

SOBRE EL MODELO JURÍDICO DEL GRUPO FAMILIAR EN EL SIGLO XIX

ENRIQUE GACTO
Universidad de Murcia

Hace quince años, con motivo de la celebración de un aniversario jubiloso en su vida, le dediqué a Martínez Gijón en esta Revista unas páginas inicialmente escritas para formar parte de una Historia del Derecho privado español “ilusionadamente planificada en común” y que, por azares de la vida académica, como entonces dije, nunca llegaría a escribirse. Se las ofrecía “con nostalgia y con afecto; con la nostalgia desde la que se recrea siempre el tiempo pasado, y con el afecto entrañable hacia un maestro indulgente que nunca me escatimó su ayuda, su amistad y, sobre todo, su comprensión”.

La desgracia irremediable de su muerte me ha empujado ahora otra vez a la vieja carpeta para seleccionar uno de los esquemas más desarrollados, cuatro folios de diagramas y apuntes vistos por él, y devueltos con observaciones y sugerencias marginales, como tenía por costumbre. Sobre este material, con una indefinible sensación de cercanía que, sin embargo, acentúa paradójicamente el desconsuelo de su ausencia, escribo estas páginas, dirigidas a destacar muy sintéticamente algunos de los criterios generales que, en el último tercio del siglo XIX, sirvieron de base al modelo de familia que aparecería diseñado en nuestro Código civil, y que ha perdurado sin apenas transformaciones hasta fechas relativamente recientes.

* * *

1. Lo primero que conviene destacar es que este modelo descansaba sobre una tradición centenaria, lo que no deja de ser lógico si tenemos en cuenta que las instituciones familiares, como manifestaciones sociales con vocación de estabilidad, forman parte de esos fenómenos de larga duración cuya lentitud evolutiva nos transmite una apariencia de quietud y de permanencia que parece excluir la posibilidad de cambios. No obstante lo cual, naturalmente, esta impresión de inamovilidad es engañosa, porque los cambios se producen, aunque sólo sea posible percibirlos muy de tarde en tarde.

En relación con lo que ahora nos interesa, la imagen de la familia había experimentado un último cambio definitivo en algunos territorios españoles a finales de la baja Edad Media, cuando los principios del Derecho romano cristiano empezaron a desplazar a las viejas concepciones y soluciones altomedievales. Así ocurrió, por ejemplo, en Cataluña y en Castilla.

2. En este último reino, las Partidas recogieron con absoluta fidelidad la regulación jurídica de la familia implantada por Justiniano. Y desde 1348, fecha de su entrada en vigor, forcejearon durante bastante tiempo con un Derecho de familia muy diferente, un Derecho tradicional, recogido en los Fueros, técnicamente más imperfecto

pero todavía fuertemente arraigado entre la población española, por virtud de esa vocación de permanencia a que me acabo de referir. Sólo en 1505 las Leyes de Toro, de forma un tanto paradójica, alcanzan a establecer una solución de compromiso que abriría el camino a la rápida y definitiva aceptación del sistema jurídico romano; de forma un tanto paradójica porque lo que hicieron las Leyes de Toro fue derogar el contenido de las Partidas en determinados puntos concretos del derecho de filiación y de sucesiones, confirmando en esos puntos la vigencia de las tradiciones castellanas, lo que facilitó la pacífica aceptación de las Partidas, es decir, del Derecho romano en todo lo no corregido por ellas.

3. A partir de entonces, a partir de 1505, este Derecho romano castellanizado va a prolongar su vigencia sin problemas y sin apenas cambios durante más de trescientos años, hasta llegar al siglo XIX y aún más allá, puesto que buena parte de sus fundamentos inspira, como vamos a ver, el articulado de nuestro Código civil, que permanecerá inalterado hasta la segunda mitad del XX.

4. A esta perdurabilidad contribuirían de manera decisiva los acontecimientos históricos desencadenados a principios del s. XVIII, que determinaron el quebrantamiento de la identidad política de los Reinos de la Corona de Aragón. A consecuencia de estos cambios, derechos civiles tan consolidados como el catalán, que conservaba con más pureza que el castellano la fidelidad al sistema romano, o como el aragonés, que nunca lo había aceptado y que seguía apegado a sus propios principios de origen medieval, fueron relegados a un segundo plano, quedando oficialmente adjetivados con denominaciones alusivas a su reducida área de vigencia (Derechos municipales, derechos forales), expresiones que encerraban cierto subliminal matiz devaluatorio por referencia a un hipervalorado Derecho castellano, que termina identificándose con el Derecho español.

5. Esta mentalidad, que se mantuvo a lo largo del siglo XIX, explica bien el hecho de que, llegado el momento de elaborar un Código civil, se tomara inicialmente como lógico punto de partida el Derecho español por antonomasia, es decir, este Derecho castellano híbrido de romanismo y de tradición, desterrando a posiciones residuales, de significado poco menos que folclórico, a los llamados derechos forales.

Sin embargo, es bien sabido que la cuestión no pudo resolverse desde un planteamiento tan elemental, y que, tras una polémica que retrasó durante décadas la codificación del derecho civil en España, los derechos forales vieron reconocida su vigencia aunque, al no ser albergados dentro del Código civil, se mantuvo la inicial idea que identificaba a éste con el Derecho castellano.

6. Desde esta identidad Derecho español/Derecho castellano se comprende que la configuración jurídica de la familia mantuviera todavía a fines del siglo pasado los tres rasgos característicos que, desde 1505, venían distinguiendo a la tradición jurídica castellana en la materia.

