

# **LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO DE FAMILIA DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO**

**Vivas Tesón, Inmaculada, Departamento de Derecho civil e Internacional  
privado, Universidad de Sevilla, ivivas@us.es**

## **RESUMEN**

La mujer ha sido marginada, y mucho, por el Derecho Civil, y ello porque hemos de partir del dato de que el Derecho Civil fue escrito por y para hombres y así fue plasmado en nuestro Código civil de 1889.

En las próximas páginas se pretende realizar un rápido recorrido por los principales "parcheos" o retoques de nuestro Código civil, en cuanto a la patológica discriminación por razón de sexo en él latente desde su promulgación hacia toda mujer, pero, más decisivamente, hacia la mujer en el seno de la familia. Ello nos llevará a concluir que ha existido un indudable ascenso satisfactorio de la mujer en el proceso normativo histórico del Derecho Civil, siendo en los últimos cien años cuando la lucha de las mujeres por alcanzar la tan deseada igualdad ha dado grandes pasos en nuestro país.

Tal ha sido el esfuerzo normativo, que, ahora, la realidad social no va al mismo compás que la norma, siendo absolutamente necesario que la igualdad hombre-mujer, reconocida *ex lege* hasta la saciedad, penetre profundamente en toda la sociedad.

**PALABRAS CLAVE:** mujer, género, familia, igualdad, protección jurídica

## **I.- NOTA PRELIMINAR**

### **II.- LA DISCRIMINACIÓN DE LA MUJER EN EL SENO DEL MATRIMONIO**

**II.1.- El impedimento de edad para contraer matrimonio: en especial, el caso de la menor embarazada**

**II.2.- La influencia del matrimonio sobre la capacidad de la mujer casada**

**II.2.A).- Esfera personal: la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges y la actuación en *interés de la familia***

**II.2.B).- Esfera patrimonial: la supresión de la licencia marital y la equiparación patrimonial de los cónyuges**

**II.2.C).- Esfera filial: la patria potestad como función dual y el actual rol de la mujer como madre**

**II.3.- La situación de la mujer en los supuestos de crisis matrimonial**

### **III.- ANEXO BIBLIOGRÁFICO**

## **I.- NOTA PRELIMINAR**

Durante siglos, las mujeres hemos sido relegadas a la invisibilidad pública, limitadas al espacio doméstico y privadas de toda libertad y autonomía. No éramos siquiera sujeto de Derecho, que sí lo era, en cambio, el hombre.



La consideración del sexo masculino como superior al femenino ha justificado, en las distintas órbitas espaciales y temporales, el desigual tratamiento otorgado a la mujer en las esferas personal, familiar y social, secular discriminación que, lógicamente, ha sido objeto de múltiples reproches, a los que ahora sumamos, desde un punto de vista exclusivamente jurídico, el nuestro.

La mujer, toda mujer, aunque, más decisivamente, la mujer casada, ha sido marginada, y mucho, por el Derecho Civil, y ello porque hemos de partir del dato de que el Derecho Civil fue escrito por y para hombres y así fue plasmado en nuestro Código civil de 1889 (en adelante, C.c.). En un mundo de dominio típicamente masculino, hombre fue el legislador y el Derecho que legisló tenía por protagonista al hombre, que lo era tanto en el terreno profesional como en el político y socioeconómico.

En el siglo XXI, en un contexto social muy diferente al existente en el momento de la promulgación de dicho Cuerpo normativo, el hombre sigue siendo su protagonista, pero es asimismo un decisivo colaborador para que la mujer también lo sea. Ambos, el hombre y la mujer, son absolutamente indispensables para el Derecho Civil porque ambos tienen, con independencia de su identidad sexual, derecho a ser sujeto de Derecho.

Pero, ¿cuál ha sido la situación de la mujer desde 1889 hasta nuestros días? El C.c. con el que contamos es el mismo que originariamente fue promulgado, si bien ha recibido diversos *parcheos* (permítasenos la expresión), esto es, sucesivos retoques de cirugía estética que han intentado (con mayor o menor éxito) poner de acuerdo, en lo posible, norma y realidad.

En realidad, nuestro C.c. nacería ya, en 1889, viejo y atrasado en cuanto a la condición civil de la mujer, lo cual es comprensible si recordamos que el Código no fue más que el Proyecto de 1851 postdatado y una mera reproducción del *Code* francés de 1804, con el que compartía íntegramente todo su espíritu antifeminista, razones éstas que justificaban sobradamente su censurable tinte anticuado y rancio en esta materia<sup>1</sup>.

En el siglo pasado, las dos guerras mundiales proporcionaron el germen necesario para luchar por la emancipación de la mujer y, en España, nuestra posguerra y el período dictatorial supusieron un innegable retroceso o involución, un paso atrás en el largo camino hacia la paridad.

Se comienza a poner manos a la obra (compleja, como bien puede imaginarse) a través de algunas reformas legislativas, entre ellas, las Leyes de 20 de diciembre de 1952, 24 de abril de 1958, 22 de julio de 1972 y 2 de mayo de 1975 (esta última, la de mayor entidad, al suprimir la tan absurda e irritante licencia marital), rebasada ya, por tanto, la primera mitad del siglo XX, reformas que no fueron en sí mismas radicales, sino que introdujeron, con cierto miedo y cautela, dado el contexto social y, sobre todo, político y religioso en el que

---

<sup>1</sup> Recuérdese que sus ejes fundamentales eran: obediencia de la mujer al marido y protección por éste de aquélla -art. 57-; la mujer debe seguir a su marido donde éste quiera fijar su residencia -art. 58-; representación de la mujer por su marido -art. 60-; licencia marital para actuar la mujer en la esfera de sus propios derechos -art. 61-; potestad doméstica o de las llaves concedida a la mujer -art. 62-; patria potestad del padre sobre los hijos comunes -art. 154-; consentimiento de los padres para poder abandonar la casa paterna las hijas mayores de edad pero menores de 25 años -art. 321- y, por último, sin ánimo de exhaustividad, incapacidad de la mujer casada para prestar consentimiento -art. 1263.3º-.

se elaboraron, algunas modificaciones, las primeras, encaminadas a restringir las parcelas del, hasta entonces, omnímodo poder masculino.

Sin embargo, el acontecimiento legislativo más decisivo lo constituirá, sin lugar a dudas, con el advenimiento de la democracia, la Constitución Española de 1978, con su art. 14, precepto consagrador del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo y sumamente esencial en todo Estado de Derecho, el cual encuentra su aplicación concreta al matrimonio en el art. 32 del Texto Constitucional<sup>2</sup>. Las Leyes equiparadoras preconstitucionales conservaban todas ellas el principio de jefatura familiar, con el cual va a romper la Norma Suprema de nuestro Ordenamiento Jurídico, lo que provocará una notable quiebra en la forma de ver las cosas en lo que a la mujer se refiere, tal y como reflejan las numerosas reformas del C.c. operadas ya en clave constitucional.

Entre ellas, destacamos, por orden cronológico: las Leyes 11/1981, de 13 de mayo y 30/1981, de 7 de julio, esta última más conocida como *Ley del Divorcio*; la Ley 13/1983, de 24 de octubre y la 21/1987, de 11 de noviembre, reformadoras del Derecho de Familia en cuestiones tan importantes como la filiación, la patria potestad, el régimen económico del matrimonio y el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, tutela, adopción, guarda y acogimiento de menores; la Ley 11/1990, de 15 de octubre, de modificación de varios artículos del C.c. en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, que supondría una expresa denuncia legislativa de los reductos aún existentes de diferenciación entre hombre y mujer y que habían escapado a las anteriores reformas acometidas en este sentido<sup>3</sup>; en materia de nacionalidad, si bien algunos cambios fueron introducidos por la Ley de 1975 y la Ley 51/1982, de 13 de julio, la principal reforma fue operada por las Leyes 18/1990, de 17 de diciembre y 29/1995, de 2 de noviembre; Ley 40/1999, de 5 de noviembre, sobre nombre y apellidos y orden de los mismos; Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el C.c. en materia de derecho a contraer matrimonio y Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el C.c. y la LEC en materia de separación y divorcio; Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida; y Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios.

Tras este rápido recorrido por los principales *parcheos* del C.c. en cuanto a la patológica discriminación por razón de sexo en él latente desde su promulgación, podemos concluir en que ha existido un indudable ascenso satisfactorio de la mujer en el proceso normativo histórico del Derecho Civil. Ha sido en los últimos cien años cuando la lucha de las mujeres por alcanzar la tan deseada igualdad ha dado grandes pasos en nuestro país.

Las mujeres hemos obtenido derechos políticos y sociales, nos hemos incorporado al mercado laboral y hemos logrado que se reconozca legalmente nuestro derecho a la igualdad<sup>4</sup>. El balance es, sin duda, positivo. Sin embargo, a pesar de tan enorme avance

---

<sup>2</sup> Vid. LASARTE ALVAREZ, C. (1983): "La equiparación entre hombre y mujer en la Constitución", en *La Ley*, núm. 2, pp. 1126-1129.

<sup>3</sup> Vid. GAYA SICILIA, R. (1991): "Crónica breve e incompleta a propósito de la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo", en *ADC*, pp. 251-267.

<sup>4</sup> Se trata de un principio jurídico universal reconocido en diversos textos internacionales, desde la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada en 1979 por la Asamblea General de Naciones Unidas y ratificada por España en 1983, hasta las conferencias de

y de proclamarse legalmente la igualdad, en la realidad cotidiana, la desigualdad de oportunidades y la discriminación siguen siendo más que evidentes como consecuencia de prejuicios absolutamente inaceptables, enmarcados en un modelo de sociedad patriarcal que reparte desigualmente roles y poder. En España<sup>5</sup>, pese al gran empeño legislativo<sup>6</sup> por hacer real el derecho a la igualdad del art. 14 CE, las mujeres seguimos enfrentándonos a tasas de desempleo superiores a las de los hombres, salarios más bajos, escasa presencia en los puestos de responsabilidad política, social, cultural y económica, mayor precariedad laboral, a la difícil conciliación de la vida personal, laboral y familiar y a la monstruosa violencia de género.

Se trata, pues, de un proceso todavía inacabado, puesto que aún quedan resquicios o flecos de esa infundada inferioridad social de la mujer, la cual, tras los plausibles esfuerzos normativos realizados en estos últimos años, ha dejado de ser, en buena medida, legal. Solemos afirmar que el Derecho sólo recoge en su ordenación las realidades que ya funcionan social o familiarmente, ya que el Derecho supone la formalización o recepción del hecho por la norma y, sin embargo, ahora estamos viviendo una curiosa distonía en la que es la realidad extrajurídica la que, en ocasiones, no guarda el compás con la previsión legislativa, pues es innegable que aún persisten estereotipos sociales discriminatorios de la mujer que sólo pueden ser erradicados a través del adecuado ajuste de la *praxis* a la ley; la igualdad hombre-mujer, reconocida *ex lege* hasta la saciedad, ha de penetrar profundamente en toda la sociedad. Sirva de ejemplo el terrible problema de la violencia doméstica, aún irresuelto pese a las numerosas medidas de tutela legal adoptadas al respecto.

