de De Castro, eliminadas, si los actos realizados por la mujer sin licencia del marido sólo pueden ser impugnados por éste o sus herederos (art. 65 del Código civil), creemos que la condición de mujer casada no puede calificarse de estado civil en sentido técnico. Tampoco el artículo 65 consagra una acción de estado.

Para Puig Brutau (66) ni siquiera cabe hablar de incapacidad li-

(65) En contra, VALLET DE GOYTISOLO, ob. cit., pág. 248.

(66) *Fundamentos de Derecho civil*, citados, págs. 302 y 303.

mitada o relativa de la mujer, como consecuencia de la potestad marital. "El matrimonio no puede convertir en incapaz a la persona capaz. No hace falta insistir sobre cosa tan obvia. Pero lo que sí pueden derivar del matrimonio, por vía de disposición legal, es alguna prohibición y algún cambio en la legitimación para administrar y disponer de ciertos bienes.

En ningún caso debiera haberse hablado de incapacidad de la mujer casada. Aunque sólo se trate de una manera de expresar el efecto de alguna prohibición o de falta de legitimación, la expresión ha de estimarse incorrecta. La diferencia entre incapacidad y prohibición es indudable. Las prohibiciones que impone la ley responden a un criterio de oportunidad legislativa y generalmente tratan de evitar un conflicto de intereses. En este sentido veremos que el Código civil excluye en bastantes casos (y a nuestro juicio sin fundamento) la normal actuación de la mujer casada respecto de sus propios bienes, exigiendo que obre con licencia marital (véanse arts. 61 y 1.387).

También está clara e indudable la diferencia entre capacidad y legitimación. Esta es la aptitud para actuar con plenos efectos como parte en un negocio jurídico respecto de ciertos bienes. Por ejemplo, la mujer casada es capaz y está legitimada para administrar y disponer de sus bienes parafernales (art. 1.382 y 1.384), pero como el Código le impone la prohibición de realizar sobre ellos actos de disposición sin conocimiento y consentimiento de su esposo, necesita la licencia marital para que se produzcan los efectos normales de su capacidad y legitimación (art. 1.387). Pero en cambio, respecto de los bienes gananciales, a pesar de los derechos que sobre ellos corresponden indudablemente a la mujer, como veremos en su lugar, no es ella parte legitimada normalmente para los actos de administración y disposición, en vista de lo que resulta de los artículos 1.412 y 1.413 del Código civil".

Que el matrimonio no comporta una restricción de la capacidad para la mujer lo demuestra el hecho de que la mujer casada menor de edad resulta emancipada por ministerio de la ley (art. 315 Código civil), quedando habilitada para regir su persona y bienes como si fuera mayor (art. 317), si bien sujeta a la potestad marital, y por tanto a las limitaciones que antes hemos examinado. Sería contradictorio suponer que la mujer menor de edad amplía su capacidad y la mayor de edad la restringe por un mismo hecho como es el matrimonio.

IX. LA POSICION JURIDICA DE LA MUJER CASADA Y EL TEMA DE LOS DERECHOS HUMANOS

La problemática de los derechos humanos es de candente actualidad y creemos que en función de la misma debe ser planteada la necesaria revisión de la condición jurídica de la mujer en nuestra patria.

Sin embargo, por las implicaciones que dicha problemática ostenta, con otro punto, debemos estudiar, siquiera sucintamente, el renacimiento del Derecho natural.

A) *El renacimiento del Derecho natural: sus rasgos característicos*

Como señala Hernández Gil (67), “en el período de reacción contra el formalismo jurídico a que asistimos, la teoría del Derecho natural ocupa un puesto destacado y desempeña un función. Si se afirma que Derecho no es equivalente a ley, y que no es tampoco puro concepto ni mera forma, sino que encierra un contenido; si se piensa que el derecho tiene un fundamento y que no puede desconocer las normas morales, se está ya —aunque sólo sea por vía indirecta— muy cerca de la ideología iusnaturalista que, siglo tras siglo, se viene esforzando en proclamar cuál es ese contenido y cuál ese fundamento... pensando en las dos escuelas históricamente definidas que han sido exponentes del Derecho natural, la escolástica o tradicional, y la racionalista del siglo XVIII, lo que aparece en el presente muy claro es que, frente a la casi total extinción de la última, bien puede hablarse no sólo del mantenimiento, sino del resurgimiento de la primera, hasta el punto de que no pocos autores, aun despreocupados de todo confesionalismo, es a ella a la que se aproximan”.

Son rasgos característicos, del moderno iusnaturalismo, según dicho autor, el no estar convertido en un coto totalmente cerrado a los hechos. El iusnaturalismo de nuestra época es fruto, aparte del germen de certeza que lleva en sí, de la inquietud histórica, la transmutación social y la tendencia hacia un orden más justo.

No sólo se reconoce la existencia del Derecho natural y no sólo se encarna en el positivo a través de la actividad legislativa, sino que otro tanto sucede también en la elaboración científica del derecho y en la interpretación. Desde este punto de vista, afirma Hernández Gil, se revisan instituciones, por ejemplo, del Derecho civil.

Otro rasgo del moderno Derecho natural es la reducción de su contenido al problema de los derechos y deberes fundamentales de la persona. Dice así Coing (68) que el núcleo del iusnaturalismo moderno son los derechos del hombre.

Recordemos las afirmaciones de Recaséns Siches acerca de la excesiva extensión del Derecho natural, fruto del iusnaturalismo racionalista del siglo XVIII, y su distinción entre naturaleza primaria, inmutable y la segunda naturaleza que ha sido configurada a la medida de pautas vigentes en la cultura histórica, y que conforme cambien los hábitos y las costumbres, puede y debe cambiar. Pero es que, además, este autor afirma que “el hombre es esencialmente un ser

(67) Ob. cit., pág. 67.

