

INMACULADA VIVAS TESÓN

**Mujer e igualdad:
la norma y su aplicación**
(Aspectos constitucionales, penales y civiles)

ESTUDIOS

12

TOMO III
**La situación de la mujer
en el derecho civil**





**Mujer e igualdad:
la norma y su aplicación**

TOMO I

El ordenamiento
constitucional; logros y
posibilidades

TOMO II

Aspectos penales, procesales
y penitenciarios

TOMO III

La situación de la mujer en el
derecho civil



MUJER E IGUALDAD:
LA NORMA Y SU APLICACIÓN

INSTITUTO ANDALUZ DE LA MUJER

SEVILLA

1999

© y Edición
INSTITUTO ANDALUZ DE LA MUJER
Alfonso XII, 52. 41002 Sevilla.
San Jacinto, 7. 29007 Málaga

Diseño y maquetación interior:
Tiempo Real, S.C.

Imprime:
Egondi Artes Gráficas, S.A.

ISBN: 84-7921-070-2
D.L.: SE-2966-99 (Tomo III)

MUJER E IGUALDAD: LA NORMA Y SU APLICACIÓN

(ASPECTOS CONSTITUCIONALES, PENALES Y CIVILES)

LIBRO EN TRES TOMOS

POR

RUTH RUBIO MARÍN

(Coautora y coordinadora)

DOCTORA EN DERECHO

PROF^ª. DE DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA UNIVERSIDAD DE SEVILLA

MYRIAM HERRERA MORENO

DOCTORA EN DERECHO

PROF^ª. DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD DE SEVILLA

INMACULADA VIVAS TESÓN

DOCTORA EN DERECHO

PROF^ª. DE DERECHO CIVIL DE LA UNIVERSIDAD DE SEVILLA

Con la colaboración de
Vanessa Casado Caballero
Licenciada en Derecho

INSTITUTO ANDALUZ DE LA MUJER

SEVILLA

1999

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

ATC	Auto del Tribunal Constitucional	MF	Ministerio Fiscal
ACp	Anterior Código Penal	OJ	Ordenamiento Jurídico
AP	Audiencia Provincial	pág./pp.	página/s
AA.VV.	Autores Varios	pfo.	Párrafo
BOE	Boletín Oficial del Estado	PJ	Poder Judicial
C.c.	Código civil	RAP	Revista de Administración Pública
C. de c.	Código de comercio	RCG	Revista de las Cortes Generales
Cdo.	Considerando	RD	Real Decreto
cit.	citado/a	RED	Revista Española de Derecho Administrativo
CCJC	Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil	REDC	Revista Española de Derecho Constitucional
CE	Constitución Española	REDI	Revista Española de Derecho Internacional
Cp	Código penal	REP	Revista de Estudios Políticos
Disp. Adic.	Disposición Adicional	RFDUCM	Revista de la Facultad de Derecho. Universidad Complutense, Madrid
Disp. Derog.	Disposición Derogatoria	RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
Disp. Trans.	Disposición Transitoria	RH	Reglamento Hipotecario
ed.	edición	RJC	Revista Jurídica de Cataluña
ET	Estatuto de los Trabajadores	RP	Reglamento Penitenciario
Exp. Mot.	Exposición de Motivos de una Ley	RRC	Reglamento del Registro Civil
FJ	Fundamento Jurídico	Ss.	Sentencias
LAAVD	Ley de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual	SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
LAR	Ley de Arrendamientos Rústicos	Secc.	Sección
LAU	Ley de Arrendamientos Urbanos	STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil	SOVI	Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal	STS/SSTS.	Sentencia/s del Tribunal Supremo
LH	Ley Hipotecaria	TC	Tribunal Constitucional
LO	Ley Orgánica	TS	Tribunal Supremo
LOGP	Ley Orgánica General Penitenciaria	V./vid.	véase
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial	vgr.	verbigracia
LRA	Ley de Reproducción Asistida		
LRC	Ley del Registro Civil		

ÍNDICE

ÍNDICE DE ABREVIATURAS IV

TOMO III 297

MUJER E IGUALDAD: LA SITUACIÓN DE LA MUJER EN EL DERECHO CIVIL

1. Introducción	299
2. La mujer casada	304
2.1 El impedimento de edad para contraer matrimonio: en especial, el caso de la menor embarazada	305
2.2 La influencia del matrimonio sobre la capacidad de la mujer casada	306
2.3 La situación de la mujer en los supuestos de crisis matrimonial	328
2.4 La mujer en la pareja de hecho	364
3. La madre y los hijos e hijas: la regulación de la filiación	367
4. La mujer ante una actuación médica negligente	375
4.1 Operaciones de cirugía estética	377
4.2 El valor del cuerpo de la mujer	378
4.3 Los llamados de <i>wrongful life</i> o hijos nacidos con deficiencias o minusvalías y <i>wrongful birth</i> o hijos sanos no deseados	379
5. Los derechos sucesorios de la mujer	384
5.1 Los derechos sucesorios de la viuda: su legítima	384
5.2 La sucesión de los títulos nobiliarios: un persistente desvío discriminatorio	386

ANEXOS

Anexo de legislación civil	391
Anexo de jurisprudencia civil	393
Anexo de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos	398

BIBLIOGRAFÍA GENERAL EN EL TOMO I

TOMO III

**MUJER E IGUALDAD:
LA SITUACIÓN DE LA MUJER EN
EL DERECHO CIVIL**

POR

INMACULADA VIVAS TESÓN

1. INTRODUCCIÓN

Es ya clásica la polémica acerca de las diferencias intersexuales, en detrimento, no es preciso siquiera decirlo, de la mujer. 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 de la mujer que, lógicamente, ha sido objeto de múltiples reproches, a los que ahora sumamos, desde un punto de vista exclusivamente jurídico, el nuestro.

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

Nos interesa especialmente la mujer hoy, en su proyección de futuro, de ello que nos preguntemos: ¿cuál ha sido la situación de la mujer desde 1889 hasta nuestros días?. El Código civil con el que contamos es el mismo que originariamente fue promulgado, si bien ha recibido diversos *parcheos* -permítasenos la expresión-, esto es, sucesivas operaciones de cirugía estética que han intentado -unas veces con éxito y otras no- poner en lo posible de acuerdo norma y realidad.

En 1889, nuestro Código civil nacería ya viejo y atrasado en cuanto a la condición civil de la mujer, lo cual es comprensible si partimos del dato de que el Código no fue más que el Proyecto de 1851 postdatado y una mera reproducción del Código francés de 1804, con el que compartía íntegramente todo su espíritu antifeminista, razones éstas que justifica-

ban sobradamente su censurable tinte anticuado y rancio en esta materia. Sus ejes fundamentales serían: 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-.

Ya en el siglo en que vivimos y que estamos a punto de terminar, 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 puede comprobarse- 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 definitivamente la tan absurda e irritante licencia marital-, rebasada ya, por tanto, la primera mitad del presente siglo, 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 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 consagrador del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo y su aplicación concreta al matrimonio contenida en el art. 32, preceptos ambos sumamente esenciales en todo Estado de Derecho. Las Leyes equiparadoras de reforma que precedieron a la Constitución conservaban todas ellas el principio de jefatura familiar, con el cual sólo 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.

Ya en clave constitucional, las principales reformas del Código civil son operadas por 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. Algunos años más tarde, la Ley 11/1990, de 15 de octubre, de modificación de varios artículos del Código civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo supondría una expresa denuncia legislativa de los reductos aún existentes de diferenciación entre hombre y mujer que habían escapado a todas las anteriores reformas acometidas en este sentido. Parece asombroso que hubiera que esperar hasta el año 1990, repárese en la data de la Ley -si hacemos cuentas, hace tan sólo 9 años-, para que existiese un serio intento de eliminar los desvíos del principio de igualdad aún remanentes en el Código civil. De todos modos, ¡más vale tarde que nunca!. En materia de nacionalidad, si bien algunos cambios fueron introducidos por la antes citada Ley de 1975 y la Ley 51/1982, de 13 de julio, la principal reforma ha sido operada asimismo en esta última década por las Leyes 18/1990, de 17 de diciembre y 29/1995, de 2 de noviembre. Por último, la muy reciente Ley 40/1999, de 5 de noviembre pretende -siendo dudoso que lo logre- hacer desaparecer las discriminaciones sexistas en la elección de los apellidos del hijo/a.

Tras este rápido recorrido por los principales *parcheos* del Código civil en cuanto a la patológica discriminación por razón de sexo en él latente ya desde su promulgación, podemos concluir en que ha existido un ascenso satisfactivo de la mujer en el proceso histórico del Derecho Civil. Sin embargo, se trata de un proceso todavía inacabado, pues no existe aún una plenitud jurídica absoluta entre el hombre y la mujer; el fenómeno es tendencialmente ascendente y positivo, hay muchos indicios que así lo ponen de manifiesto, mas no se ha alcanzado todavía la conquista definitiva.

Efectivamente, aún quedan resquicios o flecos de esa inferioridad social y, en consecuencia, legal de la mujer, de ello que algunas reglamentaciones se presenten todavía muy necesarias para superar la marginación de la mujer que persiste en nuestro Derecho Civil. Es preciso un ajuste legal de la *praxis*, esto es, la igualdad de sexos en las dimensiones personal, social y familiar ha de penetrar en el Derecho, ya que, en nuestra opinión, el logro equiparador ha de conseguirse en dichos ámbitos con carácter previo a su plasmación por el Derecho. Como es sabido, 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, por desgracia, en las relaciones de género, el compás entre el hecho y la norma textualizada no está totalmente armonizado, sino todo lo contrario, hay una más que evidente distonía en la que toda realidad presenta una mayor fiabilidad que cualquier predicción legislativa.

Hemos podido comprobar que la equiparación de sexos ha tardado mucho en incrustarse en las sucesivas reformas del Código civil. La conciencia evolutiva hacia la paridad tiene su desarrollo en el siglo actual, concretamente, en su segunda mitad y, para precisar aún más, en la última década, retraso debido, sin lugar a dudas, a motivos históricos y socio-políticos, lo cual hace ver que el precedente sociológico es soporte o premisa indispensable para abordar legalmente la situación jurídica de la mujer.

Desde aquí queremos conocer el camino andado y el que aún queda por andar, sobre todo, nos interesa el trabajo que aún está pendiente de realizar. Nuestra intención será la de aportar conclusiones jurídicas y prácticas, destacar las conquistas alcanzadas y los lamentables vacíos normativos, tratando de arbitrar cauces y, en última instancia, averiguar cómo y por qué las mujeres seguimos, de alguna manera y para determinados aspectos, relegadas a un segundo plano.

En el estudio de la problemática hombre *versus* mujer en el Derecho Civil, la discriminación se palpa en relación a toda mujer, aunque, más decisivamente, en la mujer casada. Por consiguiente, el matrimonio va a ser punto obligado de referencia.

La mujer soltera, tras ser 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, en la actualidad, dentro de nuestro área cultural, ha adquirido un papel o posición con un mayor margen de maniobra, de modo que hoy puede afirmarse la idéntica capacidad -en nuestros días, la diversificación de las personas en orden a su capacidad de obrar se establece exclusivamente entre mayores y menores de edad- e independencia -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.- del hombre y de la mujer, razón por la cual podemos decir que, para el actual Derecho Civil, la mujer soltera y el hombre soltero se encuentran plenamente equiparados.

Como decimos, esta mujer sola, en cuanto mujer, ha sido mucho menos discriminada que la mujer en cuanto a su posición dentro del matrimonio, hasta el punto de poder sostenerse que la soltera y la viuda eran iguales al hombre, no así la casada, razón ésta por la cual nuestras consideraciones se van a centrar, básicamente, en el estudio de la mujer en el seno del matrimonio. Sin más comenzamos.

2. LA MUJER CASADA

PLANTEAMIENTO

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 por 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.

Las discriminaciones en la familia han estado en función de la atribución del puesto de mando y del de cooperación. Secularmente al hombre y a la mujer se le han atribuido cometidos distintos en el seno de la familia 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 luego pasaba a depender de la persona que habían elegido como marido. No había más que un tránsito de poder del padre al marido, sin saberse qué era peor, como se apunta, ya que por lo menos al primero le unían vínculos de sangre, mientras que el segundo no pasaba de ser un extraño.

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, más especialmente, entre los cónyuges, paridad consagrada, como es sabido, en los arts. 14 y 32.1º CE.