A lo anterior ha de sumarse la enorme trascendencia que reviste la aséptica interpretación y aplicación de la normas equiparadoras por parte de los operadores jurídicos, quienes han de ser extremadamente cautelosos a la hora de aplicar, con exquisita objetividad, las leyes de igualdad y, muy especialmente, al momento de cristalizar el concreto contenido de muchos de los conceptos jurídicos indeterminados que en aquéllas se contienen.

## II.- LA DISCRIMINACIÓN DE LA MUJER EN EL SENO DEL MATRIMONIO

En el estudio de la problemática hombre *versus* mujer en el Derecho Privado, la discriminación se palpa en relación a toda mujer, si bien, más decisivamente, como ya se ha apuntado, a la mujer casada.

La mujer soltera ha sido considerada durante mucho tiempo tan incapaz como el menor, dada su carencia de cualidades físicas y psíquicas (la llamada *imbecilitas sexus* o *fragilitas*) que la hacían no pasar casi de un objeto o de tener una ínfima condición de persona. Sin

---

Nairobi en 1985, El Cairo en 1994, Beijing en 1995, o el propio Tratado de Amsterdam, que convirtió la igualdad en un principio fundamental de la UE, textos que dan prueba del enorme avance en el reconocimiento del derecho a la igualdad.

<sup>5</sup> Y en toda Europa, tal y como refleja el Informe 2009 de la Comisión de las comunidades europeas sobre igualdad entre hombres y mujeres en Europa.

<sup>6</sup> Son de obligada cita, por constituir auténticos hitos legales, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres y la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, la cual hemos tenido ocasión de comentar, recientemente, en la *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, La Ley, Buenos Aires.

embargo, hoy por hoy, dentro de nuestra área cultural, puede afirmarse la idéntica capacidad<sup>7</sup> e independencia<sup>8</sup> del hombre y de la mujer, razón por la cual podemos aseverar que, para el actual Derecho Civil, la mujer soltera y el hombre soltero se encuentran plenamente equiparados.

Como decimos, esta mujer sola, soltera o viuda<sup>9</sup>, en cuanto mujer, ha sido mucho menos discriminada que la mujer casada, razón ésta por la que nuestras preocupaciones y consideraciones giran en torno a algunos aspectos de la situación de la mujer en el seno del matrimonio, las cuales, dada la brevedad impuesta, resultarán, inevitablemente, escasas y fragmentarias.

Puede decirse que la mujer ha constituido objeto de regulación por el Derecho en razón, esencialmente, a su papel y posición dentro de la familia, siendo en el seno de ésta donde la mujer va a sufrir un trato discriminatorio. Tan es así, que la mujer soltera, incapaz y sometida a la potestad familiar, pasaba a encontrarse en una situación aún peor cuando se decidía a contraer matrimonio, nuevo estado conyugal que en lugar de auspiciarle nuevas cotas de libertad o reconocimiento de derechos, la hacía caer en un situación de profunda desigualdad y discriminación.

Y ello porque las discriminaciones en la familia han estado en función de la atribución del puesto de mando y el de cooperación. Secularmente, al hombre y a la mujer se le han atribuido cometidos distintos en el seno familiar que han sido aceptados por el peso de los años de acuerdo con una concepción jerárquica y vertical de la familia en la que el marido era jefe, centro de decisiones, persona en la que se reunía la potestad marital y paterna, concepción ésta ajena por completo a la emancipación jurídica de la mujer casada.

Si la mujer soltera soportaba una incapacidad genérica en virtud de su sexo, en el caso de la mujer casada a esta incapacidad se superponía otra específica por razón de matrimonio. La mujer soltera al casarse se liberaba del poder paterno subsumiéndose en un nuevo estado de máxima dependencia o esclavitud familiar. Sencillamente, cambiaba de poder de dominación: si antes dependía del padre ahora depende de la persona que ha elegido (en ocasiones, le han elegido) como marido. No había más que un tránsito de poder del padre al marido; en definitiva, no pasaba de ser un mero accesorio del jefe de familia (padre o marido).

---

<sup>7</sup> En nuestros días, la diversificación de las personas en orden a su capacidad de obrar se establece, exclusivamente, entre mayores y menores de edad.

<sup>8</sup> La mujer soltera puede abandonar la casa paterna en cualquier momento y sin licencia de ninguno de sus progenitores, tal y como exigía el afortunadamente derogado art. 321 C.c.

<sup>9</sup> Ciertamente es que, en el pasado, la mujer soltera y la viuda han sufrido un trato discriminatorio en el Derecho civil. Así, podemos destacar, además de lo ya señalado anteriormente, los siguientes desvíos discriminatorios: la situación de la mujer respecto al varón en relación a la sucesión de los títulos nobiliarios; la prohibición de la mujer de ser testigo o la absurda limitación de la viuda de no contraer segundas nupcias durante los 300 días siguientes a la muerte del marido o antes de su alumbramiento si hubiese quedado encinta o si su matrimonio hubiese sido declarado nulo, restricciones ambas que contenía originariamente el C.c. con fundamento, de un lado, en que sólo el hombre podía desempeñar funciones públicas y, de otro, en la presunción jurídica de paternidad junto a la falta de respeto al marido muerto al ser reemplazado tan pronto en su afecto, como si el viudo, a quien no se establecía limitación alguna en este sentido, no pudiese, en las mismas circunstancias, faltar al respeto a su esposa.

Con el pasar de los años, se irá fortaleciendo la condición de la mujer casada, proclamándose el principio de igualdad jurídica entre ambos sexos y, especialmente, entre los cónyuges, paridad consagrada, como es sabido, en los arts. 14 y 32.1° CE.

## **II.1.- El impedimento de edad para contraer matrimonio: en especial, el caso de la menor embarazada**

El art. 46.1° C.c. establece que no pueden contraer matrimonio “*los menores de edad no emancipados*”, por consiguiente, sólo podrán contraer matrimonio los mayores de edad y los menores de edad que se encuentren emancipados, siendo nulo el matrimonio del menor de edad *ex art. 73.2° C.c.*

No obstante, dicho impedimento de edad puede ser dispensado judicialmente, según prevé el art. 48 C.c., a cuyo tenor, el Juez de 1ª Instancia puede conceder su dispensa a partir de los 14 años, siempre que exista “*justa causa*”, que podría ser la pubertad de los contrayentes, la cohabitación o, lo que aquí nos interesa especialmente destacar, el embarazo de la solicitante, como reconoció la RDGRN de 25 de enero de 1985<sup>10</sup>.

De conformidad con ello, podría pensarse que la inclusión en la expresión legal “*justa causa*” del embarazo de la adolescente se debía a la imperiosa necesidad de ocultar, cuanto antes, la deshonra de la joven y, para ello, nada mejor que el matrimonio, puede que ni siquiera deseado por la pareja, pero que se presenta como único expediente o remedio para que la menor embarazada recupere la honra perdida, de ello la posibilidad de dispensar el impedimento de edad.

No es éste, afortunadamente, el criterio seguido por la Dirección General de los Registros y del Notariado, que, apartándose de tales tradicionales prejuicios morales hoy día absolutamente inadmisibles, considera el embarazo de la menor como una posible justa causa de dispensa, mas no como una situación que haya de conducir inevitablemente al matrimonio, y ello desde el momento en que, en sus resoluciones, dicho Centro Directivo exige que, con objetividad, sean detenidamente estudiadas y valoradas las circunstancias personales de la menor y del varón para determinar la conveniencia o no del matrimonio.

A título de ejemplo, la Resolución de 28 de marzo de 1985<sup>11</sup> no dispensó a la contrayente embarazada de 15 años, a pesar de su propósito firme así como del pretendido contrayente de casarse entre sí, porque, además de la oposición frontal de los padres de la menor, que fueron oídos, como es preceptivo, en el expediente, quedó acreditada la falta de medios económicos del varón, reconocidos por éste y por la solicitante, “*que no constituyen una garantía sólida para una vida familiar normal ni para la crianza y educación del hijo esperado*”<sup>12</sup>, lo que deja ver, como señala la posterior Resolución de 25 de abril de 1996<sup>13</sup>, igualmente denegatoria de la dispensa del impedimento de edad, que el embarazo, “*no obstante ser una causa de cierta entidad, no puede por sí sola ser suficiente para la obtención de dicha dispensa. En efecto, el Encargado debe tratar, con un criterio objetivo, de cerciorarse respecto a la*

---

<sup>10</sup> RJ 1986, 6833.

<sup>11</sup> RJ 1985, 3495.

<sup>12</sup> Cdo. 2°.

<sup>13</sup> RJ 1996, 4181.

*conveniencia del matrimonio para la peticionaria; y es evidente que, para llegar a esa apreciación, debe tener en cuenta, muy especialmente, las circunstancias personales del otro contrayente”.*

## **II.2.- La influencia del matrimonio sobre la capacidad de la mujer casada**

Hoy se palpa, con suma facilidad, una línea evolutiva liberadora de la mujer casada, pero, desde siempre, el matrimonio ha ejercido una influencia degradante en la mujer, tanto en la esfera personal, como patrimonial y filial.

En la esfera personal, el llamado *principio de unidad jurídica de la familia*, al cual se adscribía rigurosamente nuestro C.c., exigía un estatuto personal único, razón por la cual resultaba más que evidente que fuera la mujer casada la que debiese sacrificar su independencia y libertad y seguir la condición de su marido, por ello que le viniera impuesta la nacionalidad<sup>14</sup> y vecindad civil de éste, debiendo perder, recuperar o conservar las suyas propias a expensas de las que ostentara su marido, a cuyo favor se establecía asimismo la primacía designativa del domicilio conyugal<sup>15</sup>.

El deber de fidelidad venía impuesto, como hoy, a ambos cónyuges, pero la infracción a dicho deber conyugal no era sancionada de la misma manera, pues constituía causa legítima de divorcio “*el adulterio de la mujer en todo caso, y el del marido cuando resulte escándalo público o menosprecio de la mujer*”, como disponía el primitivo art. 105 C.c., norma ésta que no tenía desperdicio, pues dejaba ver con claridad los ciegos prejuicios sociales habidos en la época en contra, por supuesto, de la esposa, lo que conllevaba reprobar desigualmente el adulterio del hombre al de la mujer, estableciéndose que la conducta traidora de la esposa debía ser enjuiciada con mayor severidad que la del marido, precepto éste paladinamente revelador de la tolerancia social de las infidelidades del esposo.

El originario art. 57 C.c. obligaba al marido a proteger a la mujer y a ésta a obedecer al marido<sup>16</sup>, protección y, como contrapartida, obediencia que atraían forzosamente a un jefe de la familia y a una compañera subordinada y no al revés, manteniéndose, de este modo, una unidad de dirección, más bien, una “*dictadura matrimonial*”, y no sólo en el terreno personal, sino también en el patrimonial, siendo el segundo una consecuencia directa del primero.

Efectivamente, el dominio del marido sobre la persona de su esposa se reflejaba asimismo en el poder sobre sus bienes y actos, restringiendo, de este modo, el matrimonio la capacidad de obrar de la mujer. La mujer casada era una mujer incapaz, subordinada personal y económicamente a su cónyuge, quien administraba el patrimonio conyugal, representaba a su mujer y debía permitir su actuación en el tráfico jurídico, lo que evidenciaba una primacía absoluta del marido y una correlativa postergación de la esposa.