(68) Citado en CASTÁN TOBEÑAS, *Los derechos del hombre*, pág. 50 (Reus, Sociedad Anónima, Madrid, 1968).

histórico. El hombre de hoy es forzosamente distinto del de ayer, y el de mañana será diferente del de hoy. Cuando el hombre de hoy empieza a vivir encuentra un acervo de convicciones, de modos de vida que no había cuando empezaron a vivir las gentes de la generación de sus padres. A su vez, el hombre de hoy modificará por su propia cuenta el legado recibido de su padre. Las nuevas aportaciones que una generación haga a la interpretación de las cosas, a las formas de vida recibidas al iniciar su existencia, determinarán que la nueva generación futura se encuentre con otro punto de partida diferente de la que tuvo la anterior" (69).

Cada ser humano —continúa diciendo el autor— tiene que ir haciendo su propio ser, tendrá que decidir respecto del contenido de su propia existencia, tendrá que dar un argumento a la propia vida.

Los progresos en los estudios antropológicos, psicológicos y sociológicos tienen que abrir nuevas perspectivas a las meditaciones prácticas de estimativa jurídica o de Derecho natural. Tales estudios habrán de suministrar luces para obtener nuevas perspectivas y direcciones en las aplicaciones concretas de este Derecho.

Es importante la aportación original de Renard al nuevo Derecho natural. Para este autor, el Derecho natural no es sistema acabado, sino a la manera de un principio que se realiza diversamente en los diferentes sistemas de Derecho positivo (70). Es esfuerzo principal de Renard —afirma Hernández Gil— aparece centrado en explicar la relación de dependencia que existe entre el Derecho natural y el positivo, así como en hacer a aquél compatible con las circunstancias históricas, transformarle en instrumento de progreso, es decir, justamente lo opuesto que ha visto en él el positivismo.

Que el Derecho natural está íntimamente ligado a la noción de los derechos humanos, lo reconoce sin rodeos un detractor de dicho Derecho, como es Juan Ramón Capella, al afirmar (71) que "si algo sólido se opone a la percepción inmediata del carácter ideológico del llamado Derecho natural (72), es la exigencia histórica de crítica del Derecho positivo, o más sencillamente, de justicia, que se expresa en parte en los derechos humanos, a los que se llama a veces (por tradición de ideología de las revoluciones burguesas) derechos naturales: "...Ello aunque el autor afirme a continuación que los derechos humanos son la manifestación concreta de exigencias de toda la humanidad y su fundamentación no tiene nada que ver con el Derecho natural.

Rechazamos la concepción materialista histórica de Juan Ramón Capella y afirmamos que la noción de progreso de una legislación po-

(69) Ob. cit., págs. 294 y 295.

(70) Citado en HERNÁNDEZ GIL, ob. cit., pág. 56.

(71) Ob. cit., pág. 20.

(72) "Ser ideológico es significativo de pertenecer a la sobreestructura de la sociedad, pero también de ser parcial, o de ser una falsa figuración de la realidad que cierra el paso a su conocimiento verdadero", Juan Ramón CAPPELLA, ob. cit., pág. 11.

sitiva está íntimamente ligada a la del desarrollo y afirmación de los derechos humanos, a su reconocimiento legislativo, a su tutela por una jurisdicción imparcial asentada frente a la Administración y frente a la sociedad. Donde no se respeten los derechos humanos no existe progreso legislativo ni progreso o desarrollo social, aunque la legislación, formalmente, los reconozca. El Derecho natural de contenido progresivo debe sostener una auténtica "lucha por los derechos humanos" de mucha mayor trascendencia que la "lucha por el Derecho" que en el siglo XIX proclamó Ihering.

B) *La noción de los derechos humanos*

Podemos definirlos con Castán Tobeñas (73) como "aquellos derechos fundamentales de la persona humana —considerada tanto en su aspecto individual como comunitario— que corresponden a ésta por razón de su propia naturaleza (de esencia, a un tiempo, corpórea, espiritual y social) y que deben ser reconocidos y respetados por todo Poder o autoridad y toda norma jurídica positiva, cediendo, no obstante, en su ejercicio ante exigencias del bien común".

C) *Los Derechos Humanos en la Carta de las Naciones Unidas de 1945 y en la Declaración Universal de 1948. Especial referencia en dichos textos a la igualdad de sexos, al matrimonio y a la familia*

En la declaración del Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas se lee: "...Nosotros, los pueblos de las Naciones Unidas, re-sueltos... a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres...". Responde dicha Carta a la convicción de que "la promoción de los derechos humanos era un asunto que competía a toda la comunidad internacional, contrariamente a la opinión que había prevalecido hasta el momento, en el sentido de que tales derechos incumbían exclusivamente a la esfera de las jurisdicciones internas de cada Estado. Se puede ciertamente afirmar que ésta ha sido una de las evoluciones del pensamiento más trascendentales que haya tenido lugar en la historia del Derecho y de las relaciones internacionales" (74).

Desenvolviendo tan generosos propósitos de la Carta, la Comisión de Derechos del Hombre formuló un proyecto de Declaración Universal de Derechos del Hombre que fue aprobado y solemnemente proclamado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

"Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los

(73) CASTÁN TOBEÑAS, *Los derechos...*, pág. 15.

(74) Cita del profesor canadiense John Humphrey, en CASTÁN TOBEÑAS, *idem*, *íd.*, pág. 112.

derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana... Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho... La Asamblea General proclama: Artículo 1.º Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros. Artículos 2.º, 1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta declaración, *sin distinción alguna* de raza, color, *sexo*, idioma, religión, opinión política... Artículo 16.º *Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, 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*".

Como señala Casán Tobeñas (75), la Declaración se fundamenta en el principio filosófico jurídico de la dignidad de la persona humana, del que se derivan los postulados de libertad, igualdad y fraternidad.

Para Recaséns Siches (76), el texto de la Declaración contiene notoriamente vigorosos asertos iusnaturalistas. El mero hecho de ponerse a elaborar una declaración de derechos del hombre implica que se cree que, por encima de las determinaciones del Derecho positivo, por encima de lo que los Estados decidan, hay normas superiores a las que los poderes legislativos deben obedecer.