1°.- En primer lugar, la estabilidad: la ya apuntada estabilidad de las estructuras normativas en las que se asientan las relaciones familiares, que quedaron fijadas, como he dicho, en los albores de la Edad Moderna, que se mantienen a lo largo de todo el siglo XIX y que, en buena medida, serán incorporadas al texto del propio Código.

2°.- En segundo lugar, frente a la familia en el sentido amplio característica de los derechos medievales, que la habían concebido como manifestación jurídica del linaje o de la estirpe, la familia moderna y la decimonónica vienen a coincidir con el grupo doméstico, el grupo reducido de quienes conviven en la misma domus, bajo el mismo techo o, lo que es lo mismo, se identifican con la familia nuclear, constituida por el marido, la mujer y sus hijos.

3°.- En tercer lugar, dentro del grupo doméstico, la figura del padre ocupa una posición de superioridad jurídica que le sitúa muy por encima de la que ostentan los restantes miembros; cabe hablar así de una familia de corte patriarcal en la que el marido se constituye en punto de referencia y en factor determinante que condiciona todo el entramado de las relaciones domésticas.

7. Este papel eminente del padre no es sino una consecuencia de (y se corresponde con) la tópica simplicidad y flaqueza del género femenino, la *imbecillitas seu fragilitas sexus* que, inveteradamente, el Derecho atribuía a las mujeres y que, desde la época romana, había aconsejado recortar las facultades jurídicas de la mujer en todos aquellos asuntos que implicaran un cierto nivel de responsabilidades.

“Otrosí, de mejor condición es el varón que la muger en muchas cosas –dicen las Partidas– e en muchas maneras, assí como se muestra abiertamente en las leyes deste nuestro Libro que fablan de todas estas razones”

La formulación va a concretarse, por poner un ejemplo, en la regulación de los dos momentos críticos de la existencia humana: el nacimiento y la muerte. Cuando en ellos concurren seres de uno y otro sexo, entran en juego sendas presunciones de decisiva trascendencia, indiscutidas las dos durante siglos en el Derecho español: Por lo que respecta al nacimiento, se consagra el principio de que la primogenitura, en supuestos de partos múltiples, corresponde siempre al varón. Las Partidas lo expresan así:

“Nascen a las vegadas dos criaturas del vientre de alguna muger, e contesce que es dubda qual dellas nasce primero. E dezimos, que si uno es varón e el otro fembra, que devemos entender que el varón salió primero.”

En cuanto a la premoriencia, el Derecho considera también que la vida de la mujer se extingue antes que la del hombre:

“Muriendo el marido e la muger en alguna nave que se quebranta en la mar, o en torre o en casa que se encendiesse fuego, o que se cayesse,

entendemos que la muger, porque es flaca naturalmente, morirá primero que el varón...”

A esta postergación de la mujer, sustentada en el presupuesto de su menor fortaleza física, vendrían a sumarse otras limitaciones que traen su origen en arraigadas aprensiones acerca de la índole moral del alma femenina (“*porque son las mugeres naturalmente cobdiciosas e avariciosas*” dirá una ley de las Partidas), o que se fundan en la desconfianza que el legislador alberga acerca de su capacidad de discernimiento.

8. En virtud de esta pretendida *imbecillitas* las mujeres quedan exentas, por ejemplo, de la obligación general de conocer las leyes, no pueden ser testigos en los testamentos, no pueden ser citadas ante los tribunales en los juicios civiles, ni constituir fianzas en favor de terceros, ni desempeñar oficios públicos, ni ejercer, entre otros, los empleos de abogado o de procurador porque, según la ley, “*quando las mugeres pierden la vergüença, es fuerte cosa el oyrlas, e el contender con ellas*”.

Los presupuestos históricos en este sentido podrían multiplicarse, pero creo que estos ejemplos bastan para ayudarnos a comprender mejor algunos de los planteamientos asumidos por los redactores de nuestro Código civil cuando tuvieron que decidir el lugar que a la mujer debería corresponderle dentro de la familia. Teniéndolos presentes, podemos entrar ya en el análisis de cómo nace la comunidad doméstica, cómo funciona, cómo se disuelve y qué efectos jurídicos trascienden a su desaparición.

9. En cuanto al nacimiento, la comunidad doméstica tiene su origen a partir de la única unión sexual reconocida por el derecho: el matrimonio, concebido y regulado sobre estas bases: en primer lugar, la *monogamia*, puesto que resulta incompatible con cualquier otra relación sexual mantenida simultáneamente; en segundo lugar, *indisolubilidad*, imperativo de Derecho canónico que aseguraba una estabilidad considerada imprescindible para atribuirle un efecto tan importante como el de dar origen a una comunidad doméstica; en tercer lugar, ausencia de *parentesco* entre las partes y, por último, ausencia también de *vínculo* religioso por el que alguna de ellas hubiera quedado ligada al servicio de Dios.

El reproche social con que la moral de la burguesía urbana decimonónica enjuició las relaciones de barraganía, generadoras de vínculos familiares cuasimatrionales en la tradición del Derecho castellano, determinó que la institución desapareciera de la escena del Derecho civil, con independencia de que su práctica perdurase bastante arraigada entre amplios sectores de la población rural y entre las clases ciudadanas menos favorecidas: en unos niveles sociales que, como venía ocurriendo en el ámbito de los derechos políticos, inician también por aquí una existencia jurídica marginal que va a prolongarse a todo lo largo del siglo XIX. Como consecuencia de la mentalidad dominante, pues, estas relaciones no bendecidas por la Iglesia quedarían reducidas ya a un papel jurídicamente secundario, casi al único de servir de prueba privilegiada de la filiación natural.