---

<sup>14</sup> DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1983): "El principio de unidad jurídica de la familia y la nacionalidad", en *ADC*, pp. 691-701.

<sup>15</sup> Originarios arts. 14.4, 22 y 58 C.c., respectivamente.

<sup>16</sup> El *Codice civile* de 1865, hoy derogado, fue el primero que suprimió la manifestación expresa del deber de obediencia de la mujer casada, limitándose a afirmar que el marido es el cabeza de familia, según señala LACRUZ BERDEJO, J. L. (1975): *El nuevo Derecho Civil de la mujer casada*, Madrid, p. 32.

Existía, por tanto, una auténtica potestad marital, tanto en la esfera personal como en la patrimonial<sup>17</sup>.

Súmese a los anteriores otro dato fundamental que pone claramente de manifiesto el papel secundón de la esposa respecto del marido: la dote, la cual se debía a que la mujer debía comprar al marido, quien obligado a alimentarla, debía ser compensado por ésta por semejante carga merced a una aportación dotal. El art. 1340 C.c. contemplaba una dote obligatoria a favor de las hijas, salvo que contrajesen matrimonio sin haber obtenido el preceptivo consentimiento. En realidad, podía tratarse ésta de una disposición con carácter de privilegio para la mujer en detrimento del hombre, pues, como puede comprobarse, con la dote se beneficiaba a la hija, no al hijo varón, que contrajese matrimonio siguiendo los dictados o consejos del poder familiar, pero, ¿es que se favorecía, en realidad, a la hija o al futuro marido de la dotada? Más bien parece ser esta última la respuesta. Por cierto, la dote ha perdurado en nuestro Derecho, nada más y nada menos, que hasta la reforma de 13 de mayo de 1981.

La jefatura del marido respecto de la mujer, en relación a su persona y a sus bienes se traducía, asimismo, en la jefatura del padre en cuanto a los hijos, lo que encontraba inmediato reflejo en la patria potestad; así, el antiguo art. 154 C.c. disponía que “*el padre, y, en su defecto, la madre, tiene potestad sobre sus hijos*”, criterio éste de atribución preferencial a favor del padre de la patria potestad sobre los hijos, a lo que se sumaban las prelación de la línea del varón sobre la mujer para la ausencia y los cargos tutelares y del Consejo de Familia<sup>18</sup>, discriminación ésta que debió esperar hasta el año 1981, en el que la Ley de 13 de mayo operaría el esperado viraje institucional en esta materia.

Todo ello pone de manifiesto el indiscutible y absoluto señorío doméstico del hombre sobre los miembros del hogar familiar, esto es, la mujer y los hijos.

### **A).- Esfera personal: la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges y la actuación en interés de la familia**

Hoy, tras la Ley de 2 de mayo de 1975<sup>19</sup>, la Ley 51/1982, de 13 de julio y las posteriores 18/1990, de 17 de diciembre y 29/1995, de 2 de noviembre<sup>20</sup>, la mujer casada ostenta su propia nacionalidad, sin que ni el matrimonio ni el cambio de nacionalidad de su marido durante el mismo puedan determinar *ipso iure* un cambio en su nacionalidad<sup>21</sup>; el actual

---

<sup>17</sup> Vid., entre otros, BONET RAMON, F. (1962): *Los poderes dispositivos de la mujer casada en el Derecho común*, Madrid; MARTINEZ SARRION, A. (1966): "La mujer casada y la disposición de sus bienes", en *RCDI*, II, pp. 985-990; EGEA IBAÑEZ, R. (1969): "La administración por la mujer casada de los bienes parafernales", en *Estudios en honor del Profesor Castán Tobeñas*, vol. III, Pamplona, pp. 203-230 y DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1975): "Capacidad de la mujer casada y economía conyugal", en *ADC*, pp. 859-873.

<sup>18</sup> Antiguos arts. 184, 211, 220, 227, 230 y 295 C.c.

<sup>19</sup> Vid. Disp. Trans. de dicha Ley y su detenido estudio por LACRUZ BERDEJO: *El nuevo Derecho civil de la mujer casada*, cit., pp. 39-45.

<sup>20</sup> Vid. su Disp. Trans. 2ª.

<sup>21</sup> Vid. LOZANO SERRALTA, M. (1951): "La pérdida de la nacionalidad", en *REDI*, pp. 521-555 y (1953) "La nacionalidad de la mujer casada", en *Información Jurídica*, T. VI, pp. 567-593; SIMO SANTOJA, V. L. (1973): "La nacionalidad de la mujer casada", en *RCDI*, pp. 611-630; MULLERAT BALMAÑA, R. Mª (1975): "La influencia del matrimonio en la nacionalidad de la mujer", en *RJC*, núm. 4, pp. 787-801 y MARIN LOPEZ, A. (1976): "La nacionalidad de la mujer casada en Derecho Español", en *REDI*, vol. XXIX, núms. 2-3, pp. 397- 417.



art. 14.4º C.c.<sup>22</sup> establece, con rotundidad, que “*el matrimonio no altera la vecindad civil*”, aunque “*cualquiera de los cónyuges no separados, ya sea legalmente o de hecho podrá, en todo momento, optar por la vecindad civil del otro*”<sup>23</sup> y, por último, por lo que a la fijación del domicilio conyugal se refiere, el actual art. 70 C.c., de acuerdo con el deber de convivencia impuesto por el art. 68 C.c., establece la necesidad de que los cónyuges fijen “*de común acuerdo*” (expreso o tácito) el domicilio y, en caso de discrepancia, resolverá el Juez en beneficio de la familia (por tanto, también de la mujer), razón por la cual el art. 64 LEC-1881, que disponía que “*el domicilio de las mujeres casadas, que no estén separadas legalmente de sus maridos, será el que éstos tengan*”, desapareció en la LEC-2000. En definitiva, como puede comprobarse, hoy la mujer conserva, en el seno de la familia, su propio estatuto.

En relación a la mayor sanción de la infidelidad de la mujer respecto a la cometida por el marido tan diferentemente castigadas una y otra al bastar una única infidelidad de la mujer para ser sancionada, mientras que la del marido debía serlo “*con escándalo público o menosprecio de la mujer*”, y piénsese que los adulterios eran (y siguen siéndolo o, al menos, se intenta que lo sean) silenciosos o clandestinos, el derogado art. 82 C.c., al tratar de la separación matrimonial expresaba: “*Son causas de separación: 1ª) ... la infidelidad conyugal...*”, debiéndose entender, por tanto, que el deber de fidelidad era (y sigue siendo) exigido por igual a ambos cónyuges y sin sesgos diferenciadores, los cuales, como es sabido, tuvieron asimismo su reflejo en el Derecho Penal, castigándose en todo caso el adulterio de la esposa y el del marido cuando “*notoriamente tuviese manceba fuera del domicilio conyugal*”, si bien aquéllos hoy han desaparecido con la despenalización del adulterio.

En lo que atañe a los derechos y obligaciones de los cónyuges en sus relaciones personales, el actual art. 67 C.c., redactado conforme a la Ley 13/2005, de 1 de julio, reza que “*los cónyuges deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia*”. Por consiguiente, respeto y ayuda o socorro mutuos, pero, ¿a qué se refiere nuestro legislador con la obligación de los cónyuges de *actuar en interés de la familia*?

No lo especifica en ningún momento el legislador y debiera hacerlo, puesto que la indeterminación del contenido de dicha expresión podría abrir una vía de justificación de ciertas discriminaciones encaminadas a obligar a la mujer a soportar determinadas actuaciones individuales del marido que pueden perjudicarle relegándola a un segundo plano que no le corresponde. El principio de actuación en interés familiar debe ser freno para la actuación individual de cada cónyuge y orientación para la conjunta, debiendo alcanzar, por tanto, su juego práctico cuando los Jueces y Tribunales hayan de dirimir el carácter de determinadas actuaciones de los esposos. Se hace preciso, pues, dada la ambigüedad jurídica de los términos legales empleados, que la jurisprudencia llene de contenido concreto el principio de actuación *en interés de la familia*, de modo que ello permita conectar adecuadamente con la realidad y evite caer en las mismas actuaciones y hábitos practicados antes de que lograra proclamarse la tan deseada igualdad conyugal.

---

<sup>22</sup> Vid. la reciente STS de 14 de septiembre de 2009 (RJ 2009, 4445), en la que se plantea la cuestión de la fijación de la vecindad civil que ostentaba la causante en el momento de su fallecimiento, a los efectos de determinar la ley que había de regir su sucesión, si la navarra que habría adquirido en virtud del principio de unidad familiar, establecido en el entonces vigente art. 14 C.c., o si la catalana, por ser ésta la del lugar de residencia.

<sup>23</sup> Vid. Disp. Trans. de la Ley 11/1990, de 15 de octubre.

Debemos destacar la introducción en el art. 68 C.c. por la Ley 15/2005, de 8 de julio, del deber conyugal de “*compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo*”. Al respecto, tan sólo subrayaremos las buenas intenciones de un legislador que peca de una extraordinaria ingenuidad, puesto que, de un lado, la igualdad de los esposos en las tareas del hogar sigue siendo, en la mayoría de los casos, una asignatura pendiente, además de que su incumplimiento no tiene trascendencia jurídica alguna tras la desaparición de las causas de separación y divorcio; y, de otro, que el 76,3% de las personas identificadas como cuidadoras principales de otras en situación de dependencia son mujeres<sup>24</sup>, esto es, 3 de cada 4 cuidadores principales son mujeres, situación ésta que, sin lugar a dudas, repercute en su salud, en su vida económica, laboral, social y emocional, en definitiva, en su calidad de vida<sup>25</sup>.

Así, con todo, ha de afirmarse que las cosas han cambiado considerablemente para la mujer casada. Las sucesivas reformas del C.c. han supuesto la desaparición de los vínculos patriarcales y autoritarios y la configuración de un nuevo grupo familiar de base asociativa sustentado en un principio de plena igualdad jurídica de los cónyuges -art. 32.1º CE y art. 66 C.c.-.

De acuerdo con ello y a nuestro juicio, hoy puede seguirse hablando de *unidad familiar*, pero en un sentido bien diverso, esto es, en cuanto cohesión de la familia que ha de manifestarse en el orden efectivo, interno y sustancial, no en el externo y formal en el que aquella expresión era entendida hasta no hace mucho y que obligaba a muchas mujeres a soportar su degradada postergación en todos los aspectos en aras de tan sagrada *unidad*. Se trata, a nuestro modo de ver, de una unidad interna que, en el caso de quebrarse, nada puede obligar a la mujer a mantener una vida no deseada (por tanto, aprender a sobrevivir) permaneciendo al lado de un hombre que la considera a él subordinada y dependiente en cuanto a su destino, ni siquiera un pretendido *interés de la familia*, porque *familia* también es ella, pudiendo llegar a ser el suyo el *interés familiar más necesitado de protección*, por mucho que la sociedad exija a toda costa (más exactamente, a costa de la infelicidad de la mujer), la estabilidad de la institución familiar.

