

# LA FAMILIA Y SU REFORMA LEGAL

MANUEL RICO LARA

(MAGISTRADO)

«Detrás de toda ideología adivinamos la jerarquía de los sexos».  
(Manifiesto de Rivolta Femminile).

**L**A Constitución de 1978, con su declaración de igualdad de todos los españoles ante la Ley (sin que pueda prevalecer discriminación alguna, entre otras causas, por razón de nacimiento) ha superado viejos y arraigados prejuicios que, asumidos por nuestro ordenamiento jurídico privado, diferenciaban los hijos ilegítimos de los nacidos dentro del matrimonio, con evidente preterición de aquéllos estigmatizados de por vida...

## Todo viene de...

Que la familia nuclear, burguesa, en la que el marido ejercía un *status privilegiado*, ha ido siendo sustituida por una concepción más flexible y abierta. Así, la mujer casada accede, paulatinamente, a derechos que le eran sistemáticamente negados; comparte la patria potestad y la administración de los bienes comunes y se va alzando desde una secular marginación histórica. *Olimpia de Gouges*, —en plena Revolución francesa— proclamó que la mujer nace igual al hombre en sus derechos, cuyo ejercicio no tiene más límites que los que «la perpetua tiranía» de éste «le ha impuesto»... Formulación enfática e irónica que encierra un gran fondo de verdad, porque, precisamente, fue aquella una revolución burguesa, en la que el machismo ocupa un lugar preeminente. Ya decía, en lenguaje dialéctico, *Federico Engels*, que «el hombre es en la familia el burgués; la mujer representa en ella el proletariado». («El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado»). Lo cierto es que, en las comunidades primitivas, amplias, en que la propiedad era común, resultaba clara la preponderancia social y económica de la mujer. En cambio, con la aparición de la propiedad privada y la división del

trabajo, empieza el esclavizamiento de un sexo por otro, instaurándose una cultura falocrática que encierra a la mujer en los confines del hogar, entre utensilios domésticos y quehaceres agotadores.

Con la excepción de *Proudhon* (1809-65), los socialistas precientíficos fueron feministas. Para éste, cuyo ideal era el pequeño campesino independiente, amo absoluto de tierra y familia, la unión conyugal no constituye un pacto sinalagmático, natural, y ello, según sus palabras, porque «en el matrimonio, hombre y mujer son iguales en el secreto de la cámara nupcial y de su fuero interno», pero ante la Sociedad, «esa igualdad no existe ni puede existir»...

Afortunadamente, socialistas como *Fourier* o el conde de *Saint Simon* se sintieron decididos feministas. Como también lo fue el tonelero y diputado del Parlamento alemán, *August Bebel* (1840-1913), que escribió una obra fundamental: «La Mujer», resaltando su condición de oprimida. Ella misma, así, se convirtió en «productora de herederos», en el contexto de la familia burguesa, estricta, donde se instaura la «doble moral», permisiva para el marido, quedando reducida la misión de la esposa a asegurar la descendencia y la identidad del padre, titular de un patrimonio, que, a su muerte, se convertirá en herencia...

En defensa de la mujer se alzaron voces insistentes; y a veces, radicales: *John Stuart Mill*, para quien el matrimonio hace de la familia una «escuela de despotismo»; *Clara Zetkin* (1857-1933), de origen alemán, que insiste en que «el único medio para alcanzar la libertad consiste en la igualdad jurídica del hombre y la mujer»; *Alejandra Kolontai* (1890-1952), con su propuesta de «Mujer nueva», liberada, al fin, por la socialización del trabajo doméstico.

Trabajo, el de ama de casa, silencioso, «invisible», (*Isabel Largaña* y *John Dumoulin*), que se traduce en la creación y mantenimiento de la fuerza de trabajo, representada en el mercado, por el marido y los hijos.

El *Sistema*, aprovechando la aparente emancipación de la mujer, («propietaria de su sexo»), estimu-

lando la moda («expresión normativa del mercado sexual») hace que aquella caiga muchas veces, en las mallas de un economicismo que la convierte en simple objeto de consumo.