El valor jurídico de la Declaración ha sido controvertido en nuestra patria, consecuencia de la controversia existente entre los filósofos del Derechos y los internacionalistas.

Para Lino Rodríguez Arias Bustamante, dicha Declaración no tiene más que una validez programática, no habiéndose logrado su ratificación por los países firmantes del documento. A su juicio, lo razonable hubiera sido crear un órgano permanente con autoridad y fuerza suficiente para obligar a las naciones a cumplir el Derecho, que permitiese sancionar al Estado infractor del Derecho de gentes con la pena de una intervención colectiva (77).

Para Recaséns Siches (78), la Declaración, por el contrario, constituye un texto de Derecho internacional positivo vigente, que impone deberes a los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas.

Casán Tobeñas (79), afirma ser penoso para un español no poder adherirse a la propuesta de Rodríguez Arias Bustamante, inspiradas en las propias ideas de Francisco de Vitoria sobre la universalidad del Derecho de gentes. Nuestro gran teólogo se anticipó a la proclamación de los Derechos humanos que habían de hacer Virginia y París, y por

(75) Ob. cit., pág. 114.

(76) *Tratado General de Filosofía del Derecho*, pág. 456, Porrúa, S. A., Méjico, 1970.

(77) Cita en CASTÁN TOBEÑAS, *íd.*, *íd.*, pág. 116.

(78) *Tratado...*, pág. 555.

(79) Ob. cit., pág. 117.

fin, con mucho empaque, aunque con escasa eficacia, la orgullosa Organización de las Naciones Unidas. No obstante lo cual, su juicio es favorable a tal Declaración, y estima es muy certera su fundamentación filosófica.

Recientemente un Tribunal español declaró que España no había signado la Declaración, por lo que la misma no tiene fuerza de ley interna.

D) *La reciente doctrina social de la Iglesia en tema de los derechos humanos, con especial referencia a la mujer y a la familia*

Si traemos a colación la doctrina social de la Iglesia en este punto es, no sólo por la altísima autoridad moral que encierra, sino porque conforme al Punto II de los Principios del Movimiento Nacional, promulgados por Ley de 17 de mayo de 1958, "La Nación española considera como timbre de honor el acatamiento a la Ley de Dios, según la doctrina de la Santa Iglesia Católica, Apostólica y Romana, única verdadera, y fe inseparable de la conciencia nacional, *que inspirará su legislación*".

Tres son los textos fundamentales de la doctrina social de la Iglesia que interesa hacer resaltar: La Constitución Conciliar "Gaudium et Spes", sobre la Iglesia en el mundo actual; la encíclica "Mater et Magistra" y la "Pacem in Terris". Anteriormente hicimos constar la referencia que al tema de la mujer y el matrimonio se contiene en la reciente "Octogésima Adveniens", de Pablo VI.

En la Constitución Conciliar "Gaudium et Spes" se contiene una asistemática enumeración de los derechos humanos. La dignidad de la persona humana hecha a imagen y semejanza de Dios, es la clave de los derechos del hombre, fundamentalmente, de su libertad. "La dignidad humana requiere que el hombre actúe según su conciencia y libre elección, es decir, movido e inducido por su convicción interna personal, y no bajo la presión de un ciego impulso exterior o de la mera coacción externa".

"Toda forma de discriminación en 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, por contraria al plan divino. En verdad, es lamentable que los derechos fundamentales de la persona no estén todavía protegidos en la forma debida por todas partes. Es lo que sucede cuando se niega a la mujer el derecho de escoger libremente esposo y de abrazar el estado de vida que se prefiera, o se le impide tener acceso a una educación y a una cultura iguales a las que se conceden al hombre" (80).

El fundamento psicológico y ético del derecho al matrimonio, según la "Gaudium et Spes" es el amor, un amor eminentemente humano. "Abarca el bien de toda la persona y por tanto es capaz de

(80) *Constituciones...*; citadas, págs. 229, 230 y 247.

enriquecer con una dignidad especial las expresiones del cuerpo y del espíritu y de ennoblecerlas como elementos y señales específicos de la amistad conyugal”.

Este derecho implica el don libre y mutuo de ambos esposos con las características de unidad y de indisolubilidad permanentes en la doctrina cristiana. Pero, además, en plano más terreno, entraña también el reconocimiento de la igual dignidad personal del hombre y de la mujer, en este mutuo y pleno amor (81).

La “Mater et Magistra” y la “Pacem in Terris” desenvuelven estos principios conciliares que, no olvidemos, no entrañan contradicción con la “Casti Connubii” que antes transcribimos. El reconocimiento de la dignidad de la mujer, equiparada plenamente al varón en el matrimonio, el fundamento de éste en el amor terreno, fundamento que pasa a ser fin primario del mismo, con la necesaria revisión del “Codex Iuris Canonici” al respecto, el reconocimiento de la dignidad de la persona humana y la legitimidad del quehacer del hombre sobre la tierra, repriman no pocos de los fundamentos de la noción transindividualista del matrimonio y la familia que antes apuntamos.

Enunciar a la luz de tales principios el de equiparación de los sexos en el matrimonio, y la necesaria revisión de la potestad marital, no parece demasiado difícil. Máxime cuando la doctrina social de la Iglesia no es fija, ni cerrada, ni dictada de una vez para siempre: como el Derecho natural de contenido progresivo, postula infinitos perfeccionamientos. El reconocimiento de la igual dignidad de ambos sexos en el matrimonio postula la necesaria promoción de la mujer en todos los órganos: necesariamente, en primer lugar, en el legal, y luego, en el socioeconómico y psicológico.