## **B).- Esfera patrimonial: la supresión de la licencia marital y la equiparación patrimonial de los cónyuges**

La Ley de 1975<sup>26</sup> estuvo regida por el principio según el cual el matrimonio no restringía la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges y, en su virtud, hizo desaparecer la autoridad marital, lo cual llevaría aparejado, entre otras cosas, la eliminación del deber de obediencia, la extinción del sistema de licencia o beneplácito marital necesario para actuar la esposa en la esfera de sus derechos y la mención del art. 1263.3º C.c. que impedía que la mujer pudiese prestar consentimiento, precepto que la propia Exposición de Motivos de la

---

<sup>24</sup> Cifra extraída de la Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y situaciones de Dependencia – EDAD- del INE de noviembre de 2008, la cual puede consultarse en [www.ine.es/prensa/np524.pdf](http://www.ine.es/prensa/np524.pdf).

<sup>25</sup> V., con mayor detalle, VIVAS TESÓN, I.: “Mujer y discapacidad”, en *Investigación y Género. Avances en las distintas áreas del conocimiento*, Universidad de Sevilla, 2009, pp. 1469-1487 y acerca de la discapacidad, nuestros recientes trabajos VIVAS TESÓN, I. (2009): *La protección económica de la discapacidad*, Bosch, Barcelona y VIVAS TESÓN, I. (2010): *La dignidad de las personas con discapacidad: logros y retos jurídicos*, Difusión jurídica, Madrid.

<sup>26</sup> Vid. AAVV.: *Comentarios a las Reformas del Código civil. El nuevo Título Preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975*, vol. II, Madrid, 1977.

Ley calificaría nada más y nada menos que de “vejatorio”, ya que “asimilaba a la mujer a quienes física y psíquicamente carecen de los presupuestos normales de la capacidad” y, en conformidad con ello, se establecería que ninguno de los cónyuges podía atribuirse la representación del otro sin que le hubiera sido conferida voluntariamente<sup>27</sup>.

Sin embargo, el legislador de 1975 siguió atribuyendo, salvo estipulación en contrario, la administración de los bienes gananciales al marido, lo cual era un auténtico contrasentido, pues dicha Ley suprimió el deber de obediencia en el terreno personal y licencia marital para los actos relacionados con los bienes propios de la mujer, logro con el que choca frontalmente el hecho de mantener la vigencia de la autoridad marital en la esfera patrimonial de la sociedad conyugal. Parece que el legislador prefirió posponer la participación de la mujer en la gestión patrimonial a una revisión más profunda del Derecho de Familia, pues la acometida en 1975 era “prudente” y limitada a las “necesidades de carácter más apremiante” como expresa la propia Exposición de Motivos de la mentada Ley.

A dicho resquicio de jefatura familiar del marido ha de sumarse el papel secundario que la Ley de 1975 seguía asignándole a la mujer casada a la que contemplaba enclaustrada en una convivencia familiar *intra muros*, reconociéndosele únicamente su labor doméstica; era sólo el marido quien trabajaba, esto es, quien trabajaba fuera de casa, por tanto, la única fuente de ingresos, mientras que la esposa desempeñaba una labor doméstica no remunerada, lo cual no servía en absoluto para acreditar una credencial de poder por su parte, por ello que se le confiriese una denominada *potestad doméstica* o *derecho o poder de las llaves* sobre los asuntos de la vida ordinaria del hogar (*vgr.* incumbencias de alimentación, vestido, educación, menaje, entretenimiento, transporte, suministros corrientes, reparaciones ordinarias, limosnas, donativos de vestidos o muebles usados, etc.), con la buena intención, pero insuficiente e hipócrita (el lastre discriminador que en la reforma latía era inconcuso) de concederle una cierta autonomía o independencia con respecto al absorbente poder familiar del marido<sup>28</sup>.

La total equiparación patrimonial de la mujer y el hombre en el matrimonio no llegaría, como ya hemos anunciado, hasta la reforma de los regímenes económicos conyugales y de la mano del legislador democrático. Ello acontecerá en mayo de 1981 a través de una Ley que instaura un sistema de libertad de pacto, como establece el art. 1315 C.c. al disponer que el régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen *ex voluntate* en capitulaciones matrimoniales, en cuyo defecto se impone un régimen legal supletorio, que es, en Derecho Común, el de sociedad de gananciales, según establece el art. 1316 C.c. y, en el caso de que los contrayentes hubieran otorgado capitulaciones con el único fin de excluir precisamente la sociedad de gananciales pero sin determinar ningún otro régimen, el art. 1435.2º C.c. dispone que regirá entre ellos el de separación de bienes.

El principio de libertad de estipulación capitular del régimen económico matrimonial encuentra ciertos límites o frenos, cuales son, de un lado, las genéricas cortapisas contenidas en el precepto general de la autonomía de la voluntad, el art. 1255 C.c. y, de otro, las restricciones específicas a las que alude, especialmente en esta sede, el art. 1315 C.c. al remitirse al art. 1328 C.c., a tenor del cual “*será nula cualquier estipulación*

---

<sup>27</sup> V. COSSIO Y CORRAL, A. DE: “La potestad marital”, en *ADC*, 1948-I, pp. 15-45; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN: “Capacidad de la mujer casada y economía conyugal”, cit., pp. 859-873; LACRUZ BERDEJO: *El nuevo Derecho Civil de la mujer casada*, cit., pp. 47 y ss. y GOMEZ LAPLAZA, C. (1977): “Supresión de la licencia marital”, en *ADC*, pp. 337-395.

<sup>28</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L. (1963): *La potestad doméstica de la mujer casada*, Barcelona.

*contraria a las leyes y las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda (rectius, corresponde) a cada cónyuge”.*

La restricción de las leyes ha de entenderse, lógicamente, a las leyes imperativas y dispositivas no desplazadas por los cónyuges, en tanto que el límite de las “*buenas costumbres*” alude al standard ético-social de comportamiento, siendo ambos conceptos indeterminados que, por consiguiente, reclaman urgentemente la fijación judicial de un contenido concreto y actual, de lo contrario esas *buenas costumbres* serán, sin lugar a dudas, definitivamente masculinas y, por tanto, constituirán un portillo abierto a las habituales prácticas subordinantes y discriminatorias de la mujer, si bien ello, a nuestro juicio, pugna directamente con la siguiente limitación a esta libertad de pacto que es, precisamente, la igualdad de derechos que corresponde a cada uno de los cónyuges, recogido asimismo en el art. 66 C.c. en desarrollo del mandato constitucional de igualdad contenido en los arts. 1.1º, 9.2º, 14 y, más concretamente, 32.1º CE, con lo que se rompe explícitamente con la tradición anterior distinguida por la deprimida y deprimente posición de la mujer en el matrimonio.

Vemos, pues, cómo la igualdad de los cónyuges se ha concretado en una auténtica cortapisa a la autonomía de la voluntad de los mismos, imposibilitando todo pacto restrictivo de dicha igualdad jurídica, la cual ha de ser considerada, por encima de todo, como principio operante en todo el Derecho de Familia y uno de los criterios rectores fundamentales del actual sistema económico matrimonial.

De conformidad con ello, hoy, de un lado, no existe una representación forzosa de un cónyuge por el otro, representación que ha de ser conferida, legal o voluntariamente para que pueda ser efectiva, y, de otro, los cónyuges pueden relacionarse económicamente con terceros y entre sí de la misma forma que lo hacían antes de contraer matrimonio, puesto que el matrimonio no restringe en ningún caso su capacidad de obrar.

Para organizar la dinámica patrimonial del matrimonio existen, como es sabido, los regímenes económicos conyugales de la sociedad de gananciales (arts. 1344 a 1410 C.c.), separación de bienes (arts. 1435 a 1444 C.c.) y de participación (arts. 1411 a 1434 C.c.). A efectos prácticos, ¿cuáles son las ventajas e inconvenientes que para la mujer presentan estos tres regímenes?

En nuestra opinión, el régimen de gananciales, en el que hay tres patrimonios implicados entre los que existen relaciones de crédito/débito y titularidad y que son los dos privativos de los cónyuges y el ganancial o común, que integrado por bienes de los que existe una gestión conjunta y que serán atribuidos por mitad a cada cónyuge al disolverse la sociedad, está al servicio de la atención de las necesidades de la familia, presenta una enorme ventaja en favor de los acreedores particulares de cada consorte para conseguir el cobro de sus créditos, además de ser un régimen patrimonial equitativo en el caso de existir un desequilibrio económico entre ambos cónyuges, como será el caso de la mujer soltera que, sin patrimonio alguno, se casa y, como se espera de ella, dada la división sexual del trabajo tradicionalmente establecida, se dedica exclusivamente a las tareas del hogar.

En el de separación de bienes, al conservar cada cónyuge la titularidad de los bienes que le pertenecen en el momento de contraer matrimonio así como la de todos los adquiridos con posterioridad, respecto de los cuales tienen plena autonomía patrimonial en su administración, disfrute y disposición, si bien existen ciertas limitaciones en aras de la protección

familiar sin implicar ello la existencia de un patrimonio común, parece el régimen más idóneo para garantizar la plena capacidad y la igualdad de los cónyuges, aunque ello puede llegar a ser injusto para el cónyuge (que hasta ahora ha sido siempre la mujer) que, careciendo de patrimonio inicial o siendo éste mínimo, haya colaborado en el desarrollo e incremento del patrimonio del otro, por ejemplo, con trabajos no retribuidos desempeñados en un negocio o, sencillamente, con la dedicación exclusiva al hogar, además de hacer más difícil la situación de los terceros que han contratado con los cónyuges en orden a la garantía patrimonial de su crédito, pues, en principio, sólo responde el patrimonio del cónyuge contratante. De todos modos, este régimen de separación presenta algunas ventajas, como el deseo o necesidad de independencia o en caso de existencia de hijos de un matrimonio anterior y en las situaciones de crisis matrimonial. Sea como fuere, es el régimen legal supletorio en Cataluña y Baleares.

En cuanto al régimen de participación, que es convencional al regir la economía del matrimonio sólo cuando así haya sido pactado por los cónyuges en capitulaciones matrimoniales, de modo que no es supletorio, como lo son los otros dos regímenes que acabamos de ver, se trata de conjuntar las ventajas de la separación absoluta (independencia de los cónyuges, como si fueran solteros) de titularidades y responsabilidad con las de la comunidad (solidaridad económica entre ellos y compensación al trabajo prestado en el hogar); en él cada cónyuge adquiere derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte durante el tiempo en que dicho régimen haya estado vigente, más precisamente, la participación no se produce en las ganancias sino en la diferencia entre las ganancias de uno y las del otro cónyuge, existiendo, pues, dos etapas: una, constante matrimonio, de separación económica (de ahí que se apliquen las normas de la separación de bienes *ex art. 1413 C.c.*) y otra, al extinguirse el régimen, de participación en el mayor beneficio o ganancia conseguido por el otro, lo cual, desde un punto de vista de la solidaridad conyugal, de compartir al máximo cada esposo el destino del otro en lo económico, el régimen de participación resulta muy ventajoso.