10. Consolidado, por tanto, el matrimonio como único punto de referencia inicial de la aparición de la familia legítima, los requisitos a él exigidos quedaron protegidos por la legislación penal: la bigamia se reprimió con pena de prisión cuya duración oscilaba, según los Códigos penales del siglo, entre los 6 y los 12 años, mientras que el matrimonio incestuoso, el de las personas comprometidas por voto religioso de castidad y el adulterio fueron sancionados con la de prisión por tiempo de 2 a 6 años.

11. A propósito del adulterio hay que señalar que nos proporciona ya un punto de referencia bien expresivo de esa tendencia patriarcal de la familia a que aludíamos al principio, porque su tipificación en el Código penal viene a confirmar la tradicional desigualdad de posiciones que marido y mujer ocupan en el ámbito familiar:

“Cometen adulterio —expresa el art. 448 del Código penal de 1870, vigente en el momento de aparición del Código civil— la mujer casada que yace con varón que no sea su marido, y el que yace con ella, sabiendo que es casada”. Y comete adulterio también, según el art. 452, “el marido que tuviere manceba dentro de la casa conyugal, o fuera de ella con escándalo”.

De manera que se considera adulterio cualquier relación sexual de la mujer, aunque sea aislada y episódica, mientras que el hombre casado sólo lo comete cuando la relación extramatrimonial tiene carácter permanente y público. O lo que es lo mismo, cuando hay escándalo. Asoma por aquí de nuevo la misma moral burguesa que había desterrado la barraganía, más que por sí misma, por lo que entrañaba de desprecio a los convencionalismos sociales; también ahora, con la penalización del adulterio del marido en estos términos, lo que se protege sobre todo es la apariencia, el decoro social. Parece como si se hubiera hecho ley la reflexión de García Goyena de que, *“en los Códigos, las debilidades deben quedar cubiertas con el velo del pudor, que sobrevive a la pérdida de la virtud. Porque el qué dirán es el último baluarte de la moral pública.”*

12. Aún sería posible añadir algo más sobre esto: la vieja facultad históricamente reconocida al marido de matar impunemente con sus propias manos a los adúlteros sorprendidos in fraganti, facultad que se mantiene en vigor hasta 1822, fue retocada en los Códigos penales del XIX mediante la tipificación del uxoricidio como homicidio atenuado, sancionado con la pena casi simbólica de destierro. Así lo expresa el art. 438 del citado Código penal de 1870, que reproduce literalmente la formulación de los anteriores y que, por increíble que hoy nos parezca, mantendrá su presencia en nuestro Derecho hasta 1963:

“El marido que sorprendiendo en adulterio a su mujer matare en el acto a ésta o al adúltero, o les causare alguna de las lesiones graves, será castigado con la pena de destierro. Si les causare lesiones de otra clase,

quedará exento de pena. Estas penas son aplicables en iguales circunstancias a los padres respecto de sus hijas menores de veintitrés años y sus corruptores, mientras aquéllas vivieren en la casa paterna.”

Es decir, el marido que sorprendiera en adulterio a su mujer y la matara en el acto, a ella o al adúltero, o a los dos, o les causara alguna de las lesiones consideradas graves, debía salir de la localidad donde cometió la agresión por un período de 6 meses y un día a seis años, que era el tiempo de duración de la pena de destierro. Mientras que la mujer que hiciera lo mismo con su marido sería condenada como parricida a la pena de cadena perpetua a muerte, pena a la que vendría a sumarse la de cadena temporal en su grado máximo a muerte con que se castigaba el asesinato, si mataba a la mujer con quien aquél se encontrara.

13. En el ámbito civil, el concepto de adulterio se definió en los mismos términos en que estaba concebido por la legislación penal. Considerado por el Código como una de las causas legítimas de divorcio, podía solicitarlo el marido siempre, en todo caso, incluso por un sólo acto de infidelidad. Su alegación por la esposa, en cambio, únicamente era tenida en cuenta por el Derecho cuando el adúltero mantuviera a otra mujer con escándalo y habitualidad (art. 105), una regulación que se mantuvo invariable hasta 1958.

14. Pero, ciertamente, esta tolerancia hacia las transgresiones sexuales del varón casado no debe desorientarnos. Porque la regulación discriminatoria del adulterio no sólo tiende a proteger la honra conyugal de manera desventajosa para la mujer, sino también a salvaguardar un principio jurídico de especial trascendencia social: el de la certeza o seguridad jurídica que se atribuye al matrimonio en cuanto referente indiscutido de la paternidad legítima.

Cualquier relación sexual de la mujer, en efecto, aunque fuera episódica, podía provocar un temido problema, el de la *commixtio sanguinis*, esto es, la posibilidad de que quedara embarazada como consecuencia de esa relación, con el consiguiente riesgo de provocar maquinaciones fraudulentas en el ámbito sucesorio, fraudes que, por evidentes razones fisiológicas, nunca podrían producir las relaciones adúlteras del marido.

15. Precisamente desde la misma preocupación por evitar esta siempre inquietante *commixtio* o *perturbatio sanguinis* hay que explicar otra limitación histórica que venía gravitando exclusivamente también sobre las mujeres: la que prohibía que la viuda contrajera nuevo matrimonio hasta que hubiera pasado un año desde la muerte de su anterior cónyuge.