Una espectadora tan desinteresada y preparada como María Jiménez Bermejo (82) afirma que “los primeros años de la década de los setenta deberán quedar marcados como una etapa de especialización en torno a la problemática femenina, como un paso previo y necesario para el logro de su integración social absoluta. Etapa que implica una revisión profunda de la norma jurídica y una acción educativa mirando la situación de la mujer. Esta etapa será por ello más que de penetración de nuevas ideas, de revisionismo de los preceptos institucionalizados, al objeto de adecuarlos a la nueva realidad...

...perduran en el ordenamiento jurídico positivo toda una gama de limitaciones sobre la capacidad de la mujer casada que difícilmente se pueden compaginar ni son aptas para favorecer la misión que hoy tiene que cumplir la mujer en la sociedad.

El cambio provocado por el Concilio Vaticano II en las actitudes del mundo cristiano exige enfrentarse con nueva mentalidad en el intento de resolver los problemas actuales. Y lo más urgente sobre la

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

(82) Ob. cit., págs. 37 a 39.

cuestión de que se trata es aproximarse a la legislación civil sobre la familia tratando de ver si dichos preceptos se adecuan a la concepción cristiana de la familia y están de acuerdo con la realidad social de la misma en la sociedad contemporánea. Familia basada en los mutuos derecho y obligaciones entre los cónyuges, con el deber de vida en común, la obligación de guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Familia en donde los poderes familiares se han convertido en funciones y en su virtud, tratar de establecer si los preceptos vigentes reconocen, al menos, la participación real de la madre en la responsabilidad y obligaciones que la maternidad comporta frente a los hijos. En una etapa en la que se formulan los derechos del niño, y por tanto de la niña, ¿es lógico que se sigan manteniendo límites a la capacidad de obrar de sus madres? ¿Será esta legislación adecuada como medio eficaz de defensa de la familia que constituirá mañana esta juventud actual, que tiene un talante y modo de pensar entre chicos y chicas, cada día más similar, reflejo de una cultura equivalente?...

...un observador imparcial no dejará de encontrar curioso que la mujer sea llamada siempre que en vez de hablar de derechos se hable de deberes, y precisamente los de índole económica" (cita los artículos 1.340, 1.343 y 1.409 del Código civil, en cuanto impone la obligación a la madre de contribuir a la dote y educación de hijas e hijos). "Sinceramente no encuentro cómo dichos preceptos evidencian el mutuo y pleno amor conyugal y el apoyo mutuo que debe darse entre los esposos".

Es indudable que pese a la reforma parcial de 1958, la vieja concepción que, según frase de García Goyena, informó el Código civil: "La mujer casada, por común acuerdo de todos los legisladores, viene a ser un menor de edad", no ha desaparecido de su articulado.

Se impone una revisión serena, un estudio sosegado, de modo que la dignidad de la mujer alcance su reconocimiento positivo y sea reflejo de una visión más humana y actual de las relaciones entre los sexos". Entiende que la Compilación civil de Cataluña considera a la esposa más como colaboradora que como subordinada. "Ese puede ser el camino".

E) *La igualdad jurídica de los sexos como principio de Derecho natural*

Si postulamos un concepto de Derecho natural de contenido progresivo, es claro que la dialéctica del desarrollo social exige el reconocimiento de tal principio. Afirmamos, con Recaséns Siches (83) que "los hombres deben ser tratados igualmente por el Derecho respecto de todo aquello que es esencialmente igual en todos ellos, a saber: en la dignidad personal, en los corolarios de ésta, es decir, en los dere-

(83) *Tratado*, cit. pág. 590.

chos fundamentales y esenciales que todo ser humano debe tener. Y resulta, que, en cambio, deben ser tratados desigualmente en lo que atañe a las desigualdades que la justicia exige tomar en consideración”.

¿Cuáles son las “desigualdades que la justicia exige tomar en consideración”? ¿Es una de ellas la posición de la mujer casada en el matrimonio?

Hemos examinado cuáles son los diversos fundamentos que nuestro legislador reconoce a la potestad marital, y hemos demostrado la escasa consistencia de todos ellos.

La cohesión de la familia no se menoscabaría por la supresión de la potestad marital y sus consecuencias en la esfera personal y patrimonial de la mujer. La experiencia de los países que han abolido tal institución no demuestra en modo alguno que la familia que contemplan sus diversos sistemas sociales haya perdido su vigor y estabilidad. Por el contrario, para María Jiménez Bermejo (84) “una perspectiva más personalista de la función de la mujer en la familia abriría el camino para una responsabilidad familiar más auténtica, en en cuanto fundada en la aportación complementaria de ambos cónyuges, y a su vez serviría de vía para la progresiva humanización de todas las relaciones sociales en la vida colectiva”.

Según Casán Tobeñas (85) “...hay que aspirar, dentro del Derecho de familia, a conseguir el mayor equilibrio posible entre los derechos propiamente individuales, basados en la idea de igualdad y en el principio fundamental del respeto debido a la dignidad humana, y los derechos de la familia como grupo social, célula básica de la sociedad y del Estado, que tiene a su cargo funciones tan importantes y necesarias para el desenvolvimiento de la propia personalidad individual de los seres que viven en ella y han de obtener dentro de la misma su pleno desarrollo”.

Resulta contradictorio que el legislador postule el principio de igualdad jurídica de los sexos y la desvirtúe con la consagración —más bien podría decirse ratificación— de la regla de la potestad marital. Un desenvolvimiento lógico del primero de los principios lleva al reconocimiento de la igualdad de la mujer en el matrimonio. Ningún malabarismo jurídico puede convencer a la opinión pública de que el marido y la mujer son iguales en el matrimonio, cuando su dotación de derechos es distinta, y muchas veces, como apunta María Jiménez Bermejo, se imponen a la mujer iguales deberes que al hombre.

El reconocimiento pleno del principio permitiría suprimir privilegios como el de la dote obligatoria de la mujer, o la excusa para la tutela que en razón de la mera condición femenina establece el artículo 244, apartado 7.º del Código civil.

(84) Ob. cit., pág. 39.

(85) *Los derechos...*, pág. 187.