Común a todos ellos lo es el ya mencionado régimen económico primario contenido en los arts. 1318 a 1324 C.c. y aplicable a todos los matrimonios, cualquiera que sea el régimen (de comunidad o de separación) que rija su economía. Del conjunto de las normas que lo integran destacamos, de manera sucinta, aquéllas que puedan aquí interesar especialmente: derecho de ambos cónyuges para obtener *litis expensas* en caso de carecer de bienes propios suficientes, no, por tanto, sólo de la mujer (art. 1318.3º C.c.); la potestad doméstica se atribuye indistintamente a cualquiera de los esposos, no, por tanto, en exclusividad a la mujer, quien no tiene por qué ser la persona a quien se encomiende la gestión del hogar (art. 1319 C.c.); se reconoce un denominado *derecho al hogar*, derecho familiar no patrimonial absolutamente necesario para la mínima estabilidad de la convivencia conyugal, que exige el doble consentimiento para cualquier acto de disposición de la vivienda habitual o del ajuar, quien quiera que sea el cónyuge titular del derecho sobre los mismos, no siendo, por tanto, posible que un cónyuge (casi siempre, el marido) deje al otro en la calle o en una casa sin amueblar (art. 1320 C.c.); régimen genérico de administración y disposición conjuntas en el que las voluntades de los cónyuges actúan en pie de igualdad, no, por tanto, supremacía del marido para estos tipos de actos en los que éste tiene la iniciativa con exigencia de asentimiento de su mujer para ciertas enajenaciones importantes (art. 1322 C.c.); por último, el marido y la mujer pueden celebrar contratos entre sí (art. 1323 y, en sede de compraventa, art. 1458 C.c.).

Nos detenemos ahora unos instantes en una cuestión que nos parece de sumo interés.

Hemos tenido la oportunidad de constatar cómo a la mujer, en el pasado, se le negaba toda capacidad de decisión en su matrimonio por el mero hecho de que, dada la sagrada unidad familiar fundada en una específica división del trabajo, se le atribuían, sin más, las labores domésticas, lo cual le impedía tener cualquier pretensión de poder. Aparte de que las cosas, desde la perspectiva legal, han cambiado paladinamente, nos damos cuenta de que, desde un prisma sociológico, hoy día, ambos cónyuges prestan un trabajo exterior y remunerado. La mujer ha salido de lo privado o doméstico, ámbito donde la cultura dominante la ha situado desde siempre; la participación laboral de la mujer casada es hoy cada vez mayor, si bien constituye una innegable realidad el grado de discriminación que está obligada a afrontar por la inferioridad de su posición laboral al presuponerse su inferioridad física o su mayor vocación (u obligación) hacia las tareas familiares, tema éste cuyo análisis, dado su enorme interés, desbordaría nuestro estudio y que nos obliga a conformarnos aquí con su mero apunte.

Hombre y mujer trabajan fuera del hogar; para entendernos, ambos traen dinero a casa, lo que supone que la dirección o rectoría del consorcio conyugal no puede seguir imputándose en exclusividad al marido, sino que, justamente, ha de ser distribuida entre los dos esposos. Sin embargo, hoy por hoy, y pese al deber conyugal de compartir las responsabilidades domésticas introducido en el art. 68 C.c. por la Ley 15/2005, de 8 de julio, siguen siendo muy frecuentes los casos en los que es la mujer quien realiza las tareas del hogar (exclusiva o conjuntamente al trabajo extradoméstico, en cuyo caso, la compatibilización de ambos trabajos produce una enorme tensión a la que se ve sometida y en la que, en la práctica, no se repara en absoluto), sin vacaciones, sin fines de semana y sin retribución alguna.

Al respecto, el legislador moderno dio un paso adelante tomando conciencia del problema y empezando, si bien de forma muy parca, a valorar el *quantum* económico o dinerario del trabajo doméstico prestado por la esposa, lo que contrastaba indudablemente con su irrelevancia social retributiva. De este modo, en la reforma del C.c. de mayo de 1981 se contempló la valoración del trabajo doméstico a propósito de la regulación del régimen de separación de bienes, en su art. 1438 y del de participación, en su art. 1413 por remisión a aquél, pero, curiosamente (¿deliberadamente?), no en relación al régimen patrimonial imperante en el territorio de Derecho Común que es, como se sabe, la sociedad de gananciales, si bien es una circunstancia a tener en cuenta, junto a otras, para la fijación de la cuantía de la compensación que contempla el art. 97 C.c.

El mérito del art. 1438 C.c. radica en que no sólo ese *quantum* se computa para compensar las obligaciones que pesan sobre la mujer de contribuir a las cargas del matrimonio, sino que da también derecho a obtener una compensación para cuando acontezca la extinción del régimen de separación o participación en su caso. Loable norma, pero téngase en cuenta que serán poco frecuentes los supuestos en los que los cónyuges convengan el régimen de separación de bienes cuando sólo uno de ellos reciba ingresos por su trabajo fuera del hogar.

El art. 97 C.c. (norma que se expresa en términos neutros pero que, sin duda alguna, tiene por sujeto a la mujer como beneficiaria principal de la pensión compensatoria)<sup>29</sup> considera

---

<sup>29</sup>Dicho precepto ha sido modificado por la Ley 15/2005, de 8 de julio, que introdujo la posibilidad de que la compensación consista en una pensión temporal, en pensión por tiempo indefinido o en una compensación pagadera como prestación única. Para un estudio más detallado, *vid.* REBOLLEDO

el trabajo y su posible retribución cuando concurran los presupuestos exigidos para la determinación del desequilibrio económico que da derecho a la compensación, los cuales son detallados en el propio precepto. Con dicha prestación (periódica o única) se trata de no dejar económicamente perjudicado al cónyuge que, durante los años de matrimonio, ha sacrificado su formación y su profesión, por atender el hogar y la familia, con el lucro cesante que ello conlleva y con la agravante de que, roto o disuelto el matrimonio, va a tener enormes dificultades (por su edad, por su falta de experiencia, por el desfase de formación, etc.) en su reincorporación al mercado laboral, sobre todo, si está a su cargo la custodia de los hijos. También hay casos en los que un cónyuge (en el 99%, la mujer) aporta trabajo no remunerado al negocio del otro cónyuge, lo cual puede que se materialice no sólo en los bienes concretos, sino también en el mayor prestigio y posibilidades profesionales del cónyuge beneficiado.

Se trata, pues, de compensar, con algo más que con la simple partición de bienes, a quien haya dedicado esfuerzos no remunerados en aras de la familia, por tanto, también del otro cónyuge, además de soportar desventajas inmerecidas, como la discriminación en el mercado laboral, de ahí que deba tenerse en cuenta la especial situación de vulnerabilidad en que la ruptura matrimonial deja a la persona, la cual, en muchas ocasiones, no es valorada justamente al partirse de presupuestos poco realistas, lo que ocasiona la insuficiencia de las cuantías compensatorias, de ahí la urgente necesidad de reforzarlas si no se quiere cometer la injusticia de dejar que sean las mujeres las que asuman los costes personales asociados a la dedicación al hogar y a la familia y que no llegan a ser adecuadamente compensados. La relación existente entre el inferior *status* económico de la mujer y la división del trabajo de acuerdo con los roles sexistas dentro del matrimonio conlleva que las carencias económicas de mujeres separadas y divorciadas y de los hijos que se encuentran bajo su custodia siguen siendo comparativamente mucho más altas que las de los hombres separados o divorciados y ello a pesar de la creciente incorporación al mercado laboral de la mujer, pues las mujeres siguen siendo las principales responsables del trabajo doméstico no remunerado, trabajen o no fuera del hogar. Aquí basta decir que se niega el mentado derecho si el cónyuge que reclama la compensación tiene un mayor patrimonio que aquél a quien se lo solicita, lo cual podrá ser efectivo en algunos casos en los que se atiende al trabajo doméstico desempeñado por la mujer, pero, en cambio, en otros se vuelve en su contra.

Representémos el siguiente supuesto: una mujer, al contraer matrimonio, deja el trabajo que realizaba siendo soltera para dedicarse a las tareas del hogar. Después de muchos años de matrimonio, éste se rompe, encontrándose en situación de desempleo y teniendo pocas posibilidades de acceder a un puesto de trabajo, ya por su edad, ya porque ha perdido los conocimientos profesionales que poseía con anterioridad al matrimonio. Si se debe determinar el desnivel económico de un cónyuge respecto al otro provocado por la crisis matrimonial para recibir la prestación económica compensatoria, podríamos decir que la mujer tendría derecho a la misma. Sin embargo, pensemos que, con igual dedicación a la descrita, la mujer, justo antes de producirse la separación o el divorcio, recibe una cuantiosa donación o una herencia, lo cual determinará que su patrimonio sea mayor al de su esposo, negándosele, en consecuencia, toda pretensión por desequilibrio económico y, por tanto, haciéndose caso omiso de su dedicación a la familia.

---

VARELA, A. L. (2005): "La compensación económica del art. 97 CC en la Ley 15/2005, de 8 de julio", en *Aranzadi civil*, núm. 3, pp. 2347-2367.

Como puede comprobarse, ni ésta ni la norma contenida en el art. 1438 C.c. solventan satisfactoriamente el problema expuesto y ello es debido, según creemos, a que la cuestión del reconocimiento del trabajo en el hogar se ha considerado de modo marginal, sin que se haya puesto seriamente en discusión el planteamiento de fondo, tal vez porque ello no ha convenido. Tal vez, en estos casos, pudiera darse entrada al remedio resarcitorio previsto por el art. 1902 C.c.<sup>30</sup>.

Pero la actuación de la mujer en la esfera del Derecho Privado no se agota con las relaciones jurídicas contempladas en el C.c.; hay otras, las previstas por el Derecho Mercantil, la vertiente comercial del Derecho Privado.

Hoy la mujer puede ser comerciante, no como en el pasado. El art. 6 del C. de c. disponía que la mujer casada mayor de 21 años podía ejercer el comercio sólo con la autorización expresa de su marido documentada en escritura pública e inscrita en el Registro Mercantil o tácita cuando la esposa ejercía el comercio con conocimiento de su marido, según presumía el art. 7, permiso para comerciar que, para colmo, el art. 8, declaraba eminentemente revocable.

Reformado el C.c., sobre todo en lo relativo al régimen económico matrimonial, le tocaba necesariamente al de Comercio, cuyo art. 12 establece que todo lo dispuesto en los artículos que le preceden se estima sin perjuicio de lo pactado en capitulaciones matrimoniales debidamente inscritas en el Registro Mercantil y, en defecto de pacto, los arts. 4 a 11 contienen el régimen legal supletorio, el cual tiene por fin facilitar el ejercicio del comercio por cualquiera de los cónyuges, eliminándose también aquí la vieja regla de la autoridad marital necesaria para que la mujer casada pudiera dedicarse al comercio<sup>31</sup>.

### **C).- Esfera filial: la patria potestad como función dual y el actual rol de la mujer como madre**

Como ya señalamos con anterioridad, la reforma en relación a las discriminaciones que debía padecer la mujer en relación con los hijos vendría de la mano de la Ley de 13 de mayo de 1981, Ley cuyo objetivo sería suprimir los vestigios del antiguo poder absoluto del *pater familias* y agilizar la administración y enajenación de los bienes del menor, estructurando la patria potestad como función dual del padre y de la madre y no prioritariamente del padre a quien, hasta entonces, se venía atribuyendo.