Finalmente, se han sostenido, como científicas, afirmaciones sobre la superioridad biológica del varón, basadas en su agresividad hormonal. Así, *Steven Solberg* («La inevitabilidad del patriarcado»), si bien esa posición es contestada, con acierto, por los argumentos de *Evelyn Reed* («Sexo contra sexo y clase contra clase»), y *Montagu*.

Una mirada retrospectiva a las páginas de la Historia, nos muestra que a una cultura estática, *femenina*, extendida hasta el Renacimiento, sucedió el empirismo del siglo XVI, con el nacimiento de una nueva clase, la burguesía y los inicios del capitalismo, lo que supuso un giro copernicano, de evidente predominio del hombre, para superar el cual se propone, incluso, una cultura andrógena, capaz de lograr la mutua cancelación de las precedentes. Como «liberación traicionada» define *Mary Alice Water* la situación en la URSS, de la mujer que, en definitiva, sólo conseguirá su igualdad con el hombre, no de forma específica, sino considerándola como un aspecto más por la superación de las condiciones que hacen posible la alienación del ser humano... («Cuatro ensayos de mujer»: *Carlos Castilla del Pino*). Coincidiendo en la dimensión de esa lucha, *Carla Lonzi* ha afirmado que «el movimiento feminista no es internacional, sino planetario». («Escupamos sobre Hegel»).

## Pautas legales

Nuestro Código Civil (1888) —transido de los principios aludidos de preeminencia «machista»— partía de la convicción de que «el marido debe proteger a la mujer y ésta obedecer al marido» (artículo 57). La reforma del año 1958 mantiene, aún, dicho precepto y proclama la unidad matrimonial, cuya dirección, «la naturaleza, la religión y la historia atribuyen al marido»...

Fue preciso llegar a la *Ley de 2 de mayo de 1975* para avanzar, efectiva-

## LA FAMILIA

mente, en el plano de la igualdad jurídica. De esta forma, el citado «deber de obediencia» (suprimido incluso, en el Código Civil italiano de 1865), será sustituido por la obligación de *ambos cónyuges*, de «vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente»... dentro de un contexto de «respeto y protección recíprocos». Otras innovaciones son recogidas: conservación por la mujer de la nacionalidad de origen y fijación del domicilio conyugal por común acuerdo, aunque, seguirá siendo el marido el titular de la patria potestad y el administrador de los bienes comunes, gananciales...

Mil novecientos setenta y ocho es el año de despenalización del adulterio (en el que también la mujer estaba fuertemente discriminada), y de la propaganda y venta de anticonceptivos. Sin embargo, se mantienen vigentes preceptos penales (infanticidio y aborto «honoris causa») que reducen la pena correspondiente cuando la mujer —o sus padres— cometan dichos delitos o cooperen a ellos, «para ocultar su deshonra»... de manera que, en opinión de Gimbernat, esta situación refleja la idea, muy extendida, de considerar a la mujer y a la hija casi como propiedad del varón... («Estudios de Derecho Penal»). En la citada fecha el legislador democrático retocó, en un sentido más realista, el contenido de los delitos de estupro y rapto, sustituyendo, en éste, la expresión tradicional de «miras deshonestas» por la de atentado «contra la libertad sexual», como circunstancia concurrente específica.

Paralelamente, y en esa línea, la Constitución —artículo 32, 1— afirma que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio «con plena igualdad jurídica»..., asegurando el artículo 39 la protección de la familia, de los hijos «iguales ante la Ley con independencia de su filiación» y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. Una ley, se afirma, «posibilitará la investigación de la paternidad»...

Con estos antecedentes se elabora la importante Ley de 13 de mayo de 1981 (B.O.E. del día 19), que modifica el Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. Pues bien, es interesante detenerse en el análisis de los preceptos relativos a la paternidad-filiación, y la patria potestad, aparcando —para mejor ocasión— lo relativo a los aspectos matrimoniales.