Es inaceptable sostener seriamente que la mujer está contenta con su actual condición jurídica.

Practicar una encuesta entre las mujeres casadas, planteándolas la cuestión de si son o no partidarias de la potestad del marido, y deducir de su contestación que lo son, es hacerla mal. Creemos que, sobre ser preciso matizar muy cuidadosamente la pregunta, clasificar por grupos sociales, de edad, etc. a las mujeres interrogadas, la técnica no es adecuada al problema planteado. Si creemos que la mujer está en una situación de inferioridad social, sus contestaciones sobre temas que les afectan vivamente y que sólo una minoría ilustrada es capaz de plantearse, nunca pueden ser concluyentes. Ello, aun no admitiendo la opinión de Castilla del Pino, de que la mayor alienación de la mujer consiste en ignorar que está alienada.

F) *Derecho español: leyes fundamentales*

Nuestro ordenamiento constitucional permite afirmar el principio de igualdad de sexos y obliga a deducir los lógicos corolarios del mismo. El artículo 3.º del Fuero de los Españoles establece que “la ley ampara por igual el derecho de todos los españoles, sin preferencia de clases ni acepción de personas”. Aunque el precepto no alude al sexo, es evidente que la enumeración de las causas que no añen ni perjudican el derecho igual de todos los españoles es meramente enunciativa, y que el centro de gravedad del mismo se halla en la primera proposición.

El artículo 22 de dicho Fuero, al disponer que “El Estado reconoce y ampara a la familia como institución natural y fundamento de la sociedad con derechos y deberes anteriores a toda ley humana positiva. El matrimonio será uno e indisoluble”, tampoco menoscaba la posición igual de los sexos en orden a los derechos fundamentales de la persona humana.

Por supuesto que el ejercicio de los derechos iguales por parte de ambos sexos no atenderá a la unidad espiritual, nacional y social de España. Ello máxime cuando la igualdad de los sexos requiere un complemento de leyes que desenvuelvan tal principio y que, a no dudar, tomarán rígidas precauciones para evitar cualquier sombra de atentado a la estabilidad de la institución familiar y a la esencia de la concepción tradicional de la misma.

Pero afirmamos que tal desenvolvimiento legislativo no es graciable ni voluntario: el artículo 34 de dicho Fuero establece que “Las Cortes votarán las leyes necesarias para el ejercicio de los derechos reconocidos en este Fuero”.

Ello obliga al Gobierno de la nación a presentar, urgentemente —¡han pasado 29 años desde la promulgación del Fuero de los Españoles!— los convenientes proyectos de la ley a las Cortes, que remuevan los obstáculos a la par condición de los sexos ante la ley.

En la Ley Orgánica del Estado, su artículo 21 establece que son fines del Consejo Nacional, como representación colegiada del Movimiento, velar por el desarrollo y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por las leyes fundamentales.

Finalmente la Ley de 17 de mayo de 1958, promulgadora de los Principios Fundamentales del Movimiento Nacional, dispone en su apartado V que "La comunidad nacional se funda en el hombre como portador de valores eternos y en la familia como base de la vida social; pero los intereses individuales y colectivos han de estar subordinados siempre al bien común de la nación, constituida por las generaciones pasadas, presentes y futuras —el subrayado es nuestro—. *La ley ampara por igual el derecho de todos los españoles*".

El principio de igual amparo del derecho de todos los españoles es, por su propia naturaleza, permanente e inalterable (artículo 1.º de la Ley). Serán nulas las leyes y disposiciones de cualquier clase que vulneren o menoscaben los Principios proclamados en la presente Ley Fundamental del Reino (art. 2.º).

No obstante el tiempo transcurrido desde su primitiva redacción del Fuero de los Españoles, y su reiteración por la Ley de 17 de mayo de 1958, el principio necesita, en el punto que exponemos, desenvolvimiento legislativo.

Desenvolvimiento que resulta ya insoslayable, dada la altura de los tiempos que vivimos, y la obligación que el propio legislador ha asumido, de inspirar su propia legislación en la doctrina social de la Iglesia.

Los tratadistas reconocen que la realidad legislativa española está alejada en no pocos puntos, de las proclamaciones de derechos de nuestras Leyes Fundamentales. Sánchez Agesta afirma que no todos los principios están enunciados en las Leyes Fundamentales españolas con la misma amplitud, ni han sido desenvueltos con la misma coherencia y rigor.

Marín Pérez, que existen todavía discrepancias muy sustanciales entre los textos de esas leyes constitucionales y la realidad legislativa española y vigente.

El propio Castán Tobeñas advierte que ni siquiera las leyes y Códigos de Derecho privado han de quedar al margen de una necesaria —pero no apresurada— revisión. Todas las materias jurídicas están muy relacionadas y enlazadas: y las declaraciones de Derechos dan cobijo a todas ellas (86).

X. OPINIONES DE NUESTRA MAS RECIENTE DOCTRINA ACERCA DE LA IGUALDAD DE SEXOS Y LA REVISION LEGISLATIVA QUE DICHO PRINCIPIO COMPORTA

Creemos ser fundamental para la promoción femenina la opinión que la doctrina jurídica española forma en torno al principio de igualdad de los sexos. Es muy significativo que un autor tan ponderado como Castán Tobeñas haya evolucionado no poco, entre la concepción que expone en *La condición social y jurídica de la mujer* y *Los derechos del hombre*. Por eso hemos querido exponer primero en el apartado IV de este trabajo las opiniones menos favorables a la promoción femenina y en el presente, haremos expresa mención de las más progresistas.

El propio Castán Tobeñas afirma (86) que "si bien las normas de carácter constitucional no hacen declaración expresa acerca del criterio que ha de regir en orden a la condición jurídica de las personas de sexo femenino, es de tener en cuenta que el artículo 3.º del Fuero de los Españoles; indudablemente equipara, como regla general, la condición jurídica de uno y otro sexo de una manera implícita. Los Principios del Movimiento Nacional (Ley de 17 de mayo de 1958) contienen en su punto V igual formulación de que "la ley ampara por igual el derecho de todos los españoles... La desigualdad de la condición jurídica sólo regirá tratándose de supuestos concretos en los que está excluida la aptitud de la mujer o se condicione su capacidad".