2.1 EL IMPEDIMENTO DE EDAD PARA CONTRAER MATRIMONIO: EN ESPECIAL, EL CASO DE LA MENOR EMBARAZADA

El art. 46.1º 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 C.c. Pero este 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 al menor 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 menor peticionaria, como reconoció la RDGRN de 25 de enero de 1985.

Sin embargo, la RDGRN de 28 de marzo de 1985 no dispensó a la contrayente embarazada de 15 años, a pesar de su propósito firme como asimismo del pretendido contrayente de casarse entre sí, porque, además de la oposición frontal de los padres de la menor, que, como es preceptivo, fueron oídos 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* -Cdo. 2º-, lo que deja ver, como señala la posterior RDGRN de 25 de abril de 1996, 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 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.*

Tras lo expuesto, podría pensarse que la inclusión en la expresión legal *justa causa* del embarazo de la menor se debiera 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 que se permita la dispen-

sa del impedimento de edad. No es éste, sin embargo, el criterio seguido por la DGRN, 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 también del varón para determinar la conveniencia o no del matrimonio.

2.2 LA INFLUENCIA DEL MATRIMONIO SOBRE LA CAPACIDAD DE LA MUJER CASADA

PLANTEAMIENTO

Hoy se palpa con 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 Código civil, 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 por el hecho de casarse o estar casada y seguir la condición de su marido, por ello que le viniera impuesta la nacionalidad y vecindad civil de éste, debiendo adquirir, 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 -originarios arts. 14.4, 22 y 58 C.c., respectivamente-.

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 cuanto 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, 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 el matrimonio, de este modo, la capacidad de obrar de la mujer. La mujer casada era una mujer incapaz, subordinada a su cónyuge en las relaciones personales, ya lo hemos visto, y, por lo que ahora más nos interesa, también económicamente al marido, 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. Existía, por tanto, una auténtica potestad marital, tanto en la esfera personal como en la patrimonial.

Súmese a los anteriores otro dato fundamental que pone claramente de manifiesto el papel segundón 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 -repárese en la salvedad- el caso de 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, como no podía ser de otra manera, 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*, por consiguiente, 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 -antiguos arts. 184, 211, 220, 227, 230 y 295 C.c.-, deprimente discriminación que debió esperar hasta el año 1981, en el que la Ley de 13 de mayo operaría el tan deseado viraje institucional en esta materia.

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

2.2.1 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 -vid. Disp. Trans. de dicha Ley-, la Ley 51/1982, de 13 de julio y las recientes Leyes 18/1990, de 17 de diciembre y 29/1995, de 2 de noviembre -vid. la Disp. Trans. 2ª de esta última-, 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; el actual art. 14.4º C.c. 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* -vid. Disp. Trans. de la Ley 11/1990, de 15 de octubre- 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* -que podrá ser 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 no puede considerarse de ninguna manera vigente el art. 64 LEC al disponer que *el domicilio de las mujeres casadas, que no estén separadas legalmente de sus maridos, será el que éstos tengan*, precepto que debió haberse modificado hace ya mucho tiempo y que, como no podía ser de otro modo, ha desaparecido en el Proyecto de LEC que muy pronto verá la luz. 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 art. 82 C.c., al tratar de la separación matrimonial expresa: *Son causas de separación: 1ª) ... la infidelidad conyugal...*, debiéndose entender, por tanto, que el deber de fidelidad ha de exigirse 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 -yacimiento con varón distinto de su esposo- y del marido *cuando notoriamente tuviese mancha fuera del domicilio conyugal*, si bien hoy han desaparecido con la despenalización del adulterio, estableciéndose consiguientemente también en este ámbito del Derecho la igualdad entre los cónyuges.

En lo que atañe a los derechos y obligaciones de los cónyuges en sus relaciones personales, el actual art. 67 C.c. reza que *el marido y la mujer 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 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 salga de su cómoda posición y llene de contenido 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.

Las cosas, como puede comprobarse, han cambiado mucho para la mujer casada. Las sucesivas reformas del Código civil 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 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 romperse, nada puede obligar a la mujer a mantener una vida no deseada -por tanto, tener que 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* -vid. arts. 96, pfo. 2º y 103.2º C.c.-, 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.

2.2.2 ESFERA PATRIMONIAL: LA SUPRESIÓN DE LA LICENCIA MARITAL Y LA EQUIPARACIÓN PATRIMONIAL DE LOS CÓNYUGES

La Ley de 1975 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 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 estableció que ninguno de los cónyuges podía atribuirse la representación del otro sin que le hubiera sido conferida voluntariamente.

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 fue precisamente dicha Ley la que suprimió el deber de obediencia en el terreno personal, logro con el que choca frontalmente el hecho de mantener la vigencia de la autoridad marital en la esfera patrimonial. 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 trabajo doméstico; 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, servicio doméstico, reparaciones ordinarias, limosnas, donativos de vestidos o muebles usados, etc.; ¡estaría bueno que ni siquiera eso se le hubiese concedido!-, 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.

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, lo que acontecerá en mayo de 1981, con 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 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-, que son, de un lado, aquellas comunes a todo régimen matrimonial y, concretamente, las contenidas en los arts. 1318 a 1324 C.c. que constituyen lo

que se denomina *régimen económico matrimonial primario* por contemplar las cuestiones más elementales de toda convivencia conyugal aunque sin constituir un verdadero régimen económico matrimonial y, de otro, las normas imperativas propias de cada régimen patrimonial del matrimonio.

Junto a las leyes, se encuentra el límite de las buenas costumbres concretado en el standard ético-social de comportamiento, ambos, conceptos no determinados por la jurisprudencia y que reclaman urgentemente la fijación de un contenido concreto y actual, sobre todo porque, si son nociones caracterizadas por una enorme imprecisión y ambigüedad y, además, no han sido puestas al día ni a la actual aprobación pública, 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 impuesta a esta libertad de pacto que es, precisamente, la igualdad de derechos que corresponde a cada uno de los cónyuges, recogida 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, en particular, 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 -vid. arts. 1709 a 1739 C.c., normas reguladoras del contrato de mandato-, 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 en nuestro ordenamiento, 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 -algunos ni siquiera lo consideran *trabajo*, que sólo lo es el externo y genuinamente masculino-, al día de hoy altruista, 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 de titularidades y responsabilidades -independencia de los cónyuges, como si fueran solteros- 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 rijan 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 Derecho antiguo, 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, son muy frecuentes los casos en los que sigue

siendo 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 no se repara en absoluto-, sin vacaciones, sin fines de semana y sin retribución.

Pues bien, parece que el legislador moderno ha dado 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 contrasta indudablemente con su irrelevancia social retributiva. De este modo, en la reforma del Código civil 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, 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 y de manera indirecta e insuficiente, como veremos en su momento, para la fijación de la cuantía de la pensión compensatoria 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. considera el trabajo y su posible retribución cuando concurren los presupuestos exigidos para la determinación del desequilibrio económico que da derecho a la pensión compensatoria, los cuales serán estudiados más adelante. Aquí basta decir que se niega el mentado derecho si el cónyuge que reclama la pensión 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.

Representémosnos 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 para recibir la prestación económica compensatoria, podríamos decir que la mujer tendría derecho a dicha pensión. Sin embargo, pensemos que, con igual dedicación a la descrita, la mujer, justo antes de producirse la crisis conyugal, 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.

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.

Pero la actuación de la mujer en la esfera del Derecho Privado no se agota con las relaciones jurídicas contempladas en el Código civil; 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 Código de comercio 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 Código civil, 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 -vid. Apdo. 7º de la Exp. de Mot. de la Ley de 2 de mayo de 1975-. Nos basta con la lectura del art. 4 C. de c.: “*tendrán capacidad legal para el ejercicio habitual del comercio las personas mayores de edad y que tengan la libre disposición de sus bienes*”. Con dicha genérica formulación, mayor claridad no cabe.

Dentro de este ámbito y en materia arrendaticia, en la STC 159/1989, de 6 de octubre, en un supuesto de arrendamiento de local de negocio suscrito por el marido en que se instaló un negocio ganancial, tras procederse a la liquidación y partición del haber ganancial, fue adjudicado a la esposa. Años más tarde, la LAU de 1994 permitiría expresamente la subrogación *mortis causa* del arrendatario por parte de su mujer que continúe la actividad desarrollada en el local de negocio arrendado, tradicional arrendamiento hoy día incluido dentro de la más amplia categoría de los *arrendamientos para usos distintos del de vivienda* que regula dicha Ley en su Título III -vid. Apdo. 3º de la Exp. de Mot. y arts. 4.3º y 33 LAU-. Asimismo podrá el arrendatario rústico subarrendar a su mujer -art. 71.d) LAR-, ésta podrá subrogar a su marido en el contrato de arrendamiento rústico si en ella concurre el carácter de profesional de la agricultura y, en su caso, de cultivador personal, subrogación ésta que deberá ser notificada fehacientemente al arrendador -art. 73 LAR- y, en el caso de fallecimiento del arrendatario, la mujer tiene derecho a sucederle en el arrendamiento, según el orden establecido por el art. 79 LAR y debiendo ser profesional de la agricultura.

2.2.3 ESFERA FILIAL: LA PATRIA POTESTAD COMO FUNCIÓN DUAL Y EL ACTUAL ROL DE LA MUJER COMO MADRE

Como ya hemos dicho no hace mucho, 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 agilitar 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 realidad respecto de la norma que no podía seguirse tolerando, 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 C.c. que *los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre*.

Por consiguiente, hoy se otorga la titularidad de la patria potestad, como regla general, conjuntamente al padre y a la madre, de modo que, en principio, todas las decisiones concernientes a los hijos no emancipados habrán de ser tomadas por los progenitores de común acuerdo o por uno de los dos con el consentimiento del otro, según establece el art. 156 C.c., regla de actuación conjunta en todo y para todo que el legislador flexibiliza para evitar problemas prácticos, en especial, en relación a actos cotidianos de escasa importancia, conformándose con la actuación individual de un progenitor con el consentimiento del otro, pudiendo ser éste expreso o tácito e, incluso, frente a terceros, presunto -art. 156. pfo. 3º C.c.-, cuya ausencia hace al acto en cuestión anulable -por aplicación analógica del art. 1322 C.c. y directa del art. 1301 *in fine* C.c., por consiguiente, válido en tanto no se impugne- y no nulo.

Siendo esto así, ¿qué ocurre en caso de desacuerdo entre los cotitulares de la patria potestad?. Según lo dispuesto por el propio art. 156 C.c., en su pfo. 2º, será el Juez, a instancia de cualquiera de los cotitulares de la patria potestad, quien, tras oír a ambos progenitores así como dar audiencia al hijo mayor de doce años o menor de esta edad pero con suficiente juicio, resuelva, sin que quepa recurso contra su decisión, en caso de desacuerdo, pero no dirimiendo la concreta cuestión sobre la cual no se llega a un acuerdo, sino atribuyendo la facultad de decidir

sobre la misma a uno de los cotitulares de la patria potestad. Si las desavenencias son reiteradas o concurre una causa que entorpezca el ejercicio conjunto o solidario de la patria potestad, el Juez puede hacer cesar temporalmente la conjunción del ejercicio de la misma mediante la suspensión en su ejercicio a uno de los progenitores o mediante la desmembración y reparto entre ambos de su contenido.

¿Y qué sucede cuando sea imposible recabar el consentimiento del otro progenitor y el acto no admita dilación sin grave perjuicio para el menor?. Pensemos en una urgente intervención quirúrgica o el bautismo de un recién nacido en peligro inminente de muerte estando presente sólo uno de los progenitores. Parece que en tales casos está excepcionalmente permitida la actuación individual de uno de los cotitulares sin que el progenitor no actuante pueda impugnar *a posteriori* el acto fundándose en su falta de consentimiento. Asimismo son válidos los actos que realice uno de los cónyuges conforme al uso social y a las circunstancias -art. 156, pfo. 1º C.c.-, de nuevo, conceptos jurídicos indeterminados que reclaman con urgencia un adecuado nivel de concreción jurisprudencial.

En defecto -ha de entenderse muerte, declaración de fallecimiento, indeterminación de la paternidad, privación y exclusión de la patria potestad- o *por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro*, establece el art. 156, pfo. 4º C.c.

Dispone el art. 170, pfo. 1º 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 penado civil -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; vid. STS., Sala de lo Penal, de 20 de diciembre de 1993-, 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-.

La privación de la patria potestad sobre los hijos estará 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.

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 a la hora de decidirse la atribución del ejercicio de la misma, deberes incumplidos que precisamente comienzan a cumplirse, por ejemplo, el pago de la pensión alimenticia o las visitas, bien espontáneamente al conocer la firme decisión de la madre de interponer demanda judicial pretendiendo la privación de la patria potestad del otro progenitor sobre los hijos/as, bien forzosamente obligado por sentencias de los Tribunales.