Porque, en caso de permitirse la boda de la viuda poco después de muerto el esposo, en virtud de la presunción jurídica que considera que el marido de una mujer es el padre de los hijos de ésta (presunción que se prolonga después del fallecimiento del hombre para otorgar cobertura de legitimidad a los hijos póstumos), podía llegarse, si ella daba a luz en los nueve o diez meses siguientes, a la aberrante conclusión

de que, conforme a derecho, eran dos los padres de la criatura: el marido muerto y el que lo era en el momento del nacimiento.

Todos los ordenamientos jurídicos españoles, desde la época romana afrontaron el problema y trataron de buscarle solución, incapacitando a la viuda para contraer nuevo matrimonio durante un llamado *tempus lugendi*, tiempo del dolor, o del llanto: 9, 10 ó 12 meses. Pero a estas razones jurídicas, fácilmente justificables desde la objetividad de los plazos de la gestación humana, vinieron a unirse antiguas concepciones peyorativas, todavía socialmente latentes desde la época de la patrística, concepciones que consideraban las segundas nupcias de la viuda como matrimonios vergonzantes o como adulterios decentes. De nuevo afloran aquí reflexiones expresivas de la desconfianza del legislador hacia las mujeres:

“Que no se case la viuda antes de cumplir el año –dirá el Liber Iudiciorum– porque pudiera ocurrir que hubiera quedado embarazada del primer marido y que, por el inmoderado ardor con que se entrega al nuevo cónyuge, se extinga, antes de nacer, la esperanza de hombre que lleva en sus entrañas.”

En el mismo sentido, las Partidas nos precisan por qué dos razones las viudas debían esperar por lo menos un año antes de volver a casarse:

“La primera es, porque sean los hombres ciertos que el fijo que nasce dellas es del primer marido. La segunda, porque non puedan sospechar contra ella, porque casa tan ayna, que ovo culpa en la muerte de aquel con quien era antes casada...”

Superados estos prejuicios en el ámbito jurídico –aunque no del todo hasta hace bien poco, como es sabido, en el plano social– el Código civil, como escribe uno de sus redactores,

“para evitar la confusión de la prole, para asegurar la tranquilidad y el buen orden de la familia y atendiendo más que a la perturbación moral que pudieran producir estas nupcias, a la que pudiera originarse en el terreno del derecho en perjuicio de los hijos concebidos y no nacidos”

declararía prohibido el matrimonio a la viuda durante los 301 días siguientes a la muerte de su marido o antes de su alumbramiento si hubiese quedado encinta (art. 45). La prohibición, mantenida hasta 1981, quedaba respaldada por el Código penal de 1870, donde se imponía a las contraventoras las penas de arresto mayor y multa de 125 a 1250 ptas. (art. 490).

16. Garantizado de este modo, civil y penalmente, el monopolio sexual del marido sobre su mujer, el matrimonio se erigió, como ya se ha dicho, en la única relación creadora de una comunidad doméstica jurídicamente perfecta, una comunidad

que deparará a los hijos engendrados en ella un *status* jurídico pleno, el de hijos legítimos. Y una comunidad que, en el orden económico, hará surgir también un complejo de expectativas y de facultades recíprocas de cada cónyuge sobre los bienes del otro, y sobre el patrimonio que ambos constituyan a partir de las aportaciones y ganancias comunes.

17. Para entrar en el análisis del funcionamiento cotidiano de esta comunidad doméstica, que hemos contemplado confortablemente instalada sobre la seguridad del matrimonio, es preciso aludir de nuevo a una característica ya destacada a la que será necesario volver todavía alguna otra vez, porque su espíritu informa, de principio a fin, todo el articulado de nuestro Código: el principio de que el régimen doméstico está presidido por una concepción patriarcal en la que el cabeza de familia centraliza en sus manos todas las facultades básicas, una función de gobierno y dirección suprema ante la cual la mujer y los hijos permanecen en actitud de sometimiento y de obediencia. En todos los asuntos familiares, la última palabra, a veces también la única, le corresponde siempre al cónyuge varón, como marido y como padre (arts. 57 y 154).

18. Ante la mujer, el marido asume un papel protector y directivo justificado por la necesidad de amparo en que se encuentra aquélla, dada su presunta debilidad, su falta de experiencia y, por tanto, su facilidad para incurrir en el error. El principio se formula explícitamente en el artículo 57 del propio Código civil: *“El marido debe proteger a la mujer y ésta obedecer al marido”*, deber que encuentra inmediata derivación, como primera secuela arquetípica, en la facultad que le asiste de fijar libremente el domicilio conyugal, facultad recogida en el artículo siguiente: *“La mujer está obligada a seguir a su marido donde quiera que fije su residencia”*, a no ser que los Tribunales, con justa causa, la eximan de esta obligación.

“Claro es –escribe uno de los redactores del Código, autor además de unos excelentes comentarios al mismo, José M^a Manresa– que no ha de autorizarse la excepción de un precepto tan de esencia en el matrimonio como es la vida en común, en fútiles pretextos, en caprichos femeniles o en fantásticas repugnancias y temores. Nuestros tribunales deben utilizar la facultad que el artículo 58 les concede de forma parca y prudente, y en casos muy determinados. Una enfermedad grave de la mujer o de un hijo, el abandono por el marido del hogar conyugal para emprender una vida errante y vagabunda, pudieran ser motivo suficiente para otorgarla”.

19. Obediencia y sumisión, por tanto, de la mujer al marido en sus relaciones personales, como expresión legal de un deber que permaneció sin revisar hasta las reformas de 1975 y 1981. En el ejercicio de esta especie de función tutelar, que se parece bastante a la que tenía atribuida sobre los hijos, el varón ostentaba un mesurado derecho de corrección en el que, a diferencia de lo que había defendido la doctrina tradicional, los redactores del Código no consideraron incluidos los castigos físicos.