### Filiación

Coherente con los principios constitucionales, y abandonando la anterior distinción entre hijos legítimos e ilegí-

timos, la ley comienza afirmando que la filiación por naturaleza puede ser «matrimonial y no matrimonial», lo que, a pesar de esta inicial clasificación, no debe suponer discriminación jurídica alguna, ya que ambos supuestos «surten los mismos efectos» conforme a las disposiciones del propio Código. Otra cosa es el rechazo, todavía hondo, que, debido a prejuicios instalados en los sectores más conservadores de la sociedad, puede marginar a los hijos extramatrimoniales...

En todo caso, la filiación determinará el orden de los apellidos, que podrá, no obstante, ser alterado al alcanzar el hijo la mayoría de edad. Los padres ejercen la patria potestad, salvo que alguno de ellos haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación o si la filiación fue judicialmente determinada contra su oposición. En ambos supuestos el hijo no obtendrá el apellido del progenitor...

La filiación, en general, se acredita por su inscripción en el Registro Civil; documento o sentencia que la determine legalmente; presunción de paternidad matrimonial y, en último extremo, por la posesión de estado. Sin embargo, conviene distinguir:

A) Filiación matrimonial determinable de acuerdo a las siguientes reglas:

Cuando haya sentencia firme que así lo exprese o por inscripción del nacimiento junto con la de matrimonio de los padres. Se presumen hijos del matrimonio los nacidos después de su celebración y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o separación legal o de hecho de los cónyuges. Aun así, si falta esta presunción de paternidad del marido por causa de separación, podrá inscribirse la filiación como matrimonial, si concurre el consentimiento de ambos cónyuges... Respecto a los nacidos dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio podrá el marido destruir la presunción de filiación matrimonial, mediante declaración auténtica en contrario, formalizada dentro de los seis meses siguientes a la noticia del parto. Se exceptúan de esta posible impugnación, los supuestos en que el marido hubiere reconocido —expresa o tácitamente— la paternidad, o conocido el embarazo con anterioridad a la celebración del matrimonio, salvo, en este caso, si ambos cónyuges, antes o después del matrimonio, formulan declaración auténtica y conjunta en contra de la filiación matrimonial, siempre que lo hagan dentro de los seis meses siguientes al nacimiento del hijo.

La filiación adquiere el carácter de matrimonial, desde la fecha de celebración del matrimonio, cuando éste tiene lugar con posterioridad al nacimiento

del hijo; lo que pudiera haberse evitado por el legislador, retrotrayendo al momento del nacimiento la filiación aludida, ya que, al sostener el criterio actual, indirectamente, se introduce un motivo de discriminación realmente innecesario...