"...los reglamentos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado y del Derecho científico... se han esforzado al unísono y de manera constante, por suavizar, humanizar y ampliar, a través de la interpretación de los textos vigentes en cada momento, los dominios de la capacidad y los derechos de la mujer".

Marsá Vancells (87) afirma, como conclusión de su importante trabajo que "el gran problema del Derecho civil de nuestros días, que debe resolverse con urgencia, es conseguir que la mujer tenga, en el matrimonio, idéntica consideración que el hombre en el Derecho positivo, para lo cual éste debe ser modificado rápidamente en casi todos los estados nacionales, rompiendo con antiguas tradiciones que han limitado siempre la actividad jurídica del sexo femenino, tales como la absurda autorización marital, el incalificable deber de obediencia de la mujer casada en el siglo XX, y la facultad decisoria del marido en caso de controversia conyugal, que convierte a aquélla, perpetuamente, en una esclava de éste...".

"Si el Derecho es el conjunto de normas encaminadas a facilitar la convivencia entre los seres humanos, es imprescindible, para lograrla, que no exista discriminación alguna entre ellos, que ambos sexos, masculino y femenino, estén sometidos a idéntica regulación

(87) *La mujer en el Derecho civil*, págs. 125 y 127.

legislativa, sin perjuicio de la especial consideración que las leyes deben conceder a la madre, y que se supriman de éstos los términos mujer y hombre, para sustituirlos por la palabra persona, única manera de conseguir el bienestar individual, la unidad familiar y la armonía social...”.

Marín Pérez (88) sostiene que “nuestros Códigos —no nos cansaremos de repetirlo —obedecen a directrices ideológicas, queramos o no, totalmente incompatibles, no ya con los principios inspiradores de la ideología que informa al actual estado, sino ni tan siquiera con la que inspira los principios sociológicos y culturales del mundo de nuestros días... Otra solución lógica que podía haber seguido el legislador era incrustar la Ley 56/1961, de 22 de julio, sobre derechos políticos, profesionales y de trabajo de la mujer, en forma semejante a como lo hizo el legislador argentino con la Ley 11.357, reformando radicalmente el Código civil”.

De la Cámara Alvarez (89) afirma que para brindar protección a la mujer casada separada de hecho, cosa no fácil tal como está concebida y articulada la ley, es preciso una nueva reforma del Código civil, aunque inspirada esta vez en criterios más amplios y progresivos. El entresijo de problemas que late en el fondo de tantos matrimonios, reclama soluciones que, para marchar de acuerdo con el espíritu de nuestro tiempo difícilmente pueden compaginarse con los vetustos prejuicios a que responde en esta materia nuestro primer cuerpo legal.

Martínez Sarrión (90) afirma que “una unificación respecto a la supresión de la licencia marital se ha logrado, por diversos caminos, por supuesto —más el resultado para el observador es el mismo, en Alemania, Italia, Austria, Inglaterra, Irlanda, Nueva Zelanda, Canadá (a excepción de las antiguas colonias francesas), Suecia, Noruega, Finlandia, Dinamarca, U.R.S.S., Bélgica, Holanda, Francia, Cataluña y Baleares. Mantener el requisito de la licencia ha venido a ser, así lo expresa con su peculiar gracia André Maurouis, sinónimo de país subdesarrollado”.

Estima que en el régimen legal de bienes supletorios de nuestro Código civil, la expresión “sociedad legal de gananciales” entraña lo que las fuentes romanas exponían sin la menor vacilación: una comunicación de bienes. Y una comunicación de bienes del patrimonio de la mujer al marido. El marido hace suyos todos los bienes, no por derecho propio, sino por comunicación establecida por la ley, con una finalidad y un alcance previamente fijados: la de que al fallecer cual-

(88) *La condición jurídico-laboral de la mujer, Los derechos de la mujer trabajadora*, publicación de la Organización Sindical Española, Servicios Jurídicos, págs. 25 y 27, Madrid, 1970.

(89) *La separación de hecho y la sociedad de gananciales*, ANUARIO DE DERECHO CIVIL, Fascículo II (enero-marzo de 1969), pág. 310.

(90) *La mujer casada y la disposición de sus bienes*, “Revista de Derecho Notarial”, abril-junio de 1967, págs. 139, 200 y siguientes.

quiera de ellos, y en general, a su disolución entrará en juego el artículo 1.392.

Pero no habiendo comunicación alguna respecto de los bienes parafernales, permaneciendo éstos en poder de la mujer ¿para qué es necesaria la licencia? Se ha desbordado la función marital a bienes que le están sustraídos, sin que pueda esgrimirse seriamente el argumento de que sus frutos están sujetos en último extremo al levantamiento de la cargas del matrimonio. Sin concesiones a la retórica, ni a la economía, ni a la sociología, ni a las páginas de André Maurois, no hay razón para mantener la licencia marital.

Lacruz Berdejo (91), no deja de expresar una opinión pesimista respecto de la supresión de la incapacidad de la mujer casada, al afirmar que "la mayor parte de las mujeres no se han sumado con entusiasmo y actividad a los movimientos en pro de su capacidad, sin duda, porque, como intuye Fremicourt, el yugo que ha pesado sobre las mujeres, era en realidad ligero; la evolución de las ideas y de las costumbres ha modificado insensiblemente, pero profundamente, en un sentido cada vez más liberal, la situación de la esposa, tanto en el hogar como en la sociedad, y a la concepción arcaica de la omnipotencia de la autoridad marital ha sustituido paulatinamente la de la colaboración íntima entre los cónyuges. La mujer ha cesado de ser la subordinada de su marido y las decisiones importantes en el matrimonio suelen tomarse de acuerdo. Esta situación de hecho explica que la supervivencia en España de una institución tan superada como la incapacidad de la esposa no haya suscitado, por parte de las interesadas, protestas y recriminaciones (que no habrían dejado de hacerse oír, si la mujer se sintiera verdaderamente trabada en el ejercicio de sus derechos y agraviada en su dignidad) substituidas por campañas de prensa de escasa trascendencia real. Sin duda, esas circunstancias fueron parte para que la Comisión de Codificación no viera la urgencia de resolver el problema a raíz de la última reforma del Código civil".