En consecuencia, el art. 105 del Código mencionaba entre las causas legítimas de divorcio “*los malos tratamientos de obra o las injurias graves*”, solución que dejó persuadidos a los juristas del XIX de que habían superado ya viejas concepciones arcaicas. Como escribe uno de ellos,

“bajo tres principios distintos es hoy posible desarrollar el régimen de familia, pudiendo ser conocidas las teorías más admitidas merced a la clasificación siguiente: Primera. Teoría de la tradición, en la cual se afirma la inferioridad de la mujer respecto al hombre. Segunda. Teoría del sentimentalismo, que proclama caballescamente y galantemente la igualdad de la mujer con el marido. Tercera, teoría científica, que no admite predominio del varón sobre la hembra, pero tampoco la igualdad entre los dos sexos. En esta última se fundamenta la mayor parte de las legislaciones modernas”

Y, naturalmente, también el Código español.

20. Desde el punto de vista patrimonial, el Código civil implanta el régimen castellano de la sociedad de gananciales, generalizándolo con carácter legal a falta de estipulaciones matrimoniales que establecieran otro distinto (art. 1315). Con arreglo a este sistema, el gobierno económico del matrimonio quedaba del todo concentrado en manos del marido, hasta el punto de que la mujer se convierte, prácticamente, en mera espectadora de la administración de la fortuna familiar e incluso de sus propios bienes personales. Veamos, en líneas muy generales, cómo funciona económicamente la familia en el Código civil.

21. En primer lugar, como parece lógico, el marido administra sus bienes propios, los que integran su patrimonio desde antes de casarse.

Administra también los adquiridos después de la boda, los llamados *bienes gananciales* (art. 59). Estos constituyen el patrimonio familiar y su titularidad se atribuye a cada cónyuge por mitad, aunque sobre ellos, el Derecho le reconoce al marido una absoluta capacidad de disposición (arts. 1412-1413).

“Siendo el hombre más fuerte –escribe un autor– más enérgico, más en relación con la sociedad o el mundo exterior, y más desligado de los cuidados familiares y de los deberes domésticos, está, desde luego, en mejores condiciones para llevar la dirección. El marido es el jefe de la familia por acuerdo unánime de todas las legislaciones antiguas y modernas”.

En consecuencia con este planteamiento, la mujer no puede disponer de los bienes familiares sin licencia del marido (art. 1416), mientras que, por el contrario, la capacidad de disposición reconocida a éste es, prácticamente ilimitada. Puede vender los muebles y los inmuebles, hipotecarlos, darlos en prenda, arrendarlos, constituir derechos de usufructo, servidumbres, y obligarse sobre ellos en cualquier

otro modo con absoluta libertad. Únicamente se le prohíbe hacer operaciones que perjudiquen al patrimonio en fraude de la familia, esto es, con dolo. O disponer de estos bienes a título gratuito, es decir, donarlos (art. 1413)

Fuera de estos dos supuestos, no hay controles. La doctrina había debatido cuestiones como la de qué hacer con el marido que dilapidara el patrimonio familiar en el juego, en la prostitución o en otros vicios degradantes, sin llegar a ponerse de acuerdo. Mientras unos autores estimaban que de estas pérdidas respondería el marido con sus bienes propios, otros defendieron que debían gravitar sobre los gananciales, de manera que la mujer no podría evitar que mermaran su mitad. En los años inmediatos a la aparición del Código se impuso esta última solución, defendida, entre otros, por García Goyena:

“Así como se establece la comunión absoluta de las ganancias obtenidas en el juego –escribe– ...debe decretarse también la comunidad en las pérdidas. Y lo mismo hay que decir de lo gastado o disipado en otros vicios: de lo contrario se abrirían las puertas a escándalos e investigaciones odiosas que turbarían la paz de los vivos y mancillarían la opinión de los difuntos, aún de los inocentes.”.

Y así lo estableció el Código (art. 1411).

No existe pues, freno jurídico alguno que coarte este omnímodo poder del marido en la administración de los bienes ganados en común, mientras el matrimonio persiste. Sólo cuando se haya disuelto, la mujer o sus herederos recibirán la mitad de los que en ese momento quedaran (art. 1426)..

22. Con respecto a los bienes aportados por la mujer al matrimonio en concepto de dote, el Código articula dos regímenes diferentes. El primero es el de la llamada dote estimada, conforme al cual la mujer transfería el dominio sobre estos bienes, previa tasación de su valor, al marido, quien quedaba obligado a restituir su importe al término del matrimonio. Para garantizar esta obligación, los bienes y derechos reales de la dote estimada debían inscribirse a su nombre en el Registro de la Propiedad, y quedaban gravados con una hipoteca en favor de la mujer; una segunda hipoteca sobre los bienes del marido aseguraba la devolución de los restantes bienes recibidos en dote, los bienes muebles. Con estas precauciones, y con el compromiso de devolución futura, el marido incorpora a su patrimonio la dote recibida (art. 1349).

El segundo régimen es el de la dote inestimada, sobre la que la mujer conserva el dominio: sigue siendo propietaria de los bienes dotales, pero el usufructo y la administración, durante el matrimonio, se atribuyen al cónyuge. En consecuencia, los bienes inmuebles se inscriben a nombre de la mujer, y el marido constituirá hipoteca que asegure la devolución de los muebles (arts. 1357-58).