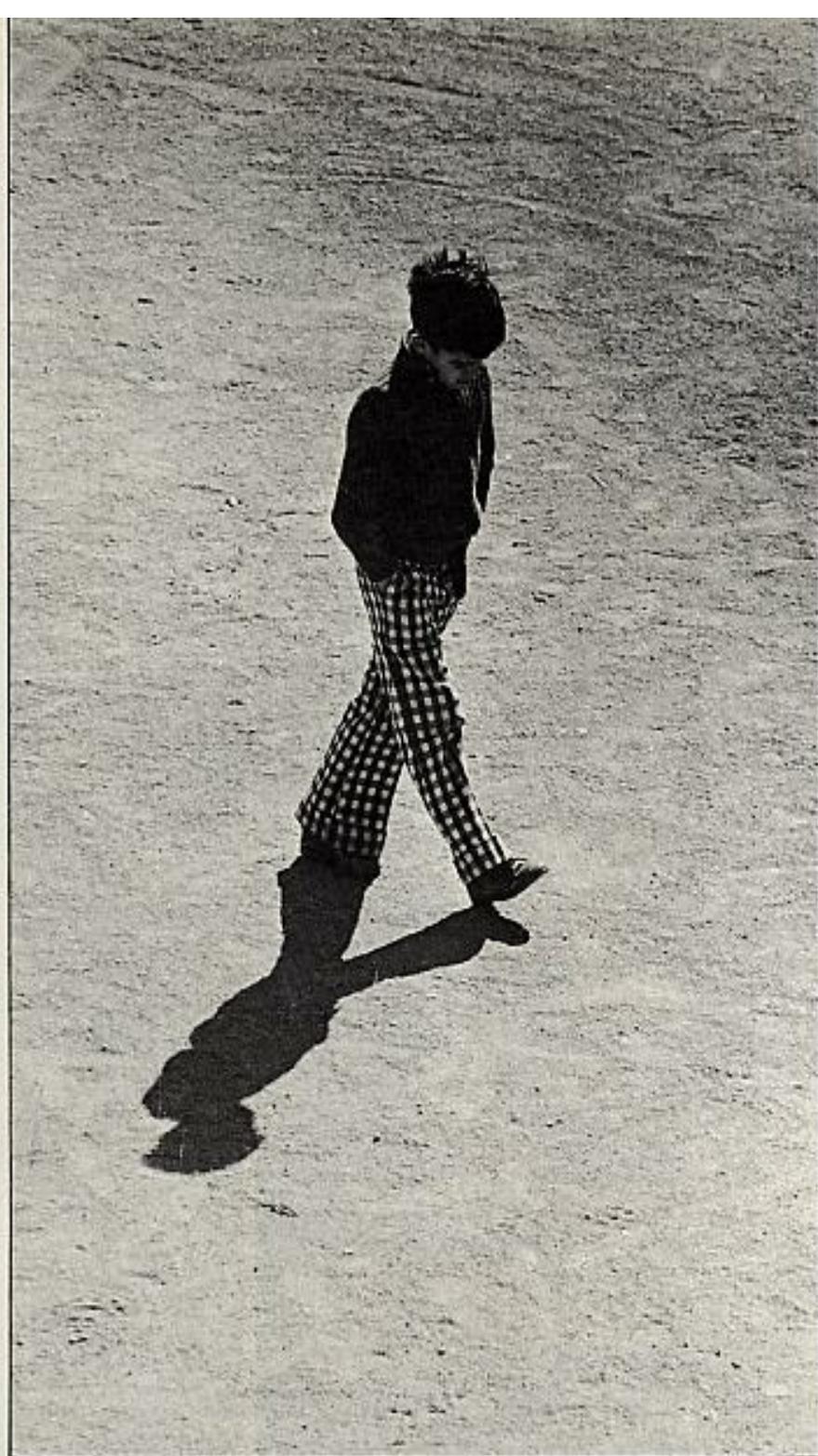
B) Filiación no matrimonial, concretada por:

Reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, testamento o documento público, resolución recaída en expediente o por sentencia firme. Finalmente, la madre que haya hecho constar la filiación materna dentro del plazo legal.

Es curioso el supuesto, contemplado por el legislador, de que la inscripción de paternidad practicada en base al reconocimiento de filiación efectuado en testamento o dentro del plazo legal para inscribir el nacimiento, pueda suspenderse a petición de la madre durante el año siguiente al nacimiento, siendo necesaria aprobación judicial cuando el padre solicita la confirmación de la inscripción. Si los progenitores fueren hermanos o consanguíneos en línea recta, determinada la filiación de uno de ellos, solamente puede concretarse la del otro, previa autorización judicial, y siempre que «convenga al menor o incapaz»...

Ahora bien, la filiación no está fuera de posibles acciones legales. En primer lugar, las dirigidas a la investigación de la paternidad y maternidad mediante toda clase de pruebas «incluidas las biológicas» (lo que plantea el problema de su posible obtención coercitiva, en cuanto que puede dañar la integridad corporal); si bien hay un principio restrictivo de carácter procesal en el ejercicio de dichas acciones, al exigirse, inicialmente, «un principio de prueba»..., quizá para defender a la persona demandada de peticiones infundadas sobre la atribución de paternidad.