Sin embargo, no deja de reconocer que "en todo caso, el movimiento contemporáneo tendente a la emancipación de la mujer, incluso la casada, es un hecho irreversible, apoyado en causas sociológicas muy precisas, y en particular en la circunstancia de que la mujer casada trabaja en nuestros días como la soltera, y deviene socialmente un valor, adquiriendo a la vez una independencia de hecho que el Derecho no puede menos de reconocerle".

Enrique Lalaguna (92) en tema tan íntimamente conectado con el que es objeto principal de nuestro estudio como es el sentido actual del artículo 321, hoy derogado, entiende que el precepto, si no es de todo punto evidente que en el momento actual es contrario al principio

(91) Ob. cit., pág. 178, en nota 2.

(92) *Jurisprudencia y fuentes del Derecho*, pág. 198, "Aranzadi", Pamplona, 1969.

de igualdad de sexos, al que responde con trazo firme en tantos puntos de reforma del Código por Ley de 24 de abril de 1958, parece bastante claro que la norma ha perdido hoy prestigio social en medida muy considerable. Los mismos argumentos que en varias ocasiones esgrimió la doctrina científica para pedir su supresión, hoy muy afianzados, determinarían seguramente en caso de conflicto la aplicación del principio general de igualdad, que se manifestaría, al menos, en un criterio abierto de estimación de lo que es "causa legítima" para abandonar la casa paterna, lo que es prácticamente lo mismo que declarar ilegítima la norma del artículo 321.

Díez Picazo (93), después de sostener que una elevación del nivel de actuación jurídica de la mujer impone darle una participación efectiva en la gestión económica, cuya más clara consagración debería encontrarse a través de cuerpos separados de bienes en el matrimonio, afirma que la comparación jurídica es un método fructífero que nos permite, entre otras cosas, darnos cuenta de que lo que hemos respetado como inconcusos dogmas y como verdades son sólo tópicos y lugares comunes que han devenido anacrónicos. Esta es la tarea —dice— en que debemos empeñarnos: revisar la carga real de sentido de estos dogmas y de esos lugares comunes y poder ir preparando la floración de las nuevas reglas que en forma inquietante y cada día con mayor apremio reclaman las transformaciones de la vida social de que el Derecho debe ser reflejo.

XI. LA LEY DE 22 DE JULIO DE 1961 Y EL DECRETO 2.310/1970 DE 20 DE AGOSTO

Inspirada en el principio de igualdad de los sexos, que reconoció el Preámbulo de la Ley de 24 de abril de 1958, la Ley citada en su artículo 1.º reconoció a la mujer "los mismos derechos que al varón para el ejercicio de toda clase de actividades políticas, profesionales y de trabajo, sin más limitaciones que las establecidas en la presente ley".

Respetando los principios contenidos en dicho Preámbulo, desaprovechó —como apunta Marín Pérez— la oportunidad de suprimir la licencia marital para el ejercicio de tales derechos. Sin embargo, dentro de esta timidez fundamental, reconoció el principio del recurso judicial contra la negativa de licencia marital motivada por la mala fe o el abuso del derecho del marido. Pero no tuteló debidamente el interés de la mujer al no establecer un procedimiento especial, para lo que tenía el precedente de la Reforma de 24 de abril de 1958, artículo 1.413, para sustanciar la oposición a la negativa del marido a conceder la licencia.

El Decreto a que nos referimos, es de importancia capital, y en-

(93) *Prólogo*, cit., págs. XII y XIV.

tendemos que constituye una interpretación auténtica de la ley de referencia, para aquellos casos, como el de la mujer que presta servicios profesionales o, en general, no sometidos a la Ley de Contratos del Trabajo.

El Preámbulo de dicho Decreto reconoce que “la creciente participación de la mujer en las actividades laborales reviste extraordinaria importancia en la fase presente de desarrollo económico y social, al par que manifiesta la evolución de muchos de los conceptos que inspiraron la legislación específica sobre el trabajo femenino, hasta el punto de que es cada día más necesaria y universalmente aceptada la equiparación de la mujer, tanto para conseguir un empleo como para desempeñarlo en igualdad de condiciones con los trabajadores varones”. El reconocimiento de la importancia extraordinaria del trabajo femenino es lo que ha obligado al legislador laboral a dejarse mover por los vientos de cambio y dictar, siempre con respeto a la potestad marital, reafirmada por la Ley de 24 de abril de 1958, el Decreto que comentamos.

El artículo 1.º del Decreto establece que “la mujer tiene derecho a prestar servicios laborales en plena situación de igualdad jurídica con el hombre, y a percibir por ello idéntica remuneración”. El 2.º, que “la mujer casada podrá contratar la prestación de sus servicios con la autorización de su marido, que se presumirá concedida si anteriormente viniera desempeñando funciones laborales. La oposición o negativa del marido no será eficaz cuando se declare por la autoridad judicial que fue precedida de mala fe o con abuso de sus derechos. En caso de separación conyugal de derecho o de hecho, se reputará concedida por el ministerio de la ley la autorización para celebrar contratos de trabajo, con todos los efectos que de los mismos puedan derivarse. La mujer casada, para comparecer en procedimientos laborales, no precisa autorización ni asistencia del marido, aunque, facultativamente, pueda estar asistida o representada por éste”.