23. Pero, además de esto, el marido administra también los bienes propios de la mujer (los *parafernales*) siempre que ella le hubiera entregado voluntariamente esta facultad. El régimen bajo el cual el marido puede disponer de ellos es el mismo

que regía para la administración de la dote inestimada: absoluta y libre disponibilidad de gestionarlos, aunque con la obligación de responder de la administración cuando ésta hubiera terminado, es decir, a la disolución del matrimonio (art. 1384).

Ciertamente, la mujer podía no entregar la gestión de los parafernales a su cónyuge, pero esto no significaba que pudiera administrarlos ella. En realidad, o los confiaba a su marido o estos bienes quedaban prácticamente inmovilizados, porque el Código no permitía que la mujer casada los enajenara, gravara ni hipotecara, ni tampoco que compareciera en juicio para litigar sobre ellos sin la previa licencia del marido (arts. 60-62 y 1387), de manera que la mujer quedaba a merced de éste para todo lo que no fuese la pasiva percepción de los frutos de sus bienes propios. Frutos que, una vez percibidos o devengados, por su consideración de gananciales, caían ipso facto bajo la administración marital (art. 1385).

Hasta aquí lo relativo a los principios generales que orientan la normativa del Código en lo concerniente a las relaciones entre marido y mujer. Para completar el panorama familiar, nos queda por ver todavía el papel que ambos desempeñan en cuanto padres.

24. Ya quedó apuntado más arriba que la relación entre padre e hijos quedó conformada sobre la base de la reverencia, la sumisión y el respeto de éstos hacia aquél (art. 154). El conjunto de atribuciones y poderes que asisten al padre (la *patria potestad*) se configuró en el Derecho español sobre el modelo de la tradición romano cristiana, que la concebía como una facultad limitada por el propio Derecho, es decir, como un *officium*, más que como una potestad plena; en cuanto tal, implicaba los deberes de alimentar y educar a los hijos y de representarlos en todas las acciones que pudieran redundar en su provecho, junto con la autorización para castigarlos y corregirlos moderadamente (art. 155).

25. Hemos hablado de relación entre hijos, en plural, y padre, en singular, porque, en consonancia con la supremacía que éste ejerce dentro de la familia, a él solo se le atribuye, con exclusión de la madre, la patria potestad. A pesar de ello, el Código civil marcaría aquí un notable avance en el reconocimiento de la capacidad de obrar de la mujer casada en cuanto le reconoció el derecho a ostentar esta patria potestad con carácter subsidiario, para los supuestos en que el padre hubiera muerto o fuese privado de ella en virtud de sentencia firme (arts. 154 y 170). Porque hasta entonces, hasta la promulgación del Código, la viuda, en estos casos, como mucho, sólo podía aspirar a ejercer la tutela sobre sus hijos huérfanos, nunca la patria potestad, sólo la tutela, y eso únicamente cuando el padre, en su testamento, la hubiese nombrado tutora. Volveremos sobre esto enseguida.

26. La autoridad del padre sobre los hijos se fortalece mediante el reconocimiento de su facultad para sancionarlos jurídicamente si faltaran seriamente a sus obligaciones filiales, privándolos de la posibilidad de participar en los bienes de la familia. Es el mecanismo de la desheredación, que el Código civil permite utilizar, aunque sólo por causas muy graves que quedaron taxativamente fijadas *ex lege*: injurias graves

o agresión a los progenitores, abandono de éstos en la pobreza, haberse entregado la hija a la prostitución, etc. (arts. 852-853).

27. Entre las atribuciones señaladas al padre como integradas en el marco de la patria potestad, el derecho tradicional español había otorgado singular importancia a la de autorizar con su consentimiento el matrimonio de los hijos, lo que constituía un modo de controlar la salida de éstos fuera del grupo familiar para fundar uno nuevo, o para integrarse en otro. Históricamente esta facultad se había manifestado como un poder absoluto sobre los hijos que no hubieran cumplido la mayoría de edad, e incluso en cierto modo se prolongaba más allá de este momento, a través de la obligación de los hijos mayores de solicitar no ya el permiso sino el consejo paterno, entendido éste sólo como una deferencia hacia los padres, puesto que no era vinculante. De manera que casarse los hijos menores sin la licencia o los mayores prescindiendo del consejo paterno constituyó siempre una justa causa de desheredación, hasta el momento mismo de la promulgación del Código.

La doctrina del s. XIX había defendido esta institución justificándola sobre los principios del amor paterno, que procura siempre lo mejor para los hijos, y apelando a la falta de discernimiento de éstos mientras no hubieran alcanzado la plena madurez. García Goyena, por ejemplo, explicaba así las razones de su incorporación al Proyecto de 1851:

“El matrimonio es, entre todas las acciones humanas, la más interesante, y casi decisiva de la felicidad o desdicha de la vida toda; debe, pues, rodeársele de todas las precauciones posibles, puesto que el error o desacierto, una vez cometido, es irreparable. Para tener derecho a contraer obligaciones conviene antes conocerlas. Ninguna legislación abandonó los hijos a sí mismos en la primera edad de las pasiones para dar este paso resbaladizo sobre una alfombra de flores, que encubre muchas veces un abismo de miseria...”

El Código civil mantuvo la obligación de que los menores de edad solicitaran el permiso de los padres, y los mayores su consejo (arts. 45-46), pero degradando la eficacia de los mismos al no incluir esta circunstancia entre las causas justificativas de la desheredación; en cambio, el Código penal de 1870 criminalizaría el matrimonio de los menores, contraído sin la previa licencia, con la pena de prisión correccional por tiempo de 6 meses y un día a 4 años y 2 meses, previendo, eso sí, la posibilidad de indulto si los padres, *a posteriori*, aprobaran el matrimonio (art. 489).