Veamos, de forma resumida, cómo pondera la jurisprudencia la aptitud de los progenitores para el ejercicio de la patria potestad de los hijos:

La madre:

-no existe en la madre una conducta integradora de ejemplos corruptores para su hija por el hecho de vivir con un hombre casado pero separado con el que mantiene relaciones íntimas y queda embarazada (STS. de 19 de octubre de 1983, en la que el fallo del Supremo fue acertado, no así su justificación, pues parece admitir la posibilidad de que en otros supuestos, los ejemplos corruptores de la madre sí que puedan tener virtualidad suficiente para ser estimados como un incumplimiento suyo de las obligaciones inherentes a la patria potestad).

-es procedente la privación de la patria potestad cuando la madre es condenada por delito de abandono de familia (STS. Sala de lo Penal, de 9 de octubre de 1991, pronunciamiento interesante del Supremo en el que la madre del menor y su compañero sentimental pero no padre biológico del mismo fueron condenados por falta de lesiones leves, recurriendo en casación el Ministerio Fiscal solicitando exclusivamente la condena a la madre como autora del delito de abandono de familia, no del otro inculpado, cuya conducta, según mantiene acertadamente y con loable progresismo el TS, hubiera sido merecedora de la misma calificación, pues aunque es dudoso que en el momento de ocurrir los hechos hubiera contraído matrimonio, la verdad es que al convivir bajo un mismo techo, hacer vida marital y tener acogidos a los descendientes de uno y otro, la responsabilidad de cuidado y los deberes inherentes a la paternidad también correspondían al varón (cuidador de hecho), al haber éste aceptado voluntariamente tal convivencia -FJ. 3º-; STS. Sala de lo Penal, de 1 de marzo de 1993).

-el abandono de los hijos y del hogar familiar, para dedicarse al ejercicio de la prostitución sin acudir antes a ningún organismo ni institución social de atención a personas desvalidas, constituye, de modo patente, una conducta desordenada de la madre (STS. Sala de lo Penal, de 17 de septiembre de 1992, en la que, según parece, las alegaciones de la madre recurrente en casación coincidían en el fondo con la tesis mantenida en su voto particular por uno de los Magistrados del Tribunal de instancia).

-no carece de capacidad para cumplir con sus funciones la madre drogode-

pendiente -ejerciendo en esa época la guarda y custodia las tías del menor- y posteriormente desintoxicada (STS. de 20 de mayo de 1997).

El padre:

-es procedente la privación de la patria potestad sobre la hija de dos años cuando el padre viudo es condenado por delito de abandono de familia por conducta desordenada, al haberse despreocupado de la criatura, a quien había dejado en compañía de sus abuelos maternos y a la que en ningún momento visitó y a la que sólo hizo objeto de algún esporádico regalo pero sin prestarle, en todo el tiempo transcurrido, el auxilio económico indispensable para su mantenimiento, cuidado y educación, ni tampoco la asistencia que todo padre está obligado a deparar a sus hijos en orden de su formación moral y humana (STS. Sala de lo Penal, de 13 de marzo de 1992).

-es procedente la privación de la patria potestad cuando el padre del hijo se encuentra en prisión provisional sujeto a la causa penal o ha sido condenado por homicidio con agravante de parentesco -antiguo delito de parricidio- en la persona de su esposa y madre de aquél (SSTS. de 20 de enero de 1993; 31 de diciembre de 1996, en la que, con pronunciamiento tal, nuestro TS pone de manifiesto, con loable claridad, que el hecho de que el padre haya matado a la madre tiene mucho que ver con ser mal padre, al igual que en la S. de la Sala de lo Penal, de 15 de enero de 1997; en sentido contrario parece pronunciarse la STS. Sala de lo Penal, de 10 de octubre de 1994).

-la privación de la patria potestad, sea temporal, parcial o total, requiere, de manera ineludible, la inobservancia de aquellos deberes de modo constante, grave y peligroso para el beneficiario y destinatario de la patria potestad, el hijo, por parte de su padre (STS. de 18 de octubre de 1996, en cuya litis el padre se había despreocupado absolutamente de su hija tras romper la convivencia con la madre de la misma, desatendiendo económica y afectivamente a la menor, pese a lo cual, no se estimó que estuviera incumpliendo de forma grave, peligrosa y constante con sus deberes como padre. Entonces, ¿cuándo, en opinión del

TS, se produce este incumplimiento?; ¿habría sido otro el fallo de haberse tratado de la madre?; véase asimismo la STS. de 23 de febrero de 1999).

-existe mayor seguridad para el cumplimiento de los deberes si se priva al progenitor de la patria potestad, dado que, si realmente tiene interés en cumplir sus deberes para con la niña, cumplirá y, de no ser así, parece ajustarse al interés de ésta que no ostente la patria potestad (STS. de 5 de marzo de 1998, en la que el demandado fue privado totalmente de la patria potestad de su hija extramatrimonial de la que jamás se preocupó o veló, ni satisfizo cantidad alguna para su sustento, salvo cuando fue obligado por sentencias de Tribunales, además de que nunca ejerció su derecho de visitas que no reclamó hasta que la actora inició el pleito para privarle de la patria potestad, de manera que cabía deducir que trataba de perturbar la normal y pacífica convivencia de la actora con otro varón, a quien la hija consideraba como su padre, al no tener conocimiento ni conservar memoria del demandado).

Como puede fácilmente vislumbrarse, pese a la diversidad de los supuestos judicialmente planteados en atención a las múltiples circunstancias en que pueden hallarse tanto los hijos como los padres y a la enorme discrecionalidad de los jueces en esta materia -vid. STS. de 22 de mayo de 1993-, se percibe una evolución muy favorable del Tribunal Supremo a la hora de resolver este tipo de litigios y ello quizás sea debido a la justa valoración -por tanto, desprovista de todo prejuicio- que realiza 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 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 Código civil y que han de ser eliminados *in radice*, se sigue considerando como canon de la diligencia media al *buen padre de familia* -vgr. arts. 497, 1094, 1104.2º, 1555.2º, 1867, 1889 y 1903- como si la *buena madre* no pudiera ser jamás modelo o patrón de diligencia a seguir.

Podemos concluir de todo lo dicho que debe ser, en todo caso, el interés del menor informador 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 circunstancias concretas 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.

En los supuestos de crisis matrimonial no se extingue la patria potestad. 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. Volveremos sobre ello.

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 nuevamente por la Ley de 13 de mayo de 1981 dispone en su segundo 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. 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.

Hace poquisimo tiempo se ha dado un paso adelante. La Ley 40/1999, de 5 de noviembre, sobre nombre y apellidos y orden de los mismos, ha dado nueva redacción al art. 190C.c. y a los arts. 54 y 55 LRC, con el fin de permitir que el padre y la madre de común acuerdo decidan el orden de los apellidos de sus hijos e hijas. Pero, ¿setrata realmente de un paso adelante?. Concretamente , ¿permitirá el padre que el apellido materno anteceda al suyo?. Puede que sí -porcentaje menor de casos- o que no -porcentaje considerablemente mayor de casos- y en este último supuesto, ¿por qué en defecto del acuerdo de los conyuges sigue entrando en juego la primacía del apellido paterno sobre el materno?.

Muchos de los desvíos desfavorables para la mujer contenidos en el Código civil sabemos que no fueron reformados ni por la Ley de 1958, ni por la de 1975, sino hasta la más reciente de 13 de mayo de 1981 y, en su caso, en lo atinente a la tutela, por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, Ley que hizo desaparecer el ya mencionado Consejo de Familia junto a la figura del protutor.

El Código civil regulaba de forma muy confusa las instituciones tutelares o pupilares, inspiradas en la patria potestad y que suplen o completan la capacidad de obrar de quien no la posee en plenitud, confusión que imponía su urgente reforma, la cual no llegaría hasta la citada Ley de 1983, que dió nueva redacción y sistemática a los Títulos IX y X del Libro I, dedicados, respectivamente, a tratar la incapacitación y los distintos órganos para la guarda de los menores e incapacitados, conteniendo asimismo la declaración de prodigalidad. También la Ley 11/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, afectó profundamente al régimen de la guarda de menores.

Alcanzada la trascendental mejora igualitaria recaída en torno a la patria potestad, desde 1981 también, por qué no, *matria potestad* -puesto que aún puede encontrarse cierto matiz terminológico discriminatorio al seguirse hablando de *patria potestad*-, la igualdad también caló hondo en las instituciones de guarda, completándose, así, la equiparación conyugal, corrigiéndose 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.

En cuanto a la reforma de 1987 en materia de adopción -que pasa a equipararse a la filiación por naturaleza; vid. art. 108 C.c.- y otras formas de protección de menores, en el art. 175.1º C.c. desaparece la mención de la *adopción por marido y mujer*, y pasa a decir *la adopción por ambos cónyuges*, aunque en el art. 180.2º C.c. perdura la expresión padre o madre, cuando debió haber optado por la de cualquiera de los padres; por último, la alusión al asentimiento de la madre del art. 177.2.2º, pfo. 3º C.c. no es ni mucho menos discriminatoria, pues subyace en la norma una razón biológica que la justifica sobradamente.

2.3 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.

La nulidad del matrimonio, que opera en virtud de defectos estructurales producidos *ab origine* en la celebración del mismo, ha de fundarse en alguna de las causas que se contienen en el art. 73 C.c., como la enajenación o enfermedad mental del otro contrayente en el momento de la celebración del matrimonio, como se alegó en la STS. de 18 de septiembre de 1989, en la que el marido que formulaba demanda contra la esposa sobre nulidad del matrimonio no consiguió probar la enajenación mental de ésta y en la de 10 de marzo de 1992, en la que, declarada la nulidad pretendida por el marido por incapacidad de la esposa para asumir las obligaciones conyugales en razón a la enfermedad que pade-

ca, una neurosis profunda con marcada conflictividad sexual, se concedió a la esposa la indemnización prevista en el art. 98 C.c., decisión que fue recurrida en casación por el marido ante el TS, que dió lugar al recurso interpuesto por falta del trámite de homologación judicial-civil de las sentencias de los Tribunales eclesiásticos *ex art.* 80 C.c.; en la S. de 23 de febrero de 1993, la esposa ejercitó la acción indemnizatoria del citado art. 98 C.c. al ser estimada la demanda de nulidad del matrimonio interpuesta por el marido por falta de suficiente libertad por parte del varón, debido a temor reverencial y a otros factores coaccionantes, siéndole concedida la cantidad de seis millones por ambas instancias, decisión que recurrió en casación el marido y que el TS. desestimó por improcedente y en la reciente S. de 20 de febrero de 1997 no fue estimada la pretensión del marido acerca de la nulidad de su matrimonio fundada en el error en la cualidad de la persona de la demandada por falta de fidelidad de ésta con anterioridad al matrimonio, pues, como declaró el TS., *hoy no es defendible afectar a una cualidad personal determinante de la dación del consentimiento, el hecho de que éste se prestó bajo la confianza o condición de que anteriormente a la celebración del matrimonio el otro contrayente había observado esa exigencia de fidelidad, generalmente, entendida como indemnidad en la vida sexual con persona distinta a la del futuro consorte, máxime, en el caso de autos, cuando, al haber convivido 'de facto' los luego contrayentes desde 1981, al contraer matrimonio en 3 de octubre de 1986, hacen presumible las relaciones sexuales anticipadas entre los mismos, lo cual, en alguna lectura colateral bien sesgada, por cierto del posibilismo contiguo a la tan otrora valoración y hoy casi obsoleta virginidad, viene a implicar la previa actitud por parte de ellos, más o menos laxa o tolerante, en punto a susodicha indemnidad somática, que ya inexistía cuando se concertó el posterior consorcio matrimonial, con el consiguiente efecto impeditivo de su probanza fisiológica.*

La separación conyugal -arts. 81 a 84 C.c.- supone la ruptura de la convivencia matrimonial que, a diferencia del divorcio, no afecta al vínculo y que requiere la adaptación del régimen jurídico del matrimonio y de la patria potestad, en su caso, a la nueva situación en la que pasan a encontrarse los cónyuges separados, en tanto que el divorcio es un medio disolutorio del matrimonio que se produce a través de una sentencia judicial obtenida a iniciativa de uno o de los dos cónyuges con

base en alguna de las causas legalmente determinadas en el art. 86 C.c., precepto que contiene un *numerus clausus* o elenco cerrado de las mismas -vid. la interesante S. del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de octubre de 1979, Caso Airey, acerca de un caso de separación en Irlanda, en donde no existe el divorcio como forma de disolución del vínculo matrimonial-.