El legislador fue consciente de que la patria potestad subsidiaria de la madre suponía, además de una discriminación, un enorme distanciamiento de la norma respecto de la realidad que no podía seguir tolerándose, puesto que, de hecho, la patria potestad se ejercía conjuntamente por los dos progenitores, cuando no solamente por la madre, quien estaba más directa e intensamente en contacto con los hijos, ante la cómoda inhibición del padre, por ello que haya dispuesto en el nuevo art. 154 *ab initio* C.c. “*los hijos no emancipados están bajo la potestad de los padres*” (con anterioridad a la reforma de la Ley 13/2005 decía “*...del padre y de la madre*”).

---

<sup>30</sup> Acerca de la cuestión, *vid.* nuestro trabajo: “La tutela aquiliana de las relaciones intrafamiliares”, en *Hogar familiar y relaciones patrimoniales en la familia*, LASARTE ALVAREZ (dir.), Madrid, en prensa.

<sup>31</sup> *Vid.* Apdo. 7º de la Exp. de Mot. de la Ley de 2 de mayo de 1975.



Dispone el art. 170, pfo. 1º C.c. que “*el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial*”, esto es, en caso de que uno de los progenitores sea sancionado civilmente con la privación de la patria potestad o penalmente (vgr. el delito de abandono de familia de los arts. 226 y ss. del CP de 1995) en cuyo caso se extingue la patria potestad del padre incumplidor, quedando el otro como único titular de la misma, si bien no se trata ésta de una situación irreversible, ya que es posible la recuperación de la patria potestad cuando haya cesado la causa que motivó la sanción (art. 170, pfo. 2º C.c.)<sup>32</sup>.

La privación de la patria potestad sobre los hijos está estrechamente unida a la determinación de cuáles sean los derechos y, principalmente, los deberes y funciones del padre y de la madre inherentes a dicha institución jurídica, cuyo incumplimiento o cumplimiento defectuoso o desacertado y perjudicial para los hijos provocará tan radical sanción para el progenitor y tan importante medida de protección para los hijos<sup>33</sup>.

En ocasiones se enjuicia a la madre de acuerdo con las reglas que definen en la moral tradicional la conducta social y sexual propia de la mujer para determinar su aptitud para ejercer seria y responsablemente la patria potestad sobre sus hijos. Si, según tales reglas tradicionales, sólo puede ser *buena madre* la mujer que no trabaja fuera de casa o, si lo hace, subordina su trabajo externo a sus tareas domésticas y, además, ha de llevar una conducta sexual y moral que se atenga a los clásicos cánones de castidad y sacrificar su persona por el bien de sus hijos (razón ésta más que suficiente para no abandonar el hogar familiar aunque en él se vea sometida a constantes abusos), todo lo que no sea esto será una *mala madre* que podrá, por ello, ser privada de la patria potestad de sus hijos a causa del incumplimiento por parte de la misma de los deberes inherentes a la patria potestad.

En cuanto al padre, para decidir acerca de su aptitud para el ejercicio de la patria potestad de los hijos será preciso, de un lado, ponderar adecuadamente, llegado el caso, su conducta abusiva, violenta y criminal no sólo sobre los hijos sino también sobre la madre y, de otro, determinar el grado de interés en el cumplimiento de sus deberes como titular de la patria potestad.

Si bien de un rápido repaso por algunas resoluciones dictadas por nuestros tribunales puede vislumbrarse cierta discrecionalidad de los jueces en esta materia, se percibe una evolución muy favorable la hora de resolver este tipo de litigios y ello quizás sea debido a la justa valoración (por tanto, desprovista de todo prejuicio) que realizan del rol del padre y de la madre en la familia y en la sociedad. Ya no es *buena madre* la mujer que renuncia a

---

<sup>32</sup> Vid. REBOLLEDO VARELA, A. L. (1995): “La privación de la patria potestad”, en *Aranzadi Civil*, núm 1, pp. 51-78.

<sup>33</sup> Como señala la STS de 10 de noviembre de 2005 (RJ 2005, 7625), “*en efecto, sea desde la perspectiva de la interpretación restrictiva del precepto (Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de julio [RJ 1996, 6608] y 18 de octubre de 1996 [RJ 1996, 7507], entre otras), sea desde la exigencia de una interpretación que atienda prioritariamente al interés del menor (Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1992 [RJ 1992, 1271] y 31 de diciembre de 1996 [RJ 1996, 9223], entre otras), postulados ambos no incompatibles, la privación total o parcial de la patria potestad requiere la realidad de un efectivo incumplimiento de los deberes de cuidado y asistencia (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2000 [RJ 2000, 2982]) imputable de alguna forma relevante al titular o titulares de la patria potestad, juicio de imputación basados en datos contrastados y suficientemente significativos de los que pueda inducirse la realidad de aquel incumplimiento con daño o peligro grave y actual para los menores derivados del mismo*”.

su desarrollo profesional en aras de la crianza de los hijos y el cuidado del hogar por encima de su realización personal ni es *buen padre* el hombre que trae el dinero a casa, hecho que justifica su absoluta despreocupación por el cuidado de los hijos y la atención de sus necesidades. Pese a ello, y prueba de los intolerables resquicios o flecos que aún persisten en nuestro C.c. y que han de ser eliminados *in radice*, se sigue considerando como canon de la diligencia media al *buen padre de familia*, como si la *buena madre* no pudiera ser jamás modelo o patrón de comportamiento diligente a seguir. Por ello, nos parece más acertado el standard de la “*persona razonable*” (“*reasonable person*”).

Podemos concluir de todo lo dicho que debe ser, en todo caso, el interés del menor informante tanto de la restricción, suspensión o privación (solución más radical) de dicha patria potestad cuando sus titulares, por unas u otras razones, no asumen las funciones inherentes a ella o las ejercen con perjuicio para el descendiente, como de su mantenimiento, debiéndose atender debidamente al estado emocional del hijo y a las concretas circunstancias en que se hallen tanto hijos como padres, conforme prescribe el art. 170 C.c., que según interpretación doctrinal y jurisprudencial, más que una sanción al progenitor incumplidor implica una medida de protección del niño, y, por ende, debe ser adoptada en beneficio del mismo.

La igualdad entre el padre y la madre era lograda asimismo mediante la permisibilidad de la inversión del orden de los apellidos por parte del hijo, teniéndose en cuenta que la regla tradicional y la que rige por defecto es la de la primacía del apellido paterno sobre el materno. En cuanto ello pudiera envolver alguna discriminación lesiva para la mujer, el art. 109 C.c., redactado por la Ley de 13 de mayo de 1981 (y, posteriormente, por la Ley 40/1999, de 5 de noviembre) dispone en su último inciso que “*el hijo, al alcanzar la mayoría de edad, podrá solicitar que se altere el orden de sus apellidos*”, precepto éste que nos conduce a los arts. 53 a 62 LRC y 194 y ss. RRC<sup>34</sup>. Como tiene declarado la jurisprudencia registral, se trata de un derecho personalísimo de los hijos para invertir sus apellidos por virtud de su sola declaración de voluntad que únicamente puede ejercitarse por los mismos a partir de la mayoría de edad y por una sola vez, dada la estabilidad del estado civil y de los apellidos como signo de individualización de la persona (sin perjuicio de lograrlo en un segundo momento por la vía de un expediente de modificación de apellidos) y que, por consiguiente, no puede ser ejercitado antes en su nombre por los representantes legales de los menores de edad.

Alcanzada la trascendental mejora igualitaria recaída en torno a la patria potestad, desde 1981, la igualdad también caló hondo en las instituciones de guarda, completándose, así, la equiparación conyugal al corregirse la preferencia de la línea masculina sobre la femenina para el desempeño de los cargos tutelares pasándose a hablar siempre de *los padres*, como hacen los arts. 223, 234.2º y 291 C.c.

---

<sup>34</sup> El art. 58 LRC ha recibido nueva redacción por la Disp. Adic. 20ª de la LO. 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Al respecto, *vid.* MARTÍNEZ LÓPEZ-PUIGCERVER, A. (2008): “La mujer y sus apellidos: de la alegría de transmitirlos (Ley 40/1999), a la tristeza del cambio y pérdida de los apellidos de la mujer víctima de la violencia de un hombre (Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre)”, en *Diario La Ley* num. 6974, Año XXIX. Asimismo, el art. 53 LRC ha sido modificado por la Ley 13/2005, de 1 de julio.

### II.3.- La situación de la mujer en los supuestos de crisis matrimonial

La promulgación de la CE de 1978 ejerció una decisiva influencia en la posterior reforma legislativa del verano de 1981 reguladora de las situaciones de crisis matrimonial, en la cual se trataba de conjugar el interés de la familia y, especialmente, el de los más necesitados de protección, los hijos menores, con la igualdad y libertad de los esposos, por ello que encontremos en ella expresiones como *patria potestad compartida*, *interés del menor* o *interés familiar*.

Los conflictos matrimoniales terminan siempre en nulidad, separación (bien legal o judicial o bien, tras la reforma de 1981, de hecho) o divorcio.

Dejando aparte la nulidad del matrimonio, la cual opera en virtud de defectos estructurales producidos *ab origine* en la celebración del mismo y se funda en alguna de las causas que se contienen en el art. 73 C.c., centrándonos en la crisis matrimonial, un avance legislativo de suma importancia lo es, sin duda, la Ley 15/2005, de 8 de julio, que, en aras de la máxima libertad en el matrimonio, ha eliminado la necesidad de concurrencia de causa para instar la separación o divorcio así como la del paso previo de la separación de hecho o judicial<sup>35</sup>, reconociendo *ex lege*, junto a la custodia monoparental, el modelo de tenencia compartida de los hijos<sup>36</sup>.

Tras la reforma del C.c. operada por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, el art. 159 C.c. no contiene ya preferencia alguna en cuanto a la atribución de la custodia de los hijos en favor de uno de los progenitores por razón de su sexo, ni de la madre ni del padre, si bien, con anterioridad, la norma disponía que “*si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, los hijos e hijas menores de siete años quedarán al cuidado de la madre, salvo que el Juez, por motivos especiales, proveyere de otro modo*”. Tal discriminación, lesiva para el padre, se fundaba en una realidad biológica y natural: la mujer se encontraba en mejores condiciones que el hombre para atender al cuidado de los hijos de corta edad<sup>37</sup>. Sin embargo, si nos adentramos un poco más en lo así dispuesto, podemos comprobar que la preferencia materna en la tierna infancia de sus hijos se traducía en un ineludible deber (no sólo jurídico sino, lo que es peor, social) de la madre, en cuanto gestora del hogar, y en una mera facultad para el padre, que se encontraba en una cómoda posición.

Hoy, en cambio, han de ser atendidas las necesidades y bienestar del menor, si bien no deja de ser curioso que, a pesar de que la originaria inconstitucionalidad de la norma provocara el cambio de su tenor sobre la base del derecho a la igualdad con primacía del interés del menor, se detecte aún un cierto automatismo en la aplicación, por parte de nuestros

---

<sup>35</sup> Vid. LASARTE ALVAREZ, C. (2005): “Merecido adiós al sistema causalista en las crisis matrimoniales”, en *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 655, pp. 10-12.