28. El contenido de la patria potestad quedó completado, además de lo hasta ahora visto, con una amplia actividad fiscalizadora del cabeza de familia sobre los hijos en materia económica. Aprovechando la plantilla del régimen de peculios que el Derecho español había incorporado conforme al modelo del Derecho romano justinianeo, el Código civil atribuyó al padre y, en su defecto, a la madre, como titulares de la patria potestad, el usufructo de todos los bienes que los hijos no

emancipados ganaran con su trabajo o industria mientras vivieran en su compañía (art. 160); y, de acuerdo con la vieja regulación del peculio profecticio, la propiedad y el usufructo de cuanto adquirieran con caudal proporcionado por los mismos padres (art. 161).

29. El art. 167 del Código expresaba las tres causas de extinción de la patria potestad: la muerte de los padres o del hijo, la adopción de éste por un extraño y la emancipación en cualquiera de las modalidades clásicas: emancipación voluntaria o convenida y emancipación automática, por cumplimiento de la mayoría de edad o por matrimonio (art. 314).

30. Podemos entrar ahora ya en el análisis de la última fase de nuestro tema: el de la disolución del grupo familiar, materia en la que, como hemos apuntado antes, la tradición histórica resultó modificada en profundidad. Efectivamente, hasta la promulgación del Código, la muerte del padre, titular exclusivo de la patria potestad, determinaba la inevitable disolución del grupo doméstico y, en consecuencia, los hijos menores debían pasar al cuidado de un tutor o curador, normalmente el testamentario, el que el propio padre hubiera designado en su testamento, apartándose a la madre de tal menester.

31. Sólo si el padre no hizo testamento, o si no designó en él un tutor, o si la designó a ella, sólo en estos casos la madre se encargaba del cuidado y asistencia de los hijos, bien entendido que en calidad de tutora y, como tal, sometida a las obligaciones generales de la tutela: redacción de un inventario de todos los bienes cuya administración asumía, establecimiento de una fianza garantizadora de la eventual indemnización a los hijos-pupilos, para el caso de inadecuada gestión, periódica dación de cuentas a los parientes de los hijos, etc., etc.

No faltaron juristas de relieve que mostraron su disconformidad con una legislación que permitía a las mujeres tutelar a sus hijos, aunque fuera con las cautelas que acabamos de señalar. Sirva de ejemplo este párrafo de Castillo de Bovadilla:

“Algunas mujeres son tan disipadoras y perdidas en gastar que, como dizen las leyes, son de frágil consejo, y trabajan contra los propios provechos. Y es gran culpa de los maridos, conociendo su talento, dejarlas por curadoras de sus hijos. Pero por no afrentarlas públicamente, lo dejan a la ventura. Y muchas mujeres, debajo del gobierno y sujección de sus maridos, tienen reprimidas y sofocadas algunas imperfecciones e imper tinencias que con la viudez y libertad se descubren y desatan. Y se abalanzan a mil errores”.

32. Además, la viuda tutora tenía que renunciar formalmente a contraer segundas nupcias, porque si éstas se permitieran, consideraban las Partidas que

“podría acaescer que por el gran amor que avría a su marido que tomasse de nuevo, non guardaría tan bien las personas nin los bienes de los moços, o faría alguna cosa que se tornaría en gran daño dellos”.

En el supuesto de que, faltando a este compromiso, la viuda se volviera a casar, inmediatamente –continúan las Partidas–

“deven sacar el huérfano de su poder, porque dixeron los Sabios que la mujer suele amar tanto al nuevo marido que non tan solamente le daría los bienes de sus fijos, mas aún que consintiera en la muerte dellos por fazer plazer a su marido.”

33. La doctrina interpretó *lato sensu* esta obligación de la madre de permanecer viuda entendiendo que perdería también la tutela (aunque no se casara) por el mantenimiento de relaciones extramatrimoniales, circunstancia que no era tenida en cuenta ni producía ningún efecto con respecto al padre viudo, pues éste conservaba siempre la patria potestad, aunque volviera a casarse y aunque viviera lujuriosamente, ya que, como escribe un autor, *“el hombre es más fuerte y tiene más constancia que la mujer, por lo que no arden en él con tanta fuerza la concupiscencia y el estímulo de la carne.”*

34. Admitida en el Código la patria potestad subsidiaria de la madre viuda, ésta se subroga ya en el lugar del padre y asume el gobierno y dirección de la comunidad doméstica, que salva así su permanencia a pesar de la muerte del marido (art. 154).

La verdad es que esta solución venía a satisfacer un auténtico clamor doctrinal reivindicativo de la patria potestad materna:

“¿Por qué la madre no participa de ese honor –se pregunta Benito Gutiérrez, otro de los redactores de nuestro Código civil– honor que tiene por naturaleza con más derecho que el padre? Durante el matrimonio no es tan preciso concedérsela: con que tenga la intervención propia de su estado, logre hacerse escuchar, e influya, como no puede menos, con su consejo, basta. Libre de otra responsabilidad, queda más espedita para los quehaceres domésticos, y declina sobre su marido el peso de otras preocupaciones.