Veamos qué dicen nuestros Tribunales acerca de los procedimientos matrimoniales, examinando la denominada *jurisprudencia menor*, esto es, el conjunto de resoluciones dictadas por las AP y no las del TS, ya que, según el apdo. j) de la Disp. Adic. 5ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio, el recurso de casación, en materia de separación y divorcio, sólo se admitirá a instancia del Ministerio Fiscal y en interés de ley, prerrogativa ésta, por cierto, escasamente utilizada, lo que ha venido, sin duda, a limitar considerablemente las fuentes del Ordenamiento Jurídico que regula las crisis matrimoniales -vid. art. 1.6º C.c.-. Para su mejor y más fácil consulta, las hemos sistematizado temáticamente, advirtiendo que, dado el número de Audiencias existentes en nuestro país, la disparidad de criterios en esta materia es denominador común, a lo que ha de sumarse la arbitraria selección de las mismas que se observa en el Repertorio Jurisprudencial consultado.

2.3.1 CAUSAS DE SEPARACIÓN

A. La pérdida de la *affectio maritalis*

-la subsistencia del principio sobre el "favor matrimonii" y que el deber de convivencia sigue siendo de orden público (art. 68) imponen la inexcusable concurrencia de causa legal, en que uno de los esposos esté incurso, para que el otro pueda instar la separación poniendo fin a la vida en común, a no ser que la cesación se opere por acuerdo o mutuo disenso (SAP. de Barcelona, Secc. 12ª, de 16 de marzo de 1998).

-la simple presentación de la demanda de separación por un consorte no es demostrativa de la quiebra del cariño marital y determinante de la obtención de amparo de la separación postulada (SAP. de Barcelona, Secc. 12ª, de 13 de junio de 1997).

-en el concreto ámbito de la litis matrimonial y conforme viene sosteniendo esta Sala, la presentación de la demanda de separación constituye tan sólo un mero indicio del posible deterioro de las relaciones de los cónyuges litigantes, que por sí sólo no tiene entidad suficiente para incardinarse en la categoría de las presunciones, conforme a lo que previene el art. 1253 C.c. (SAP. de Madrid, Secc. 22ª, de 23 de enero de 1998).

-La ruptura de la "affectio conyugal" que supone una quiebra irreversible del matrimonio, con infracción de los deberes establecidos por los arts. 67 y 68 C.c., base de la institución matrimonial, hace que la vida en común, demasiado difícil sea admisible como causa genérica de separación, junto a las específicas del art. 82 C.c., integrándose concretamente en el apdo. 1º "in fine" del citado precepto (SSAP. de Almería de 19 de abril de 1993; de Navarra de 4 de junio y 27 de noviembre de 1993; de Tarragona de 24 de enero de 1994; de Navarra de 29 de abril de 1994 y Valencia de 8 de noviembre de 1994).

B. Abandono injustificado del hogar (art. 82.1ª C.c.)

-no existe abandono injustificado del hogar por el traslado durante seis meses por motivos laborales a otra localidad de la esposa sin hacer dejación de los deberes inherentes de asistencia a los hijos (SAP. de Barcelona, Secc. 12ª, de 23 de enero de 1995).

C. Infidelidad conyugal (art. 82.1ª C.c.)

-resulta difícil, a la vista del contenido de una tarjeta postal del marido descubierta por la esposa, considerar que se redactó con "animus iocandi" exclusivamente, su encabezamiento: "Hola amor mío" y su final "Hasta pronto muchos besitos de Ramón" resultan altamente expresivos y no cabe estimar el carácter intrascendente y lúdico que se le atribuye por el demandado, las expresiones transcritas suponen algo de mucha mayor trascendencia en las relaciones matrimoniales, dado que la fidelidad excede de la simple exclusividad de las relaciones sexuales de los cónyuges pudiendo darse una infidelidad de carácter espiritual, psicológico o sentimental que conduce al que-

brantamiento de los deberes que atañen a los esposos y que establecen los arts. 66, 67, 68 y 69 C.c. (SAP. de Huesca de 25 de noviembre de 1992).

-las sospechas de la actora de que el desvío afectivo de su marido tiene su causa en la presencia de otra mujer tienen sólido fundamento ya que es poco de creer que dos personas (el actor y su "amiga") se reúnan sólo en el chalet de él para "pasar un rato" si no media entre ellos -hombre y mujer como son- algo más que la pretextada "relación de amistad" (SAP. de Valencia de 21 de julio de 1993).

D. Conducta injuriosa o vejatoria (art. 82.1ª C.c.)

-es vejatoria la conducta del marido que comporta hechos físicos que tienen una repercusión grave y evidente en la persona de su esposa, y que implican una falta manifiesta de respeto del marido hacia la esposa, por lo que nada valen las promesas de amor y propósitos de reanudar la convivencia en armonía que hace el marido (SAP. de Málaga, Secc. 6ª, de 3 de mayo de 1993, en la que el marido golpeó a su mujer, tratando de quitar importancia al asunto achacándolo a un momento de especial irascibilidad por su parte debido a un dolor de muelas que padecía, e, incluso, culpó a la esposa de lo sucedido por haber provocado una discusión planteando cuestiones económicas que eran desorbitadas respecto a la capacidad económica del patrimonio familiar).

-es procedente cuando el esposo regresa en muchas ocasiones a su hogar en estado ebrio e insulta y amenaza a su esposa, la cual trató de mantener el matrimonio ante las promesas de aquél de ponerse a tratamiento de su adicción al alcohol, llegando incluso a suspender el procedimiento al acudir el esposo a Alcohólicos Anónimos, renaudándolo cuando éste no quiso seguir en esta Asociación ni acometer su curación por otros medios (SAP. de Asturias, Secc. 4ª, de 28 de septiembre de 1996).

-es suficiente una sola violación si es grave; lo es la agresión física (STS. de 21 de octubre de 1994, resolviendo un recurso de casación en interés de ley planteado por el MF, sentencia que, con loable criterio, exige superar los criterios de tolerancia pasados sobre la interpretación del Código civil que

no pueden tenerse en cuenta ante la realidad presente, a la que la interpretación de la ley ha de acomodarse *ex art. 3 C.c.* lo que refleja una muy positiva evolución jurisprudencial; SAP. de Cádiz, Secc. 3ª, de 12 de enero de 1998, en la que además de agresión física había falta de cohabitación).

E. Cualquier otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales (art. 82.1ª C.c.)

-es causa de separación la negativa persistente del esposo a contribuir a las cargas familiares en la proporción que le correspondía: vulneración del deber de socorro mutuo (SAP. de Baleares de 7 de marzo de 1994).

-el grave deterioro de la convivencia conyugal perdurable en el tiempo entre los esposos, quedando acreditado que hacía casi dos años que la relación entre ellos era inexistente, sin dirigirse la palabra, durmiendo en habitaciones distintas, y no compartiendo ni el salón de la casa justifica esta causa de separación (SAP. de Barcelona, Secc. 12ª, de 16 de marzo de 1998).

-es causa de separación el permanente estado de tirantez, desafección y profunda discordia entre los esposos, con flagrante y persistente vulnerabilidad de los deberes de respeto, ayuda mutua y socorro de los arts. 67 y 68 C.c. (SAP. de Barcelona, Secc. 12ª, de 30 de marzo de 1998).

F. Violación grave y reiterada de los deberes respecto a los hijos (art. 82.2ª C.c.)

-es causa de separación la falta de auxilio económico (SAP. de Murcia de 30 de marzo de 1993).

G. Alcoholismo, toxicomanía o perturbaciones mentales (ART. 82.4ª C.c.)

-el alcoholismo debe resultar cumplidamente probado y ser de suficiente gravedad para justificar la causa de separación que se invoca (SSAP. de

Navarra de 4 de noviembre de 1993 y Pontevedra, Secc. 2ª, de 20 de enero de 1998).

-el alcoholismo del padre no puede ser estimado como ocasional cuando por tal motivo fue despedido de la empresa en que trabajaba como conductor de camiones, y fue condenado por dicho motivo por un delito contra la seguridad del tráfico, y es precisamente este hábito a la ingesta de bebidas alcohólicas lo que trastoca su personalidad y carácter al extremo de que en tal situación la convivencia familiar se hace insostenible (SAP. de Barcelona, Secc. 12ª, de 12 de febrero de 1998).

H. Cese efectivo y libremente consentido de la convivencia durante seis meses (art. 82.5ª C.c.)

-el cese efectivo de la convivencia conyugal, viene acreditado, suficientemente, por un acta notarial de requerimiento al que se une un tácito consentimiento de la esposa, al contestar la demanda (SAP. de Pontevedra de 25 de febrero de 1993).

2.3.2 CAUSAS DE DIVORCIO:

A. Cese efectivo de la convivencia durante un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación de mutuo acuerdo o contenciosa (ART. 86.1º Y 2º C.c.)

-inexigibilidad de que se admita a trámite la demanda, siendo suficiente su mera interposición (SSAP. de Tarragona de 1 de julio de 1994; de Zaragoza, Secc. 4ª, de 21 de noviembre de 1995 y de La Coruña, Secc. 4ª, de 7 de abril de 1998, lo cual es extensivo también a la causa 2ª del art. 82 C.c.).

B. Cese efectivo de la convivencia durante dos años desde que se consienta libremente la separación de hecho (ART. 86.3º. A) C.c.)

-el libre consentimiento al cese de la convivencia no se tiene por probado, ni

puede deducirse tácitamente por el hecho de que la esposa no hubiese procedido a denunciar el abandono de hogar por parte del marido (SAP. de Girona, Secc. 2ª, de 17 de marzo de 1998).

C. Cese efectivo de la convivencia durante cinco años (art. 86.4º C.c.)

-el certificado del Ayuntamiento del cese de la convivencia por tiempo superior a cinco años a causa del empadronamiento de la esposa y convivencia con otra persona distinta de su marido constituye prueba suficiente del cese de la convivencia matrimonial (SAP. de Tarragona, Secc. 1ª, de 10 de octubre de 1995).

-procede estimar esta causa pese al estado de coexistencia del marido y la mujer bajo el mismo techo por razones económicas y no de convivencia entre ellos (SAP. de La Coruña, Secc. 4ª, de 13 de noviembre de 1997).

Desde el momento en que se presenta la demanda de nulidad, separación o divorcio se produce una modificación *ministerio legis* del régimen personal y patrimonial hasta el momento vigente entre los cónyuges -art. 102 C.c. contempla los efectos *ope legis* de la demanda-, pudiéndose solicitar una serie de medidas en relación a los hijos, vivienda y ajuar familiares y el régimen económico matrimonial -arts. 103, para las medidas provisionales y 104 para las medidas previas a la interposición de la demanda o provisionalísimas, en relación con el 105 C.c.-, efectos y medidas que constituirán el estatuto jurídico del matrimonio en crisis mientras dure el pleito y con independencia de cuál sea el resultado definitivo del procedimiento -art. 106 C.c.-.

En este sentido, echamos de menos el arbitrio legal por el Derecho Civil de especiales mecanismos protectores de la mujer provisional o cautelarmente adoptados durante la tramitación de la separación o el divorcio, sobre todo en los casos, cada vez más numerosos, de amenazas, malos tratos y abusos físicos y psíquicos por parte del marido que suelen precisamente acrecentarse cuando es conocida por éste la intención de su mujer de dar el paso de separarse o divorciarse de él, quien, al margen de

ello, puede haber incurrido en el delito tipificado por el art. 153 CP.

La solución civil sería, de este modo, complemento absolutamente necesario de todo lo apenas ideado en la reciente LO. 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, reforma penal que va de la mano del Proyecto de Ley de reforma del Código civil en materia de proceso de separación y divorcio, cuando se deriven o tengan como precedentes malos tratos entre cónyuges, hoy día en tramitación -con entrada en la Cámara del Congreso de fecha 16 de noviembre de 1998-, en el que se contempla, por vía de la modificación del núm. 5º del art. 86, el acceso directo al divorcio -sin pasarse, por tanto, por la previa separación-, como efecto civil derivado del delito de violencia habitual.