<sup>36</sup> Acerca del régimen de guarda y custodia compartida, *vid.* nuestro trabajo “La guarda y custodia compartida de los hijos en la práctica judicial más reciente”, en *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del Siglo XXI (Jornadas Internacionales sobre las Reformas del Derecho de Familia. Ponencias y Comunicaciones, Madrid, 27-29 junio 2005)*, LASARTE ÁLVAREZ, C. (dir.) y DONADO VARA, A./MORETÓN SANZ, M<sup>a</sup> F. y YÁÑEZ VIVERO, F. (coords.), (2006), IDADFE, en coedición con la UNED y la edit. EL DERECHO, Madrid, pp. 753-760 y el más reciente de MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M<sup>a</sup> T. (2009): “Consecuencias personales y patrimoniales de la guarda y custodia compartida”, en *RDPat.*, núm. 22, pp. 75-106.

<sup>37</sup> De este modo, la corta edad del hijo fue determinante de la atribución de su guarda y custodia a la madre en la SAP de Valencia (Sección 10<sup>a</sup>) de 23 de mayo de 2005 (JUR 2005, 162705).

tribunales, del reformado art. 159 C.c., correspondiendo a la madre, en la mayor parte de los casos, quedar al cuidado cotidiano de los hijos, razón por la cual se percibe, en cierto modo, la perdurabilidad del rol social atribuido tradicionalmente a la mujer en su consideración de madre (insostenible en nuestros días, pues padre y madre se encuentran en pie de igualdad en cuanto a la custodia de los hijos, sin que pueda mantenerse la exclusividad materna de tales labores, como si la ternura, el cariño, la energía, la paciencia, o las habilidades domésticas fueran patrimonio exclusivo suyo), automatismo éste en la atribución de la custodia del menor a la madre que suele ocultarse tras el *favor filii* y que va en claro detrimento de su desarrollo personal, social y laboral como mujer.

Naturalmente, debe atenderse al interés del menor como más merecedor de protección, si bien se trata de un concepto vago e indeterminado cuya justa interpretación evitará todo prejuicio discriminatorio contra la mujer. Ante todo, en aras del *interés del menor*, habrá de definirse adecuadamente qué se entiende por *buena madre* y qué por *buen padre*, dejando a un lado de una vez los roles sociales tradicionalmente asignados a los dos progenitores<sup>38</sup>.

A título de ejemplo, debería concretarse, escrupulosamente, qué ha de entenderse por “*vida desordenada*”<sup>39</sup> o “*inapropiada*” de la madre<sup>40</sup>, sus “*aficiones a la vida nocturna*”<sup>41</sup> o “*costumbres poco aptas o poco compatibles con la guarda, crianza y educación de la menor*”<sup>42</sup>, expresiones todas ellas que asoman, con frecuencia, en las resoluciones de nuestras Audiencias Provinciales, como argumentos esgrimidos por el padre para conseguir la guarda y custodia de los hijos. En ocasiones, hemos detectado que sin apenas reflexionar mínimamente acerca del verdadero sentido de tales términos y sin tenerse en cuenta quién, hasta la fecha de la ruptura (del matrimonio o de la pareja de hecho), se había ocupado fundamentalmente del hijo y, por consiguiente, sin comprobarse si hasta el indicado momento había existido una despreocupación total del padre por el hijo, se ha atribuido a éste la guarda y custodia del menor<sup>43</sup>.

Desnudos tales conceptos de todo prejuicio, creemos que a la hora de decidir la capacidad de los padres en aras del interés del menor es necesario que el juez<sup>44</sup> tenga en cuenta varios

---

<sup>38</sup> En este sentido, la SAP de Guadalajara de 26 de enero de 1995 (AC 1995, 66) señala “*por lo que se refiere a su custodia ha de señalarse como principio rector el de el «favor filii» siendo siempre el interés del menor el que habrá de ponderarse para señalar la guarda y custodia a favor de uno u otro progenitor. El interés del menor pues único criterio a valorar habrá de concretarse a la luz de las circunstancias que concurren en los padres al objeto de determinar quién le va a asegurar de forma más favorable el cuidado, atención y equilibrio que el menor necesita sin olvidar tampoco la situación de igualdad en que «a priori» se encuentran el padre y la madre y sin que sea por sí solo el sexo determinante de mayor o mejor aptitud para ello que justifique su atribución*”.

<sup>39</sup> SAP. de AP de Lugo (Sección 1ª) de 9 enero y AP Barcelona (Sección 12ª) de 20 julio de 2007 (JUR 2007, 133402 y 284308, respectivamente).

<sup>40</sup> SAP de Barcelona (Sección 18ª) de 20 mayo 2002 (AC 2002, 1408).

<sup>41</sup> SAP. de Guadalajara de 26 de enero de 1995, ya citada.

<sup>42</sup> SAP de Cádiz (Sección 5ª) de 20 noviembre 2002 (JUR 2003, 72400).

<sup>43</sup> En la SAP. de Álava de 23 de enero de 1996 (AC 1996, 363) se atribuyó la guarda y custodia del hijo al padre, tras manifestar, en su declaración, el menor “*que se quiere quedar para siempre con su padre, que no quiere ver nunca a su madre porque le chilla... que piensa que su (madre) no le quiere... que se marcha por ahí con sus amigas... etc.*”.

<sup>44</sup> Según la STC de 1 de abril de 1982 (RTC 1982, 13), “*por lo que se refiere a la guarda y custodia de los hijos menores, ha de partirse de la consideración de la dificultad que para el Juzgador entraña la atribución de aquélla a uno u otro de los cónyuges. De ahí que se le faculte para actuar con una discrecionalidad que le permita adoptar la resolución que entienda más adecuada y beneficiosa para la protección de todos los derechos en conflicto*”. Acerca de la cuestión, *vid.* BERMÚDEZ

datos, entre ellos, quién de los dos hasta la fecha de la crisis matrimonial se ha ocupado día a día del cuidado (colegio, médicos, ropas, deberes, juegos, etc.) de los hijos, lo que hará presumir la mejor aptitud del progenitor al tiempo que revelará el posible daño psicológico que para éstos puede irrogar la atribución de su guarda y custodia al progenitor que se despreocupó de su crianza y educación, falta de dedicación que no podrá escudarse en la disponibilidad de tiempo necesario debida al trabajo fuera del hogar, pues, en la práctica, son las madres las que, a pesar de su trabajo fuera (y dentro) de casa, son las responsables principales del cuidado diario de la prole. Asimismo debe valorarse a estos efectos si el progenitor cuya capacidad trata el juez de valorar tiene un pasado de malos tratos a la madre o a los hijos antes o después de la separación, si paga con regularidad las pensiones y ejerce su derecho-deber de visitas o si ha intentado, de algún modo, manipular a los hijos en perjuicio de la estima que puedan tener hacia el otro progenitor (el conocido como “*síndrome de alienación parental*” –SAP-).

Como es sabido, en los supuestos de crisis de la pareja (matrimonial o no) en los que se desgaja la patria potestad, si a un cónyuge se le atribuye la guarda y custodia, al cónyuge no custodio le corresponde el derecho de comunicación, estancia y visita. Ambos padres siguen siendo titulares de la patria potestad, también el progenitor no conviviente o no custodio, lo que sucede es que será el que conviva con los hijos quien la ejerza, como señala el art. 156, pfo. 5º C.c., del que parece colegirse la imposibilidad de atribuir el íntegro ejercicio al progenitor no conviviente.

Ante todo, una precisión terminológica, mejor dos. Una, aunque para simplificar suele hablarse del *derecho de visita*, éste debe ser descompuesto en la visita o contacto personal entre progenitor e hijo, la comunicación, en el sentido de mantener correspondencia con el menor (postal, telefónica, etc.) y la estancia, más amplio que el de visita al implicar temporadas de convivencia (período de vacaciones y pernocta); otra, nos resulta poco adecuado, por pobre e insuficiente, el término *visitas*, pues con él parece hacerse referencia a una relación superficial o pasajera de mera amistad o cortesía, cuando, en realidad, lo que pretende nuestro legislador es que el progenitor mantenga una relación afectiva y profunda con sus hijos estando al corriente de la vida y educación que llevan no precisamente como mero *visitador*.

Esto dicho, el derecho de visita del cónyuge no custodio se debe a la imposibilidad de convivencia continuada con sus hijos provocada por la ruptura de su pareja y atribución de la guarda permanente al otro progenitor. Pero, ¿se trata de un simple derecho cuyo ejercicio es meramente facultativo para su titular? No nos lo parece. Más bien se trata de un derecho-deber, ya que no se trata sólo de un derecho que puede, a su libre albedrío, ejercer el cónyuge no custodio, sino que constituye un verdadero deber que ha de cumplirse forzosamente, de un lado, para con el cónyuge, con quien debe crearse un ambiente de colaboración entre las tareas y funciones que cada uno de ellos tiene atribuida y, de otro, para con los hijos, pues debe seguirse cultivando el mutuo afecto y trato entre éstos y el progenitor no conviviente que, pese a ello, sigue siendo titular de la patria potestad sobre ellos, lo que le obliga a ejercitar en plenitud las funciones inherentes a la misma (recuérdese que tiene la obligación de velar por sus hijos *ex arts.* 110, 111 y 154 C.c.), si bien esta idea del derecho-deber de visita no encuentra, desafortunadamente, explícito refrendo legal que así lo configure con absoluta claridad (el art. 160 C.c. sólo alude a su faceta de “*derecho*”), aunque parece que nuestros Tribunales se van haciendo

---

BALLESTEROS, S. (2001): “Criterios para la atribución y modificación de la guarda y custodia de los hijos en la práctica judicial”, en *Aranzadi Civil*, pp. 1859-1894.

eco de ella, pero exclusivamente en atención a los hijos, no, en cambio, hacia el cónyuge guardador de los mismos<sup>45</sup>.