Pero, ¿qué derecho hay para alejarla, postergándola quizás a un extraño el día que sea viuda? ¿tienen las madres menos cariño que los padres por sus hijos? ¿y este sentimiento esquisito de ternura maternal no suplirá poderosamente alguna corta inferioridad en conocimientos? Si la madre no puede estar constituida al nivel del padre por la impresionabilidad del sexo, su cariño es gran preservativo contra sus debilidades y la pone, si no a la altura de un padre, a más distancia de un extraño. Sería conveniente recordar nuestras antiguas leyes, desgraciadamente olvidadas, para convencernos del contrasentido de las vigentes en un país que llama

a las hembras a la plenitud de la soberanía, y que cuenta entre sus reinas a Doña Berenguela, doña María de Molina y a la inmortal doña Isabel la Católica”.

35. No obstante razonamientos de este tipo, algo sobrevivió de la vieja suspicacia con que el Derecho contemplaba el segundo matrimonio de la mujer, porque el Código la privó de la patria potestad, como antes se la privaba de la tutela, en el caso de que pasase a segundas nupcias, aunque precisando que podría conservarla “*si el marido difunto, padre de éstos [los hijos comunes], hubiera previsto expresamente en su testamento que su viuda contrajera matrimonio y ordenado que en tal caso conservase y ejerciese la patria potestad sobre sus hijos*” (art. 168). En opinión de la doctrina, la viuda bínuba que volviere a enviudar, recobraría desde ese momento mismo la patria potestad sobre todos los hijos del anterior matrimonio que no estuvieran emancipados.

36. Aunque desde la promulgación del Código civil la muerte de uno de los cónyuges no provoca ya, como estamos viendo, la disolución de la familia, sí produjo consecuencias de primer orden en la esfera económica, en cuanto abre la fase de sucesión en los bienes del difunto. Porque, efectivamente, el patrimonio de éste puede ya ser dividido entre los miembros sobrevivientes, provocando importantes desplazamientos internos en la titularidad del patrimonio familiar. Se inician así los actos preparatorios de la futura desintegración del grupo.

37. En primer lugar, la muerte del padre o de la madre señala el momento de la liquidación del patrimonio familiar. Si sobrevive la mujer, recupera la plena disponibilidad sobre la dote, sobre los bienes parafernales y sobre su mitad de bienes gananciales. Y administra todo lo que los hijos menores han heredado del difunto. Si quien sobrevive es el marido, administrará en nombre de los menores la porción que hayan heredado de los gananciales, de la dote y de los parafernales de su madre. Tanto el viudo como la viuda tienen reconocido además, en todo caso, el usufructo de los bienes propios de sus hijos mientras los administren es decir, mientras permanezcan en la menor edad y no salgan de la familia por emancipación o por haber sido adoptados (art. 160).

38. Por lo que respecta a los derechos sucesorios de los hijos, el Código prolongó la tradición romana de asignar a los descendientes legítimos una cuota fija en los bienes de sus padres, la llamada *legítima*. Dividido el caudal hereditario en tres partes, una de ellas (la legítima estricta) deberá ser distribuida entre todos los hijos por igual; la otra porción, denominada *mejora*, se atribuye también a los descendientes, pero se permite que el testador la reparta entre ellos con plena libertad. El tercio restante, el de libre disposición, puede salir del ámbito de la familia, en cuanto se respeta la libre voluntad del testador para atribuirle el destino que tuviera por conveniente (art. 808).

39. El Código reconoció asimismo a los padres el derecho a percibir en concepto de legítima la mitad del haber hereditario de sus hijos muertos sin descendencia (art. 809).

El Derecho castellano no había previsto la participación obligada del cónyuge supérstite en los bienes del difunto, aunque de forma excepcional reconocía el derecho de la viuda a recibir la cuarta parte de los bienes del marido cuando fuera pobre y no pudiera mantenerse honestamente. El Código civil concretó las expectativas hereditarias del viudo o de la viuda sobre una parte del patrimonio del cónyuge conforme a un sistema de cuotas que variaban según el difunto hubiera dejado hijos (art. 834), o padres (art. 836), o no hubiera dejado ni hijos ni padres (art. 837).

40. Aunque éste no sea lugar oportuno para descender a complejidades de detalle, sí conviene dejar indicado que en materia de sucesiones el Código se mantuvo fiel a su planteamiento de considerar el matrimonio como referente inexcusable de la familia, por lo que prestó a los hijos no legítimos una mínima y residual atención. Y así, asignó a los naturales una legítima cifrada en la mitad de la que correspondiera a los legítimos no mejorados, siempre que no perjudicara la cuota de éstos, es decir, siempre que fuera posible satisfacerla sobre el tercio de libre disposición (art. 840).

La legítima de los hijos naturales se extendió hasta la cuarta parte de la herencia si concurrían sólo con ascendientes de su padre (arts. 809 y 841), y podía llegar hasta la tercera parte en el supuesto de inexistencia de ascendientes y descendientes legítimos (art. 842).

Al resto de los hijos ilegítimos únicamente se les reconoció el derecho a recibir los auxilios necesarios para la subsistencia, o sea, una instrucción elemental y la enseñanza de una profesión, arte u oficio (arts. 139, 143 y 845). Ciertamente no parece mucho, pero sin duda es bastante más de lo que estaba dispuesto a admitir un influyente sector doctrinal cuyo ideario, para decirlo con palabras de Florencio García Goyena, consistía en:

“dar a nuestro Código un rasgo original y altamente ventajoso, que lo destacara, en el orden moral, sobre todos los Códigos modernos: el de no manchar sus artículos con las repugnantes categorías de hijos naturales, espúreos, adulterinos, sacrílegos e incestuosos.”