2.3.3 EFECTOS DE LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO

La Ley de 1981 dió especial primacía a la autonomía privada de los cónyuges en relación con la determinación de los efectos de las demandas y sentencias de nulidad, separación y divorcio. De este modo, según los arts. 90 y 103 C.c., los cónyuges pueden acordar en la propuesta de convenio regulador tales efectos que sólo subsidiariamente serán acordados por el Juez, autonomía privada que encuentra importantes límites derivados de los principios constitucionales de igualdad -arts. 14 y 32- y de protección de los hijos -art. 39-, restricciones éstas que determinan, de un lado, que sea necesaria la homologación judicial de los acuerdos a que hayan llegado los cónyuges, teniendo que controlar el Juez que no sean dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges -arts. 90, pfo. 2º, 91 y 103, pfo. 1º C.c.- y, de otro, que los cónyuges no puedan excluir ninguno de los efectos legalmente establecidos -con la salvedad de la pensión compensatoria a que se refieren los arts. 97 y 99 a 101 C.c.-, de suerte que si no se pronuncian sobre alguno de ellos, dándose los presupuestos exigidos, tendrá que hacerlo el Juez, lo mismo que si nada han previsto los cónyuges -art. 91 C.c.-.

La citada propuesta de convenio regulador ha de acompañarse necesariamente a la demanda de separación, divorcio o nulidad en algunos

casos -fundamentalmente, cuando se solicite la separación o el divorcio de mutuo acuerdo o por un cónyuge con el consentimiento del otro, o solicitado el divorcio o la separación por uno sólo de los cónyuges o la nulidad por las causas comprendidas en el art. 73.2º y 3º C.c., o cuando las partes soliciten que continúe el procedimiento por los trámites de la Disp. Adic. 6ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio, convenio que habrá de acompañar a la solicitud de cambio de procedimiento-, conforme a los arts. 90 y 103 C.c., siendo presupuesto de admisión a trámite de la demanda, el cual deberá tener el contenido mínimo que recoge el mentado art. 90. En dicho convenio los cónyuges podrán determinar los efectos provisionales de la demanda de nulidad, separación o divorcio y los complementarios de la sentencia, que no han de tener carácter definitivo -como señala la SAP. de Jaén, Secc. 2ª, de 7 de diciembre de 1995, tales efectos tienen una validez *rebus sic stantibus*- siendo necesaria, como ya hemos hecho referencia, la intervención del Juez para que controle que dicho acuerdo reúne todas las garantías exigidas; de no ser así, será la propia autoridad judicial quien adopte las decisiones oportunas, aunque nadie mejor que los cónyuges conoce la situación conflictiva de su matrimonio y cómo puede preverse el futuro, tanto el de los cónyuges, como el de los hijos que son, en última instancia, las víctimas de las desavenencias y enfrentamiento de sus progenitores. Muy importante y enormemente conveniente será, pues, hacer una buena propuesta, lo más precisa y exhaustiva posible, de modo que evite posteriores discusiones y procedimientos judiciales.

A Guarda, custodia y derecho de comunicacion, estancia y visita de los hijos e hijas

El art. 90.A) C.c. prescribe que en la propuesta de convenio regulador debe contemplarse la situación de los hijos tras la ruptura conyugal, la cual supondrá la desmembración y subsiguiente independización, constituyéndose en derechos independientes con virtualidad propia, del haz de facultades que componen la patria potestad sobre los hijos, sin que la titularidad conjunta de ésta resulte alterada por ello, según se infiere del art. 156, *in fine* y ello será irremediable, ya que la cesación de la convivencia familiar lleva consigo la imposibilidad de permanencia de

los hijos con ambos cónyuges, debiendo necesariamente encomendarse la custodia de los mismos a uno de ellos, sin que tal atribución lleve consigo la incapacidad o insuficiencia del otro cónyuge para realizar las labores educativas de los menores, sino simplemente la convivencia de éstos sólo con uno de ellos, como secuela ineludible de la crisis del matrimonio.

Esto claro, en el supuesto de conflicto matrimonial el objetivo será conseguir de nuevo, en la medida de lo posible, el equilibrio dinámico de las relaciones paterno-filiales, distinto, lógicamente, del existente bajo la situación de convivencia de los hijos con ambos padres, razón por la cual el esfuerzo deberá ser mayor a fin de lograr la estabilidad de los hijos en su situación de relación con sus progenitores. Deberá intentarse la adaptación del hijo a la nueva situación y lograr que éste se encuentre igualmente vinculado a su familia paterna y materna, esto es, que su vida transcurra en términos de normalidad, intentando que el contacto con el cónyuge no custodio sea fluido y no sea obstaculizado por el cónyuge custodio, manteniéndose, de este modo, al hijo al margen de las controversias de sus progenitores.

La guarda y custodia de los hijos constituye una de las funciones que componen la patria potestad y que, en los supuestos de crisis matrimonial, se desgaja de la misma convirtiéndose en un derecho-deber independiente.

La determinación por los padres en el convenio regulador o, en su caso, por el Juez, de la atribución de la guarda y custodia a uno de ellos de los hijos comunes -menores no emancipados y mayores incapacitados- no puede trasvasar los límites impuestos a su autonomía de la voluntad, esto es, que sea gravemente perjudicial para uno de los padres o dañosa para el hijo, como establece el art. 90 C.c.

En relación al primer aspecto, en el art. 159 C.c., tras la reforma operada por la Ley 11/1990, ya no se contiene preferencia alguna para la custodia de los hijos en favor de uno de los progenitores, ni de la madre ni del padre. La norma, antes de 1990, 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 e hijas de corta edad. Sin embargo, si nos adentramos un poco más en ello, comprobaremos 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 y en una facultad para el padre. Hoy, en cambio, han de ser atendidas las necesidades del menor -art. 39 CE-, lo cual viene a constituir un criterio objetivo y razonable, si bien hemos de señalar lo curioso que resulta que la inconstitucionalidad de la norma en su redacción originaria provocara el cambio de su tenor, a pesar de lo cual la jurisprudencia que aplica el nuevo art. 159 C.c., en realidad, hace lo mismo que hacía con anterioridad a la Ley, correspondiendo a la madre quedar al cuidado de los hijos pequeños, razón por la cual se percibe la perdurabilidad del rol social atribuido tradicionalmente a la mujer en su consideración de madre, automatismo éste en la atribución de la custodia del menor a la madre que, escondido tras el *favor filii*, ha reconocido recientemente la SAP. de La Rioja de 6 de febrero de 1998 -vid. SAP. de Almería, Secc. 1ª, de 9 de marzo de 1998 y la reciente STS de 22 de mayo de 1999-. Como puede comprobarse, es la sociedad la que elige por ella.

En lo que atañe a los hijos, la otra restricción a la autonomía de la voluntad de los cónyuges contendientes, el legislador establece la audiencia preceptiva de los mayores de doce años y facultativa de los menores de dicha edad siempre que tengan juicio suficiente, según prescriben los arts. 92, 154 y 159 C.c. y el art. 9 de la L.O. 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, *favor filii o minoris* que constituye el principio básico y fundamental que debe primar en esta materia y que debe orientar en todo momento la actuación judicial -vid. art. 39 CE-. Como señala la SAP. de Castellón, Secc. 1ª, de 12 de febrero de 1998, *cualquier medida que se adopte respecto de los hijos menores del matrimonio ha de venir condicionada por la perspectiva que permita dilucidar qué sea más favorable para aquél ("favor filii")*, prescindiendo por tanto de los particulares intereses de los progenitores contendientes.

Pero el *interés del menor* es un concepto vago e indeterminado cuya justa interpretación evitará todo prejuicio discriminatorio contra la mujer madre. Ante todo, en virtud 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. Desnudos dichos 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 tenga en cuenta varios 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 e hijas, 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 deberá 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.

Los tribunales deben acudir a la propia opinión del menor para la determinación de lo más beneficioso para él en los supuestos en los que ambos progenitores tienen la capacidad necesaria para llevar a buen puerto su crianza y educación, opinión que es asimismo contemplada por el legislador al exigir que sean oídos, en todo caso, a partir de los doce años y facultativamente cuando fueran menores de dicha edad, lo que evidencia el protagonismo que intenta darse al menor, quien tiene deseos y sentimientos propios que no pueden dejarse de lado, sino que, muy al contrario, deben ser tenidos en cuenta si lo que ha de buscarse es, precisamente, su propio beneficio.

Cuando los hijos manifiesten firme y persistentemente su preferencia por pasar a convivir con un progenitor y no existe razón alguna para no

satisfacer dicho deseo, con ello no se busca premiar ni castigar a ninguno de los progenitores, sino hacer que la ruptura matrimonial sea lo menos traumática posible para los hijos del matrimonio, quienes tienen perfecto derecho a elegir con cuál de los progenitores desean convivir aunque ninguna queja o reproche tengan contra el progenitor no elegido. Pero esta elección ha de obedecer a sentimientos y preferencias de naturaleza afectiva que no hayan sido manipulados por ninguno de los progenitores y que, además, deberán ser tenidos en cuenta con la mayor objetividad, ya que, con frecuencia, los hijos e hijas pueden verse tentados por el mayor bienestar económico que, generalmente, el padre puede ofrecer y que, como es sabido, no es garantía de una mejor infancia, siendo asimismo lo más frecuente que la madre haya sido hasta el momento de la separación la persona encargada de la crianza de éstos, por tanto, quien ha tenido la difícil empresa de disciplinarlos, lo cual la hace más impopular que al padre. La falta de manipulación y, por consiguiente, la solidez de los sentimientos, podrá comprobarse a través de la práctica de una imparcial exploración psicológica del menor.

De todo ello se deduce que, para la determinación de la guarda y custodia de los hijos menores del matrimonio, en favor de uno u otro progenitor, deben de apreciarse determinadas circunstancias que revelen el interés supremo del menor, que debe, sin duda, ser preferentemente tutelado, tal como establece el apdo. 2º del art. 92 C.c., protección que excede del ámbito estrictamente privado y que pasa a gozar de la consideración de Derecho Público. De este modo, habrá de ponderarse el ambiente más propicio para el desarrollo de las facultades intelectuales, afectivas y volitivas del menor, considerando la madurez de éste y la atención y equilibrio que puedan prestarle tanto en el orden material como afectivo cada uno de los progenitores; la concurrencia de circunstancias en cualquiera de sus padres que puedan perjudicar la formación o desarrollo del menor; la conveniencia de que los hermanos permanezcan unidos para el adecuado desarrollo afectivo o la valoración del rechazo que pueda sentir el descendiente hacia alguno de sus padres. Llegado el caso también ha de tenerse en cuenta el bienestar económico y la estabilidad en el empleo de sus progenitores, pero dichos criterios, hoy día, no pueden por sí solos ser determinantes de la decisión del juez, ya que la injusta discriminación que padece la mujer en el mercado

laboral sumada al tradicional rol social de la *buena madre* conducirá a beneficiar, de forma sistemática, al padre sobre la madre, quien además de sufrir discriminaciones laborales o renunciar a sus proyectos profesionales para dedicarse a sus hijos, se verá privada de ser madre. Además, según creemos, las pensiones legalmente previstas han de cumplir, en estos casos, una función redistributiva, como ha sido acertadamente argumentado en la SAP. de Palencia de 14 de enero de 1998.

Esto claro, veamos qué opina la jurisprudencia acerca de la materia, de la que pasamos a destacar sus aciertos y a criticar sus desaciertos o carencias, sobre todo, en los criterios o parámetros que, en nuestra opinión, han de ser tenidos en cuenta para procederse a la más adecuada ponderación de las circunstancias que rodean al caso controvertido que está llamado a dirimir en relación a la atribución del cuidado cotidiano y ordinario de los hijos:

A.1 La determinación del progenitor a quien se le atribuye la guarda y custodia

-acerca del tradicional rol de la buena madre:

**incompatibilidad de las "aficiones nocturnas" de la madre con su dedicación al hijo* (SAP. de Guadalajara de 26 de enero de 1995, sin que se determinen cuáles sean esas aficiones y sin que se tenga en cuenta quién hasta la fecha de la separación se había ocupado fundamentalmente del hijo y, por consiguiente, sin comprobarse si hasta el indicado momento había existido una despreocupación del padre por el hijo, pese a lo cual, se le atribuye judicialmente su guarda y custodia).

**la clásica "buena madre" debe estar siempre en casa para atender a sus hijos y no "salir por ahí con sus amigas"* (SSAP. de Álava de 23 de enero de 1996; de Las Palmas, Secc. 3ª, de 27 de junio de 1997).

**que la mujer tenga una jornada laboral larga y dura no ha de implicar necesariamente que no pueda ser una buena madre, de la misma manera que la mujer que no trabaje fuera del hogar lo sea, pues ha de valorarse la*

calidad y no la cantidad de tiempo dedicado (SSAP. de La Coruña, Secc. 1ª, de 27 de noviembre de 1996; de Álava, Secc. 1ª, de 8 de octubre de 1997; de Albacete de 10 de febrero de 1998; de Toledo, Secc. 2ª, de 11 de febrero de 1998; de Madrid, Secc. 22ª, de 3 de marzo de 1998).