Apreciamos los siguientes avances que mejoran la condición jurídica de la mujer trabajadora: la presunción de otorgamiento de la licencia marital si con anterioridad a su matrimonio viniera prestando funciones laborales (similar a la que establece para el ejercicio del comercio por la mujer casada el artículo 7 del Código de comercio); la posibilidad —que creemos indiscutible— de sustanciar en el ágil procedimiento laboral la oposición a la negativa abusiva del marido; la mejora de la redacción de la supresión de la licencia marital en caso de separación de hecho o de derecho; la plena capacidad de la mujer casada para comparecer en procedimientos laborales sin necesidad de asistencia del marido, que se permite con carácter facultativo.

De mucha importancia es que la disposición transitoria primera de dicho Decreto establezca que antes de primero de enero de mil novecientos setenta y dos, el Ministerio del Trabajo procederá a la revisión de las reglamentaciones de trabajo, ordenanzas laborales y

normas de obligado cumplimiento para adaptarlas a lo establecido en el artículo 1.º del Decreto. Asimismo se revisarán en el indicado plazo las normas que regulen el trabajo de la mujer en tareas tóxicas, penosas, peligrosas o insalubres, a fin de eliminar las posibles discriminaciones que en las mismas pudieran contenerse por razón de sexo.

Pese a las bien intencionadas reglas que hemos comentado, tememos que el propósito del legislador quede a medias desvirtuado por la resistencia que los prejuicios sociales y los intereses patronales le opongan.

Sobre todo, es preciso establecer un conjunto de medidas de gobierno, de carácter socioeconómico, que hagan efectivo el principio de paridad de condición de la mujer trabajadora y del hombre. No es este el lugar para exponerlas ni es el propósito que nos ha animado en la redacción del presente trabajo.

XII. LINEAS FUNDAMENTALES PARA UNA REVISION DE LA POTESTAD MARITAL

Creemos que la más reciente doctrina española es favorable a un movimiento revisionista de la potestad marital. Los ejemplos que hemos aducido a lo largo del presente trabajo, permiten inducir un estado de opinión netamente progresista al respecto. Una encuesta sociológica que se hiciera entre los profesionales del Derecho, es casi seguro que arrojaría un porcentaje aplastante de partidarios de la revisión. Porcentaje no muy inferior sería el de los juristas partidarios de una reforma en breve plazo, nunca superior a dos o tres años.

En la reforma es preciso oír a los organismos todos implicados en el problema. Los colegios de abogados y notariales, la Academia de Ciencias Morales y Políticas, las cátedras de Derecho civil y las Facultades de Derecho, la Asociación Española de Mujeres Juristas, la Sección Femenina del Movimiento... En el plano constitucional, el Consejo Nacional del Movimiento es competente como antes vimos.

Pero, previamente a todo proyecto o anteproyecto legislativo, es preciso que los juristas se agrupen en equipos de trabajo que realicen los oportunos estudios, con o sin redacción de una propuesta de articulado concreto, con el fin de delimitar la materia objeto de la reforma, y resolver la compleja problemática que la misma encierra. La relativa dificultad de la coordinación de los textos legislativos tan dispares, la dificultad incluso de documentarse debidamente no deben, no obstante, ser un obstáculo para la necesaria supresión de la potestad marital.

Aunque la República Federal Alemana desarrolló jurisprudencialmente, entre los años 1949 y 1953, el principio de equiparación de sexos proclamado por la Ley Fundamental de 1949, y fueron los tribunales los que en cada caso resolvieron si un determinado precepto del B. G. C. era o no opuesto a tal principio constitucional, es

obvio que nuestro ordenamiento jurídico no puede admitir tal solución. La situación constituyente de la Alemania de la postguerra, y el deseo de reparar el enorme retraso que el régimen hitleriano introdujo en la promoción de la mujer, son circunstancias únicas no repetibles en nuestro país.

Nosotros entendemos que sería suficiente, en una primera reforma, con suprimir la licencia marital para el ejercicio de actos jurídicos de la mujer sobre sus bienes propios. Al mismo tiempo, eliminar el deber de obediencia que consagra el artículo 57 del Código civil. Con ello, las más irritantes consecuencias de la potestad marital desaparecerían, y quedaría a la autoridad judicial encomendada la labor de coordinar tales nuevos principios con los restantes del Código civil y demás leyes aplicables.

Por supuesto que los problemas serían innumerables, y tal vez —dirán los tímidos— convendría posponer la reforma hasta que otra, íntimamente ligada con la anterior, la de los regímenes matrimoniales de bienes, estuviera madura.

No abona tal opinión la experiencia francesa, en que por Ley de 22 de septiembre de 1942, confirmada por Ordenanza de 9 de octubre de 1945, se ha suprimido la potestad marital, y la reforma del régimen matrimonial de bienes ha tenido que esperar a la Ley de 13 de julio de 1965.

La coordinación de tal reforma limitada a la supresión de lo más irritante de la potestad marital con la legislación especial civil de nuestras regiones no ofrece tantos problemas como parece. No olvidemos que tanto Cataluña como Baleares han suprimido la licencia marital para la administración y la disposición de los bienes parafernales de la mujer en sus respectivas Compilaciones. No sería demasiado difícil la implantación de la reforma en el resto de las regiones, retocando algunos textos legislativos e inspirando una nueva y generosa jurisprudencia que repristinara el sentido íntimo de la antigua tradición foral: el otorgamiento mancomunado, de marido y mujer, de los actos de trascendencia para la sociedad conyugal.

Lo único que sería imperdonable es descorazonarse ante las dificultades técnicas que el propósito enunciado encierra. La promoción jurídica de la mujer no puede esperar la compleja tramitación de la reforma de los regímenes matrimoniales que la necesaria aplicación del principio de equiparación jurídica de los sexos traería consigo. Como factor desencadenante de la promoción socioeconómica y psicológica de la mujer, la necesaria supresión de la potestad marital es insoslayable. Hemos de empezar a laborar por ella *ahora mismo*.