La determinación de la filiación puede presentar dos aspectos diferentes: reclamación o, por el contrario, su impugnación. La Ley, que advierte que la acción para reclamar la filiación faculta a cualquier persona con interés legítimo para su ejercicio, si se basa en la constante «posesión de estado», ya que, en otro caso, el ejercicio de la acción reclamatoria de la filiación matrimonial —que es imprescriptible— queda reservado a los progenitores o al propio hijo. Aunque no haya prueba directa de la generación o del parto. La filiación puede declararse cuando resulta de las siguientes circunstancias: reconocimiento expreso o tácito, posesión de estado, convivencia con la madre en el momento de la concepción o de otros hechos suficientemente acreditativos. Se prevé, igualmente, la impugnación de la paternidad por el marido, o por



el propio hijo. Asimismo la mujer puede *rechazar* su maternidad, justificando que ha existido «suposición de parto o no ser cierta la identidad del hijo»...

## Dialéctica padres-hijos

Al abordar este tema, los nuevos preceptos del Código Civil introducen interesantes modificaciones; si bien no se ha evitado la *supervivencia* del término «patria potestad», que parece aludir a facultades exclusivas del *padre*, con desconocimiento de que, en la actualidad, se ejercen *conjuntamente con la madre* (artículos 154 y 156 del

referido Código). Dejando a un lado la cuestión (ciertamente importante—de la denominación de «potestad», (de vieja raigambre romanista, que, en efecto, se proyectaba sobre los «alieni juris»), es evidente que los padres pueden *recabar* el auxilio de la autoridad en el desempeño de funciones que, por definición, deben ser tuitivas y protectoras y no sancionadoras, puesto que a ello se oponen la más elemental pedagogía y los principios democráticos de respeto a la persona humana, así como el propio Código, que exigía que la facultad de corregir a los hijos sea *razonable y moderada*.

En el supuesto, no improbable, de que haya desacuerdo entre ambos progenitores sobre el ejercicio de la pa-

tria potestad, el Juez arbitrará fórmulas flexibles de atribución total o parcial de la misma a alguno de ellos. Si *viven separados*, la patria potestad se ejercerá por aquél con quien el hijo conviva, sin perjuicio de que el Juez pueda distribuirla conjuntamente entre ambos padres. En general, si los hijos son *menores de siete años*, quedarán al cuidado de la madre separada del marido.

Los padres ostentan la *representación legal* de los hijos menores no emancipados. En todo caso, y a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, puede el Juez adoptar *medidas cautelares* para asegurarle alimentos, apartar al menor de un *peligro* o *evitarle perjuicios*... eplégrafate que garantiza la protección ante posibles abusos en el ejercicio de la patria potestad, que, en principio, obliga a los hijos a *obedecer* a sus padres y *respetarles* siempre... Deber de sumisión que no puede, en ningún caso, posibilitar extralimitaciones.

Es posible la *prórroga* de la patria potestad (al alcanzar el hijo la mayoría de edad), cuando hubiese sido incapacitado *previamente* por deficiencias o anomalías psíquicas, o por sordomudez...

Si vive en compañía de sus padres y es mayor de edad cuando sobreviene alguna de las referidas causas de incapacitación, se *rehabilitará* la patria potestad sobre el mismo.

Aún cuando los padres administran los *bienes* de los hijos, quedan excluidos de este régimen, tratándose de mayores de dieciséis años, los adquiridos por éstos mediante *su trabajo o industria*; quizá por comprender el legislador la fuerte conexión entre trabajo y desarrollo de la personalidad. En general, los padres necesitan autorización judicial para enajenar o gravar bienes *inmuebles* de los hijos, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, debiendo acreditarse, además, las causas de utilidad o necesidad que motiven la venta. El hijo, en todo caso, puede acudir directamente al Juez, si la administración paterna pone en peligro su patrimonio, y al término de la patria potestad tiene la facultad de exigirles redición de cuentas de su administración.

Con estas previsiones se abre una serie de caminos nuevos en el desarrollo de la patria potestad que, por su evidente alcance tutelar, no puede suponer una rígida relación de dominio, sino que ha de enmarcarse en el proceso de creciente protagonismo de la juventud, que, a su vez, comporta cargas, responsabilidades y frustraciones, a las que no son ajenos quienes han venido ofreciendo el modelo, inmutable, de una sociedad gerontocrática y agresiva... ■ M. R. L.