**la mayor inestabilidad laboral de la madre no puede constituir un factor determinante de la atribución de la guarda y custodia de los hijos al padre, pues aquélla es debida a una tremenda discriminación que padece la mujer en el mercado de trabajo* (parece seguir este criterio la SAP. de Guadalajara de 26 de enero de 1995).

-la atribución de la guarda y custodia de los hijos no puede basarse exclusivamente en razones de índole material o económica, sino que también han de ser tenidos en cuenta los caracteres de personalidad de ambos cónyuges (SAP. de Palencia de 15 de mayo de 1996, que tuvo en consideración la personalidad más equilibrada, firme y resolutiva de la madre, quien era precisamente la única que trabajaba fuera de casa, ya que su marido se encontraba en situación de desempleo, lo cual permite afirmar que el hecho de tener más tiempo por no trabajar un progenitor fuera del hogar no ha de implicar una mayor dedicación efectiva al cuidado de los hijos).

-es preciso un adecuado análisis psicosocial de ambos progenitores cuando el estado psicológico de uno sea esgrimido como argumento en relación a la atribución de la guarda y custodia de los hijos (SSAP. de Pontevedra, Secc. 2ª, de 21 de noviembre de 1995; de Soria de 29 de diciembre de 1997, que atribuyeron el cuidado diario de los hijos a la madre, a pesar de la historia psiquiátrica de ésta, que padecía un trastorno paranoide del cual se encontraba estabilizada).

-debe atenderse a cuál de los dos progenitores es quien hasta la fecha de la ruptura se ha ocupado fundamentalmente de la crianza de los hijos teniendo un contacto más cercano con ellos y demostrando el interés que la tarea ocupa dentro de su escala de prioridades, práctica que le obliga a desarrollar las habilidades que para tal función se precisan (no parecen prestar especial atención a dicho dato, entre otras, las SSAP. de Guadalajara de 13 y 26 de enero de 1995; de Huesca de 31 de marzo de 1995; de Álava de

23 de enero de 1996, y la de 8 de octubre de 1997. Lo hacen, por el contrario, las SSAP. de Pontevedra, Secc. 2ª, de 21 de noviembre de 1995; de Palencia de 15 de mayo de 1996; de la Coruña, Secc. 1ª, de 27 de noviembre de 1996; de Barcelona, Secc. 12ª, de 9 de septiembre de 1997 y de Soria de 29 de diciembre de 1997; de Barcelona, Secc. 12ª, de 2 de abril de 1998).

-la aplicación de un principio de igualdad absoluta entre los progenitores no es la solución más beneficiosa para las menores (SAP. de Almería, Secc. 1ª, de 11 de febrero de 1998).

-el incumplimiento del deber de fidelidad no es causa bastante para no adjudicar al cónyuge incumplidor la custodia del hijo, si el resto de las circunstancias favorecen el desarrollo y bienestar del menor estando en su compañía (SAP. de Guadalajara de 26 de enero de 1995).

-en cuanto a la opinión del menor:

**no es vinculante para el juez, esto es, la voluntad del hijo no empaña la discrecionalidad del juzgador que velando, siempre, por lo más acomodado para el provecho del menor, para su bien, tendrá que buscar el "iustum" concreto; lo más adecuado para aquél* (SSAP. de Granada, Secc. 4ª, de 20 de enero de 1998; de Madrid, Secc. 22ª, de 3 de marzo de 1998).

**debe ponderarse adecuadamente el hecho de que el menor desee convivir con su padre porque la madre ha sido la persona encargada de su educación, lo que le ha llevado a adoptar medidas disciplinarias y tener los normales enfrentamientos con el menor* (SSAP. de Álava de 23 de enero de 1996, en la que el menor quería quedarse para siempre con su padre porque su madre le chillaba; de Barcelona, Secc. 12ª, de 9 de septiembre de 1997, que, por cierto, hizo una valoración muy acertada).

**el juzgador debe cerciorarse acerca de si la opinión del menor puede tener o no origen en una manipulación psicológica por parte de uno de los progenitores en contra del otro* (SSAP. de Cáceres de 13 de marzo de 1995; de Palencia de 15 de mayo de 1996; de Madrid, Secc. 22ª, de 3 de marzo de 1998; en cambio, el juez parece que no se adentró en conocer las

razones justificativas del rechazo que las hijas mantenían hacia su madre en la SAP. de Guadalajara de 13 de enero de 1995).

-el interés del menor 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 sólo el sexo determinante de mayor o mejor aptitud para ello que justifique su atribución (SAP. de Guadalajara de 26 de enero de 1995).

**sí parece atendible la opinión del menor para la determinación de lo más beneficioso para él en los supuestos en los que ambos progenitores, ponderadas objetiva y adecuadamente -esto es, sin prejuicios de ningún tipo- las circunstancias de cada uno de ellos, tienen las mismas aptitudes para desempeñar las funciones que conlleva la custodia del hijo (SSAP. de Huesca de 31 de marzo de 1995, de 2 de diciembre de 1996 y 13 de febrero de 1998; de Madrid de 3 de marzo de 1998).*

-debe imperar el principio de no separar a los hermanos, como recomienda el art. 92 C.c., salvo que concurren circunstancias graves que aconsejen la separación, debiéndose en dichos casos propiciar contactos frecuentes entre los hermanos durante el mayor tiempo posible (SSAP. de Jaén, Secc. 2ª, de 7 de diciembre de 1995; de Soria de 29 de diciembre de 1997; de Barcelona, Secc. 12ª, de 11 de febrero de 1998).

A.2 La modificación de la guarda y custodia

-la continuada despreocupación -personal y/o económica- del padre por los hijos y su repentino interés en la custodia de los mismos apenas tiene noticia de la intención de su esposa de presentar demanda de divorcio o de la consolidación de una nueva relación afectiva por parte de su mujer es un dato a tenerse en cuenta (SAP. de Madrid, Secc. 22ª, de 3 de marzo de 1998, de modo que, a nuestro juicio, pueda evitarse que la guarda legal de los hijos se convierta en una lucha de poder y dominación en la que éstos son instrumentalizados).

-no es procedente cuando la pretendida modificación de la medida representaría un cambio de entorno, hábitos, costumbres, relaciones sociales, y actividades educativas de un gran calado (SAP. de Barcelona, Secc. 12ª, de 15 de mayo de 1996).

En los supuestos de crisis matrimonial 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.

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 *visita*, 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 e hijas estando al corriente de la vida y educación que llevan no precisamente como mero *visitador* -vid. SAP. de Toledo, Secc. 2ª, de 3 de junio de 1994-.

Esto dicho, el derecho de visita del cónyuge no custodio se debe a la imposibilidad de convivencia continuada con sus hijos e hijas provocada por la crisis de su matrimonio 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 padre 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 154.2º C.c.-, si bien esta idea del derecho-deber de visita no encuentra, desafortunadamente, refrendo legal alguno, aunque parece que nuestros Tribunales se van haciendo eco de ella, como avalan las SSAP. de Murcia de 29 de junio de 1994, la de Segovia de 6 de junio de 1995, la de Alicante, Secc. 4ª, de 19 de septiembre de 1997 y las de Almería, Secc. 1ª, de 11 de febrero y 9 de marzo de 1998, pero exclusivamente en atención a los hijos, no de cara al cónyuge guardador de los mismos.

Las SSAP. de Huesca de 24 de mayo y 1 de junio de 1994 y la más reciente de la AP. de Castellón, Secc. 1ª, de 12 de febrero de 1998 ponen 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 no imposibilitará- las cosas, haber constituido una nueva familia con otra persona, lo que no podrá servirle de pretexto para desentenderse del hijo. Y ello es muy acertado, pero ambas Audiencias Provinciales en las mencionadas resoluciones judiciales sólo reconocen las implicaciones del ejercicio del *deber* de visitas para con los hijos, olvidándose por completo del otro aspecto, el *deber* para con el otro progenitor, en concreto, el deber de colaborar con él en la crianza de los hijos.

Veamos ahora brevemente qué sostiene la jurisprudencia en relación al régimen de visitas:

A.3 Fijación del régimen de visitas

-la niña debe pernoctar en el domicilio materno dado el carácter violento e irresponsable del padre con desórdenes en su vida laboral y personal (SAP. de Badajoz, Secc. 2ª, de 18 de febrero de 1998).

-la causa de separación conyugal debe ser tenida en cuenta a la hora de determinar el lugar de cumplimiento y la extensión temporal del régi-

men de visitas:

**limitación temporal restringida cuando la causa de separación se ha sustentado en un incumplimiento de los deberes paterno-filiales (SAP. de Barcelona, Secc. 12ª, de 21 de noviembre de 1996).*

**régimen de visitas restrictivo cuando queda acreditado el estado mental del progenitor no custodio (SAP. de Valencia, Secc. 8ª, de 2 de febrero de 1998) o los antecedentes de violencia y sobredosis (SAP. de Ciudad Real, Secc. 1ª, de 3 de febrero de 1998).*

-en interés del hijo del matrimonio debe establecerse un régimen de visitas en el que el padre vaya progresivamente acercándose a él, con el fin de que no sea traumático, al no existir en el momento actual una relación afectiva normal del hijo con el padre (SSAP. de Valencia, Secc. 6ª, de 8 de julio de 1996; de Almería, Secc. 1ª, de 12 de febrero de 1998), siendo a veces necesaria la presencia de terceras personas durante el período de mutua adaptación entre hijo y progenitor no custodio (SAP. de Huesca de 26 de abril de 1997).

A.4 Modificación del régimen de visitas

-Es procedente: cuando el régimen es excesivo en período escolar en atención a la edad y necesidades del hijo (SAP. de Badajoz, Secc. 1ª, de 10 de marzo de 1997).

-Es improcedente: cuando los hechos alegados no son datos objetivos y contrastados por los especialistas, sino más bien figuraciones de la madre (SAP. de Badajoz, Secc. 2ª, de 18 de febrero de 1998).

A.5 Suspensión del régimen de visitas

-Es procedente:

**cuando la conducta del padre es incívica y llega hasta el punto de cometer*

infracciones penales leves y graves (SSAP. de Asturias, Secc. 4ª, de 28 de enero de 1998; de Toledo, Secc. 2ª, de 5 de febrero de 1998).

**cuando resultan acreditados la irregularidad del padre en el cumplimiento del régimen de visitas acordado en la separación y los miedos del hijo ante la simple presencia física del padre* (SAP. de Cantabria, Secc. 2ª, de 27 de enero de 1998).

**por internamiento de la madre en centro penitenciario* (SAP. de Álava de 31 de enero de 1996).

-Es improcedente: *el impago de pensión alimenticia no lleva consigo la suspensión del derecho de visitas* (SAP. de Alicante, Secc. 4ª, de 19 de septiembre de 1997).

Muchos de los problemas que se originan en relación al régimen de visitas pueden ser sorteados, sobre todo, cuando existe una mala relación entre los progenitores y una incociliable postura de enfrentamiento sobre este extremo, con una buena previsión de los mismos en la propuesta de convenio regulador, en la que se hará constar, con la mayor precisión posible, las fechas -día y hora concretos- de entrega y recogida del hijo o de la hija -pudiendo alternarse para que resulte más equitativo-, así como el establecimiento de un sistema ponderado de quien debe recoger y entregar al menor cuando la distancia sea considerable y, consiguientemente, el coste económico que los desplazamientos suponen, teniéndose siempre presente que un convenio debe contener todos estos pormenores al tiempo que debe ser lo suficientemente flexible para conseguir la estabilidad emocional de los hijos y de las hijas, sin que tantos detalles les produzcan perturbaciones. De esta manera, podrán evitarse discusiones e, incluso, nuevos procedimientos judiciales fundados en el incumplimiento de las medidas convenidas por parte de alguno de los cónyuges, sin que deba ser el menor quien deba pagar las consecuencias de ello. Sabemos que, desgraciadamente, el grado de incumplimiento -al que equiparamos el cumplimiento desordenado y gravemente perturbador para el menor, llegando en ese caso a ser, incluso, mejor, la ausencia total del progenitor- de los regímenes de visita es muy alto en nuestra realidad jurídica y, en relación con ello, ha de tenerse en cuenta

que la ejecución forzosa en lo referente a las relaciones paterno-filiales resulta sumamente complicada.