Así, la Sentencia de la AP. de Huesca de 1 de junio de 1994<sup>46</sup>, en su FJ 2º, realiza las siguientes consideraciones en relación al derecho de visitas: *“El régimen de visitas y estancias del niño con cada uno de sus progenitores no debe entenderse como un compendio de derechos y obligaciones monolítico, ni ha de servir, pervirtiendo su finalidad, en una excusa o motivo para aflorar las tensiones y discrepancias de los padres y de los integrantes de su entorno familiar. Al contrario, el fin perseguido no es otro que el de facilitar a los hijos el contacto con su padre o madre natural, intentando, en la medida de lo posible, que no se produzca un desarraigo con el que no lo tiene habitualmente, procurando, con las peculiaridades inherentes a la situación surgida con la separación física de los padres, que no se produzcan carencias afectivas y formativas, de modo que pueda favorecerse un desarrollo integral de su personalidad. Este objetivo es el que, verdaderamente, ha de presidir la actuación de ambos progenitores en relación con las medidas de guarda y custodia, así como el régimen de visitas y estancias con uno u otro, por ello debe recomendarse que lo ejerzan con generosidad, adaptándose a las necesidades y deseos de sus hijos, con la mira puesta en su beneficio, sin olvidar que en este compromiso están incluidos también los integrantes de la familia, sobre todo si conviven juntos, pues la educación de los niños es una tarea que afecta a todas aquellas personas que tienen contacto con ellos. Lo dicho debe hacer reflexionar a los padres, quienes indudablemente sienten un gran cariño por su hijo, y modificar su actitud. Ha de conducirles a hacerse cargo de las necesidades afectivas del niño, guardándose de despreciar o minusvalorar delante de él al otro progenitor a quien quiere, porque eso le produce confusión y desasosiego y le lleva a reprimir sus lógicas y naturales muestras de afecto y agrado por hallarse en compañía de su padre o madre. El niño, pese a su excelente capacidad intelectual, no entiende, se le escapa la situación creada, no la domina y, debido a su edad, no está en condiciones de enfrentarse adecuadamente a ella. Es por ello que los adultos que le rodean han de esforzarse por hacerle comprender la importancia de sus contactos con ambos padres, y sin forzarle, mediante el consejo, facilitarle el cambio y la estancia con el padre, adaptándose a las circunstancias familiares y personales del niño, e incluso alterando, de mutuo acuerdo y convencidos de que es más beneficioso para el niño, el régimen que, como un mínimo indispensable, se ha establecido, por ejemplo favoreciendo los contactos durante la semana, después de cumplidas las obligaciones escolares, etc. Los padres han de intentar que su separación y sus disputas tengan la menor repercusión posible en sus relaciones con el hijo común”*.

De este modo, se pone muy bien de relieve en qué consiste el derecho de visitas, en definitiva, en la necesidad de intentar por parte de su titular que los vínculos afectivos sean lo más intensos posible, fomentándose la relación paterno-filial y la total normalización de la misma, con miras a lograr una adaptación progresiva del hijo a la idea de tener un progenitor con quien no convive, quien, además, puede, incluso, lo cual dificultará (pero

---

<sup>45</sup> Así lo avalan, entre otras, las SS. de la AP de Murcia de 29 junio 1994 (AC 1994, 1622), AP. de Alicante (Sección 4ª) de 19 de septiembre de 1997 (AC 1997, 1922), AP de Castellón (Sección 1ª) de 12 de febrero de 1998 (AC 1998, 462), AP de Almería (Sección 1ª) de 9 marzo de 1998 (AC 1998, 687) y AP de Barcelona (Sección 18ª) de 19 de julio de 2002 (JUR 2002, 270987). Al respecto, *vid.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (1994): “El derecho de visitas en la reciente *praxis* judicial”, en *Aranzadi civil*, pp. 145-168.

<sup>46</sup> AC 1994, 1025.

no imposibilitará) las cosas, haber constituido una nueva familia con otra persona, lo cual no podrá servirle de pretexto para desentenderse del hijo. Y ello es muy acertado, pero, en nuestra modesta opinión, debería hacerse mayor hincapié no sólo en las implicaciones del ejercicio del *deber* de visitas para con los hijos, sino también en el *deber* para con el otro progenitor, en concreto, el deber de colaborar con él en la crianza de aquéllos.

Junto a la custodia monoparental, el modelo de guarda compartida de los hijos está cada vez más presente en la praxis judicial<sup>47</sup>, en ocasiones, a nuestro entender, en exceso, puesto que se está atribuyendo, incluso, sin la concurrencia de los presupuestos básicos imprescindibles para su viabilidad real, principalmente, la voluntad de la voluntad de los padres, en aras del *favor filii*<sup>48</sup>. Además, en muchos casos, la solicitud judicial de guarda y custodia rotativa por uno de los progenitores que, hasta entonces, se despreocupaba absolutamente del cuidado de los hijos y que, a la hora de la ruptura muestra un repentino interés por estar con ellos, no enmascara más que una pura estrategia económica<sup>49</sup>.

## ANEXO BIBLIOGRÁFICO

AAVV. (1977): *Comentarios a las Reformas del Código civil. El nuevo Título Preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975*, vol. II, Madrid.

BERMÚDEZ BALLESTEROS, S. (2001): "Criterios para la atribución y modificación de la guarda y custodia de los hijos en la práctica judicial", en *Aranzadi Civil*, pp. 1859-1894.

BONET RAMON, F. (1962): *Los poderes dispositivos de la mujer casada en el Derecho común*, Madrid.

COSSIO Y CORRAL, A. de (1948): "La potestad marital", en *ADC*, I, pp. 15-45.

DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1975): "Capacidad de la mujer casada y economía conyugal", en *ADC*, pp. 859-873.

DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1983): "El principio de unidad jurídica de la familia y la nacionalidad", en *ADC*, pp. 691-701.

EGEA IBAÑEZ, R. (1969): "La administración por la mujer casada de los bienes parafernales", en *Estudios en honor del Profesor Castán Tobeñas*, vol. III, Pamplona, pp. 203-230.

---

<sup>47</sup> V. la reciente STS. de 11 de marzo de 2010 (JUR 2010, 95597).

<sup>48</sup> Conforme a una visión realista del modelo de guarda y custodia compartida (ideal, sin lugar a dudas, pero no sólo tras la ruptura sino también antes), del borrador del Anteproyecto de Reforma del Libro II del Código civil de Cataluña se ha suprimido que dicho régimen sea "*preferente*" para los jueces cuando haya ruptura sin acuerdo entre los padres.

<sup>49</sup> V. VIVAS TESÓN, I. (2006): "La guarda y custodia compartida de los hijos en la práctica judicial más reciente", en *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del Siglo XXI (Jornadas Internacionales sobre las Reformas del Derecho de Familia. Ponencias y Comunicaciones, Madrid, 27-29 junio 2005)*, LASARTE ÁLVAREZ, C. (dir.) y DONADO VARA, A./MORETÓN SANZ, M<sup>a</sup> F. y YÁÑEZ VIVERO, F. (coords.), IDADFE, en coedición con la UNED y la editorial EL DERECHO, Madrid, págs. 753-760.

GAYA SICILIA, R. (1991): "Crónica breve e incompleta a propósito de la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo", en *ADC*, pp. 251-267.

GOMEZ LAPLAZA, C. (1977): "Supresión de la licencia marital", en *ADC*, pp. 337-395.

LACRUZ BERDEJO, J. L. (1963): *La potestad doméstica de la mujer casada*, Barcelona, 1963.

LACRUZ BERDEJO, J. L. (1975): *El nuevo Derecho Civil de la mujer casada*, Madrid, 1975.

LASARTE ALVAREZ, C. (1983): "La equiparación entre hombre y mujer en la Constitución", en *La Ley*, núm. 2, pp. 1126-1129.

LASARTE ALVAREZ, C. (2005): "Merecido adiós al sistema causalista en las crisis matrimoniales", en *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 655, pp. 10-12.

LOZANO SERRALTA, M. (1951): "La pérdida de la nacionalidad", en *REDI*, pp. 521-555.

LOZANO SERRALTA, M. (1953): "La nacionalidad de la mujer casada", en *Información Jurídica*, T. VI, pp. 567-593.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M<sup>a</sup> T. (2009): "Consecuencias personales y patrimoniales de la guarda y custodia compartida", en *RDPat*, núm. 22, pp. 75-106.

MARIN LOPEZ, A. (1976): "La nacionalidad de la mujer casada en Derecho Español", en *REDI*, vol. XXIX, núms. 2- 3, pp. 397- 417.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (1994): "El derecho de visitas en la reciente praxis judicial", en *Aranzadi civil*, pp. 145-168.

MARTINEZ SARRION, A. (1966): "La mujer casada y la disposición de sus bienes", en *RCDI*, II, pp. 985-990.

MULLERAT BALMAÑA, R. M<sup>a</sup> (1975): "La influencia del matrimonio en la nacionalidad de la mujer", en *RJC*, núm. 4, pp. 787-801.

REBOLLEDO VARELA, A. L. (1995): "La privación de la patria potestad", en *Aranzadi Civil*, núm. 1, pp. 51-78.

REBOLLEDO VARELA, A. L. (2005): "La compensación económica del art. 97 CC en la Ley 15/2005, de 8 de julio", en *Aranzadi civil*, núm. 3, pp. 2347-2367.

VIVAS TESÓN, I. (1999): junto con RUBIO MARÍN, R./HERRERA MORENO, M.: *La situación de la mujer en el Derecho Civil en Igualdad y mujer: las normas y su aplicación (1988-1998)*, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, vol. III, pp. 299-398.



VIVAS TESÓN, I.: (2005): “Un breve apunte civil acerca de la situación de la mujer casada”, en *Perspectivas del Derecho de Familia en el siglo XXI (XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia. Conferencias, ponencias e informes publicados)*, LASARTE ÁLVAREZ, C. (dir.) y DONADO VARA, A./MORETÓN SANZ, M<sup>a</sup> F. y YÁÑEZ VIVERO, F. (coords.), IDADFE, Madrid.

VIVAS TESÓN, I. (2006): “La guarda y custodia compartida de los hijos en la práctica judicial más reciente”, en *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del Siglo XXI (Jornadas Internacionales sobre las Reformas del Derecho de Familia. Ponencias y Comunicaciones, Madrid, 27-29 junio 2005)*, LASARTE ÁLVAREZ, C. (dir.) y DONADO VARA, A./MORETÓN SANZ, M<sup>a</sup> F. y YÁÑEZ VIVERO, F. (coords.), IDADFE, en coedición con la UNED y la editorial EL DERECHO, Madrid, pp. 753-760.

VIVAS TESÓN, I. (2008): “La legge spagnola per la parità effettiva tra gli uomini e le donne: una breve rassegna legislativa” en *La dimensione di genere nel lavoro: scelte o vincoli nel quotidiano femminile*, a cura di Rita BIANCHERI, Pisa, pp. 71-80.

VIVAS TESÓN, I. (2009): *La protección económica de la discapacidad*, Bosch, Barcelona.

VIVAS TESÓN, I. (2009): “Mujer y discapacidad”, en *Investigación y Género. Avances en las distintas áreas del conocimiento*, Universidad de Sevilla, pp. 1469-1487.

VIVAS TESÓN, I. (2010): “De la discriminación a la tutela de la mujer en el Derecho civil: panorámica y notas críticas a la luz de las políticas y acciones positivas de la Ley Orgánica 3/2007”, en *Discriminación por edad y sexo (retos pendientes del Estado social)*, LASARTE, C. y CRESPO, M. (Dir.), MORETÓN, M<sup>a</sup> F. (coord.), Colex, Madrid.

VIVAS TESÓN, I. (2010): “El aborto en el Ordenamiento jurídico español: la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, La Ley, Buenos Aires.

VIVAS TESÓN, I. (2010): *La dignidad de las personas con discapacidad: logros y retos jurídicos*, Difusión jurídica, Madrid.

VIVAS TESÓN, I. (en prensa): “La tutela aquiliana de las relaciones intrafamiliares”, en *Hogar familiar y relaciones patrimoniales en la familia*, LASARTE ALVAREZ (Dir.), Madrid.

VIVAS TESÓN, I. (en prensa): “La mujer en el Derecho civil del Siglo XXI”, en *Estudios de Derecho privado: persona, propiedad y empresa*, Valencia.