En ocasiones se pretende por el progenitor atributivo de la guarda y custodia del hijo que las visitas del otro padre se llevan a cabo con intervención de un tercero, familiar o extraño, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones del que ejerce su derecho, pero, a nuestro juicio, tal medida ha de evitarse en la medida de lo posible, sobre todo, cuando los menores no son pequeños, si bien deviene absolutamente necesaria, con independencia de la edad de los hijos o hijas, cuando la causa de separación haya sido la conducta vejatoria o haya una causa penal abierta o una sentencia de malos tratos, en cuyo caso será precisa la presencia de una tercera persona y otras medidas especiales que habrán de adoptarse como que el intercambio de los hijos se realice fuera del hogar del cónyuge más vulnerable, pues las visitas ofrecen una posibilidad evidente de contacto peligroso, además no ser muy adecuado someter a una víctima de abusos sexuales, físicos o psíquicos a tener trato directo con su agresor o, incluso, que se dicte la suspensión temporal del régimen de visitas.

Llegados a este punto, tan sólo podrá procederse, de un lado, mediante la intervención de la Fuerza Pública, lo que puede ser enormemente traumatizante para el menor y, de otro, por vía penal, a través de la desobediencia grave al mandato judicial, conforme a lo establecido en el art. 556 CP, lo que no hace más que traspasar el problema a otra jurisdicción, además de que nada se resuelve. Quizás lo más aconsejable para conseguir una buena relación entre los padres y los hijos sea la labor de los Equipos Técnicos del Juzgado, Psicólogos y Asistentes Sociales y, llegado el caso, la reconsideración del régimen de visitas inicialmente previsto y, por qué no, de la cuantía de las pensiones, ya que la falta de colaboración del progenitor titular del derecho-deber de visitas deberá suplirla si pretende hacer otras actividades el progenitor custodio contratando la ayuda de otra persona, gasto complementario e innecesario, si no hubiera sido por el incumplimiento del padre no custodio, que parece lógico deba éste sufragar. La falta de otras soluciones supone, claramente, un fracaso del Derecho como instrumento de organización social y de justicia.

B. La atribución del uso de la vivienda y el ajuar familiar

En los supuestos de crisis matrimonial, los arts. 96, pfo. 1º y 103.2º C.c. establecen que en la atribución de la vivienda familiar -no, por tanto, la segunda vivienda- deberá primar el interés de la familia y, en especial, el de los hijos, que es, en todo caso, el interés familiar más necesitado de protección, por encima del de la esposa, como declaró la reciente SAP. de Málaga, Secc. 5ª, de 25 de marzo de 1998 en el caso en ella enjuiciado.

El citado art. 96 C.c. distingue según haya o no hijos comunes sujetos a patria potestad.

De este modo, parece que, al cónyuge a quien sea asignada la guarda y custodia de los hijos *in potestate* deberá el Juez atribuirle el uso -no el usufructo, por lo que no es posible arrendar o hacer una cesión a un tercero, cuyo incumplimiento conlleva la pérdida del uso atribuido, sino un derecho de ocupación oponible a terceros pero sin llegar a ser un derecho real- de la vivienda familiar, y ello con independencia de quién fuere propietario de la misma, en cuyo caso titularidad y posesión no coinciden -lo que constituye el caso más habitual y conflictivo-, a no ser que se hubiera convenido otra cosa y ésta hubiese sido aprobada por el Juez. No obstante, preciso es decir que la atribución al cónyuge en cuya compañía queden los hijos es una regla a aplicar con carácter general, pero no de forma absoluta.

Si el matrimonio carece de hijos o los que tiene no se encuentran bajo patria potestad o son atribuidos separadamente entre los padres, la situación más gravosa -inferioridad o falta de recursos, estado de salud delicado, exclusiva dedicación a la familia, etc.- de uno de los cónyuges pasará a ser el interés familiar más digno de protección, razón por la cual el Juez atribuirá, justificadamente, el uso temporal -aunque prorrogable- y provisional del domicilio familiar al cónyuge no titular del mismo que se encuentre en la situación más necesitada dadas las circunstancias concurrentes en el caso concreto -art. 96, pfo. 3º C.c.-, temporalidad ésta que encuentra sobrada explicación habida cuenta de que se trata de una atribución de uso a quien no es dueño.

La idea de la atribución del uso del hogar conyugal con independencia de la persona que ostente la titularidad sobre la vivienda ha encontrado reciente refrendo legal -con anterioridad, vid. STC. 126/1989, de 12 de julio- en el art. 15.1º LAU de 24 de noviembre de 1994 al establecer que *en los casos de nulidad del matrimonio, separación judicial o divorcio del arrendatario, el cónyuge no arrendatario podrá continuar en el uso de la vivienda arrendada cuando le sea atribuida de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 90 -atribución por convenio regulador- y 96 -atribución judicial- del Código civil si bien, como exige el art. 15.2º LAU, la voluntad del cónyuge de continuar en el uso de la vivienda deberá ser comunicada al arrendador en el plazo de dos meses desde que fue notificada la resolución judicial correspondiente, acompañando copia de dicha resolución judicial o de la parte de la misma que afecte al uso de la vivienda.*

Excepcionalmente, los Tribunales atribuyen a ambos cónyuges el uso compartido de la vivienda familiar, lo que ha acontecido cuando ha sido imposible, por razones económicas, la salida de uno de los cónyuges del domicilio conyugal, si bien, como decimos, se trata de una medida muy especial que ha de atender no sólo a un criterio económico, sino muy particularmente a la concreta causa que motiva en cada caso la separación conyugal, pues si ésta ha sido provocada por tratos vejatorios, su adopción nos parece absolutamente inviable.

Son muchos los criterios que han de ser tenidos en cuenta a la hora de decidir la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los dos cónyuges, a lo que debe añadirse la enorme variedad de circunstancias que rodean a cada caso concreto.

B.1 Atribución del uso de la vivienda familiar

-concesión del uso de la vivienda a la esposa, a cuya custodia quedaron los hijos, atribuyéndosele al esposo la vivienda sita en la planta baja del mismo edificio constitutiva de otra independiente de la anterior (SAP. de Toledo, Secc. 1ª, de 10 de febrero de 1998, solución ésta que que nos resulta imposible en caso de ruptura conyugal motivada por malos tratos, abusos, etc.).

-no es óbice a la atribución del hogar familiar a la esposa el haberse marchado ésta del mismo por haberle su esposo prodigado malos tratos psíquicos y físicos (SAP. de Barcelona, Secc. 12ª, de 6 de febrero de 1998).

B.2 Modificación del uso de la vivienda familiar

-el derecho de la esposa a usar y disfrutar de la vivienda familiar se extingue al no haber hecho uso efectivo del domicilio conyugal (SAP. de Valencia, Secc. 7ª, de 29 de marzo de 1996).

Como puede comprobarse de este sucinto muestreo de resoluciones judiciales, es difícil extraer unos criterios jurisprudenciales generales que puedan ser válidos para solucionar la mayor parte de las controversias matrimoniales. Sin embargo, sí podemos decir que lo frecuente es conceder el uso del hogar familiar a quien no es propietario total -porque sea un bien privativo del otro cónyuge- o parcial -porque sea parte ganancial y parte privativa del otro consorte-. También ha de concluirse que, en la mayoría de las contiendas, el uso del domicilio conyugal es atribuido, bien por convenio regulador, bien por el Juzgador, a la esposa -con o sin descendencia-, y no al marido, quizás por las discriminaciones sociales basadas en el añejo rol de la buena madre y laborales que aún debe padecer la mujer, cuyas circunstancias son, en consecuencia, más atendibles que las del hombre, pero sólo ésta es la razón de la atribución y no la culpabilidad de uno u otro cónyuge.

La atribución del uso de la vivienda a uno de los cónyuges en el convenio regulador o, en su caso, por el Juez con ocasión de la separación matrimonial que se tramita no impide que, con posterioridad, en el juicio de disolución de la sociedad de gananciales, sea entregada íntegramente al otro o por mitad a ambos. De otro modo, la atribución del derecho de ocupación de la vivienda familiar debida a la separación conyugal y la titularidad de la propiedad de la misma por adjudicación en liquidación de gananciales no tienen que coincidir necesariamente en el mismo cónyuge, aunque puede que acontezca. Y ello *porque una cosa son las medidas de tipo patrimonial derivadas de un proceso de separación matrimonial que establece, siguiendo un convenio regulador, el uso exclusi-*

vo de la vivienda familiar a uno de los cónyuges, medida susceptible de modificación judicial si se comprueban causas suficientes, y que además al favorecido por el uso no se le permite disponer de la misma unilateralmente, ni para enajenarla ni para la constitución de derechos reales; y otra cosa, proceder a la liquidación de la sociedad de gananciales, uno de cuyos bienes constitutivos es la vivienda en cuestión, que forma parte de una comunidad de tipo germánico en la que cada uno de los bienes no está atribuido individualmente por cuotas a uno u otro cónyuge, sin que a estos bienes en ese sentido les afecte para ello, a quien tenga atribuido su uso en aquel momento, como señala la STS. de 10 de noviembre de 1997, ocasión en la que en el convenio regulador la vivienda había sido entregada en uso a la esposa-recurrente, que, sin embargo, en el cuaderno particional se adjudicó por mitad a los integrantes del matrimonio disuelto. Por contra, coincidió en la esposa la titularidad de la propiedad por adjudicación en liquidación de gananciales y la atribución del derecho de ocupación por la separación conyugal en la STS. de 4 de abril de 1997.

La atribución del uso del hogar familiar lleva aparejada la concesión del ajuar doméstico -arts. 90, 96 y 103.2º C.c.-, el cual está compuesto por las ropas, mobiliario, enseres de uso ordinario de la familia existentes en la vivienda habitual, bienes que pueden ser de los cónyuges o de los demás miembros de la familia que continúen en la vivienda, para cuya valoración se aconseja la formación de inventario de dichos bienes. Por consiguiente, la suerte jurídica que deben seguir estos objetos, a falta de acuerdo entre las partes homologado en su caso por el Juez, es la misma que la de la propia vivienda familiar.

C. La pensión compensatoria del conyuge y alimenticia de los hijos e hijas: el impago de pensiones

C.1 La pensión compensatoria del cónyuge

En beneficio de la conservación del nivel de vida de cada cónyuge divorciado o separado -no, por tanto, en el supuesto de nulidad, *ex art.* 98 C.c.-, nuestro legislador ha previsto una pensión a percibir por el de menor fortuna o medios, como remedio o recurso corrector del desequi-

librio generado entre los cónyuges a consecuencia de la separación o del divorcio acordados. Tal aportación económica, según se afirma, está inspirada en un principio de solidaridad, con el fin y objeto de restaurar un equilibrio económico entre las partes, que iguale o mantenga en lo posible el anterior *status* económico de vida familiar.

De conformidad con lo expuesto, tiene derecho a la pensión compensatoria el cónyuge que, como consecuencia de la separación o el divorcio, pase a peor situación económica de la que disfrutaba en el matrimonio y de la que sigue disfrutando su cónyuge, como viene a establecer el art. 97.1º C.c.

Se trata de un derecho de crédito que tiene un cónyuge contra el otro y que, ordinariamente, se pagará en forma de pensión periódica -vid. STC. 4/1994, de 17 de enero-, la cual no es, exactamente, ni indemnizatoria por la ruptura -como sí lo es la contemplada por el art. 98 C.c. en caso de nulidad-, dado que el derecho a percibirla nace con independencia de la idea de culpabilidad en relación a la causa que determinó la separación o el divorcio, ni alimenticia, pues no ha de limitarse a lo indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción ni presupone una situación de necesidad en el cónyuge acreedor.

Su idea básica se encuentra en mantener igualada la posición que pasan a tener los cónyuges tras la crisis matrimonial, de manera que no sea muy diferente a la que gozaban durante la convivencia, siendo su finalidad, por tanto, compensatoria del desequilibrio económico que pueda padecer uno de ellos.

Es importante destacar que debe existir empeoramiento y desequilibrio. Cuando exista empeoramiento sin desequilibrio, porque afecte a ambos, no habrá derecho a pensión para ninguno de ellos. Por tanto, se trata de compensar al cónyuge más débil, esto es, al que ve empeorada su situación respecto de la que anteriormente tenía y respecto de la del otro cónyuge, de modo que la separación o el divorcio no supongan perjuicio económico para uno de los cónyuges.

Según el art. 97 C.c. -norma que se expresa en términos sexualmente neutros pero que, sin duda alguna, tiene por sujeto a la mujer como

beneficiaria principal de la pensión compensatoria-, los parámetros a tener en cuenta para la fijación del montante de la pensión son, entre otros -por tanto, no sólo éstos-, los siguientes:

- 1º. Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.
- 2º. La edad y estado de salud.
- 3º. La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a empleo.
- 4º. La dedicación pasada y futura a la familia.
- 5º. La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.
- 6º. La duración del matrimonio.
- 7º. La pérdida eventual de un derecho de pensión.
- 8º. El caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.

De este modo, el vago principio de solidaridad que justifica este deber de pagar una pensión uno de los cónyuges en favor del otro cobra sentido en la necesidad de proteger la situación de vulnerabilidad en que la crisis matrimonial va a dejar a una de las dos personas, a quien va a resultar más difícil desarrollar una existencia plenamente satisfactoria una vez producida la ruptura conyugal. Con esta pensión se trata, en ocasiones, 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.

Por tanto, no se trata de un simple motivo de solidaridad, ya que, si así fuera, ¿debería pagarse una pensión al cónyuge que ha atentado contra la integridad física y psíquica mediante tratos vejatorios al otro que dis-

fruta de una mejor posición económica?. No nos lo parece, y quizás esa persona no debiera tener derecho a la pensión, a semejanza de lo dispuesto en el art. 853.2º C.c. como causa de desheredación, si bien nuestra negación no es del todo rotunda, pues aunque pueda repugnarnos la idea de que, además de los malos tratos, tenga derecho a recibir una determinada cantidad de dinero, lo cierto es que habrán de atenderse todas las circunstancias concurrentes al caso.

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 pensiones, 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.

Hagamos un rápido repaso jurisprudencial acerca de los distintos aspectos de la pensión compensatoria:

- Petición

-no tiene carácter alimenticio (SSAP. de Ávila de 5 de febrero de 1998; de La Coruña, Secc. 2ª, de 6 de mayo de 1998).

-sólo puede fijarse a instancia de parte (SSAP. de Cáceres, Secc. 2ª, de 10 de octubre de 1996; de Badajoz, Secc. 2ª, de 11 de enero de 1997; de

Valencia, Secc. 6ª, de 14 de noviembre de 1997; de Jaén, Secc. 1ª, de 15 de enero de 1998; repárese, pues, en la importancia de su expresa solicitud en el escrito de demanda de separación o divorcio).

-es renunciable (SSAP. de Barcelona, Secc. 12ª, de 8 de enero de 1998 y La Rioja de 2 de marzo de 1998; por consiguiente, ésta una materia no sustraída a la autonomía de la voluntad, pues cabe acuerdo transaccional o renuncia que, a nuestro juicio, deberá ser respetuosa con el principio de igualdad, lo cual habrá de ser controlado judicialmente, puesto que no será difícil coaccionar al cónyuge más débil para que no solicite o solicite una cuantía inferior a la que en justicia le corresponde).

- Concesión

-el momento para apreciar si existe o no desequilibrio económico es la fecha de la ruptura (SAP. de Toledo, Secc. 2ª, de 4 de mayo de 1998).

-procede conceder la pensión compensatoria a la esposa, teniendo en cuenta su edad, la duración de la convivencia, la dificultad de acceder al mercado de trabajo, la dedicación a la familia, e incluso que la esposa hubiese estado trabajando durante algún tiempo en las actividades empresariales del esposo (SSAP. de Málaga, Secc. 4ª, de 18 de noviembre de 1993; de Jaén de 1 de diciembre de 1995; de Asturias, Secc. 4ª, de 19 de marzo de 1996; de Pontevedra, Secc. 3ª, de 12 de julio de 1996; de Guadalajara de 14 de septiembre de 1996; de Murcia, Secc. 1ª, de 26 de febrero de 1997; de La Coruña, Secc. 4ª, de 13 de noviembre de 1997; de Salamanca de 10 de diciembre de 1997; de Toledo, Secc. 1ª, de 10 de febrero de 1998).

-procede fijarla cuando el marido tiene una buena posición económica mientras que la esposa percibe únicamente el subsidio de desempleo y padece una enfermedad que restringe su acceso al mercado laboral (SAP. de Santa Cruz de Tenerife, Secc. 1ª, de 13 de febrero de 1998).

- Denegación

-no procede fijarla cuando el matrimonio ha tenido una corta duración y han actuado cada cónyuge con plena independencia económica (SAP. de Barcelona, Secc. 12ª, de 13 de marzo de 1998), *sin que el padecimiento de una minusvalía por la esposa constituya motivo alguno* (SAP. de

Navarra de 18 de enero de 1995).

-no procede fijarla cuando queda acreditada la ausencia de ingresos en el obligado (SAP. de Badajoz, Secc. 1ª, de 23 de enero de 1998).

- Modificación

-procede reducir la fijada en 1ª Instancia al sobrevenir mejoría en la situación de la beneficiaria tras la muerte de su madre (SAP. de Valencia, Secc. 8ª, de 26 de enero de 1998).

- Extinción (art. 101 C.c.)

-no procede dejarla sin efecto si la posible convivencia de la beneficiaria con un tercero es esporádica y ocasional (SAP. de Las Palmas, Secc. 1ª, de 30 de enero de 1996; de Barcelona, Secc. 12ª, de 3 de marzo de 1998), *siendo necesaria una cohabitación de carácter permanente y estable, que en la práctica venga a generar una posesión de estado familiar "de facto"* (SAP. de Ávila de 5 de febrero de 1998, pérdida *ipso facto* del derecho a la pensión compensatoria que consideramos lógica, pero hasta cierto punto, es decir, no compartimos el carácter automático de la extinción del derecho a percibir la renta pues, en algunos casos, tal vez sea preciso que, pese a haber rehecho su vida sentimental el cónyuge acreedor de la misma, éste siga teniendo derecho a una compensación, bien por su situación económica puede que debida a las escasas posibilidades profesionales, bien por el lucro cesante, es decir, por su dedicación exclusiva a la familia o a la ayuda no remunerada en el negocio de su cónyuge, hechos que una nueva pareja o un nuevo matrimonio no pueden borrar ni deben compensar. Quizás pudiera arbitrarse para estos casos una especie de acción de enriquecimiento injusto o un derecho a indemnización).

C.2 La pensión alimenticia de los hijos e hijas

El deber de alimentar -dar sustento, habitación, vestido, asistencia médica y, en general, todos los gastos que origine el desarrollo de la personalidad del hijo o de la hija- corresponde cumplirlo a los padres, con independencia del ejercicio y de la titularidad de la patria potestad sobre ellos.

Cuando los hijos o hijas son menores no emancipados o incapacitados se aplica el régimen especial contemplado por los arts. 154 y ss. C.c., razón por la cual la obligación de los padres de alimentarles nace con independencia de la situación de necesidad de los mismos, connatural a su minoría o incapacidad. Dicha obligación se extingue por la emancipación o fin de la incapacidad del hijo o de la hija, momento en que se transforma en la obligación genérica de alimentos entre parientes regulada por los arts. 142 y ss. C.c.

Dispone, a estos efectos, el art. 93 C.c., que el juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento. Así las cosas, el cónyuge a quien se haya atribuido la guarda de los hijos ha de prestar los alimentos recibiendo y manteniéndolos en su propia casa, los cuales, para el cónyuge que no los tenga consigo, se concretarán en forma de pensión. De ello se infiere que titulares del crédito alimenticio lo son los hijos, no el cónyuge cuya guarda y custodia le fue atribuida en el pleito matrimonial.

Veamos qué dicen al respecto las Audiencias:

- Fijación de la pensión alimenticia

-el hecho de que un hijo sea menor de edad y no esté emancipado no supone "per se" que siempre y en todo caso exista la obligación a cargo de sus progenitores de prestarle alimentos cuando, por las razones que fuese, tuviese rentas o patrimonio bastante para atender a sus necesidades (SAP. de Girona, Secc. 2ª, de 18 de diciembre de 1996).

- Modificación de la pensión alimenticia

-si bien debe valorarse el derecho del progenitor a formar una nueva familia, no puede en modo alguno obviarse la consideración de que no pueden verse perjudicados en sus derechos asistenciales los hijos habidos en el matrimonio anterior (SAP. de Asturias, Secc. 5ª, de 23 de octubre de 1997 y de Málaga, Secc. 5ª, de 28 de abril de 1998).

- Extinción de la pensión alimenticia

-la mayoría de edad no es causa de extinción automática de la obligación mientras no exista independencia económica (SSAP. de Salamanca de 7 de abril de 1995, de Huesca de 28 de enero de 1998 y de Barcelona, Secc. 12ª, de 17 de abril de 1998); sí lo es cuando obtenga ingresos propios fijos o una formación completada que le permita obtener un puesto de trabajo como posibilidad cierta y real (SAP. de Tarragona de 31 de marzo de 1995), con independencia del carácter transitorio de las relaciones laborales (SAP. de Toledo, Secc. 1ª, de 25 de marzo de 1998).

El antiguo art. 149 C.c. daba la opción al alimentante de satisfacer los alimentos *o pagando la pensión que se fije, o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos*, elección que no es posible, según el pfo. 2º del mismo precepto, añadido por la LO. 1/1996, de 15 de enero, de Protección del Menor, que da nueva redacción al precepto, *en cuanto contradiga la situación de convivencia determinada para el alimentista por las normas aplicables o por resolución judicial. También podrá ser rechazada cuando concorra justa causa o perjudique el interés del alimentista menor de edad.*

Lo lógico es pensar que lo que ha sido establecido por el Juez en la sentencia se va a cumplir por la partes en la forma adecuada. Pero en la realidad, desgraciadamente, ello no es así. Lo más frecuente es que los hijos se queden con la madre ocupando la vivienda familiar y el padre no conviviente quede obligado a contribuir al sostenimiento de su familia, obligación que más tarde o más temprano deja de cumplir.

C.3 El incumplimiento de las obligaciones económicas derivadas de las crisis matrimoniales

Para procurar la efectividad del pago de las pensiones se adopta por la autoridad judicial en la sentencia o, en su caso, en la ejecución de la misma, las medidas cautelares o preventivas correspondientes, esto es, las garantías que considere necesarias y que pueden consistir en la formación de inventario, constitución de depósitos, prestación de fianza, otorgamiento de aval bancario, constitución de prenda, hipoteca, anti-

crisis, retenciones de rentas, salarios o sueldos, etc. -arts. 90.C), 91, 93 y 103-3º C.c. y 1891 LEC-.

Si el cónyuge obligado a hacer la aportación económica en cuestión no paga y dado que las cautelas y garantías resultan ineficaces la mayor parte de las veces, ha de acudir a la vía de apremio para poder lograr la eficacia del derecho reconocido. El art. 921 LEC -aún vigente en tanto no termine la tramitación del Proyecto de la nueva Ley Procesal-, establece en su pfo. 1º que *si la sentencia condenare al pago de cantidad determinada y líquida se procederá siempre, y sin necesidad de previo requerimiento personal al condenado, al embargo de sus bienes en la forma y por el orden prevenido para el juicio ejecutivo.*

El embargo puede ser útil cuando se trata de ejecutar los atrasos, pero no tiene validez práctica para los pagos futuros, de ello que lo más conveniente sea proceder a las retenciones de sueldos, debiéndose pedir al Juzgado que se oficie a la entidad pagadora del sueldo o salario para que proceda a la retención de la mensualidad corriente, más la parte proporcional de los atrasos, pero sin privarse al obligado de todos sus ingresos mensuales. Ello es posible, dado que si bien el art. 1449 LEC dispone que es *inembargable el salario, jornal, sueldo, pensión, retribución o su equivalente, que no excede de la cuantía señalada para el salario mínimo interprofesional*, el último pfo. del art. 1451 de la misma Ley Procesal establece que *la inembargabilidad dispuesta en el párrafo 2º del artículo 1449 y en los párrafos anteriores de este artículo no regirá cuando el embargo o la retención tenga por objeto el pago de los alimentos debidos al cónyuge o a los hijos en virtud de resolución de los Tribunales en procesos de nulidad o separación matrimoniales, o de divorcio, o de alimentos provisionales o definitivos, en cuyos supuestos el Juez fijará la cantidad a retener*, posibilidad de embargo que en los casos en que el obligado al pago no perciba ingresos superiores al salario mínimo interprofesional es dudoso que sea extensiva al supuesto del pago de la pensión compensatoria en caso de crisis matrimonial.

Preciso es decir que el impago de las pensiones por parte del padre no custodio no ha de justificar necesariamente la petición por parte de la madre atributaria de la guarda y custodia del hijo o de la hija de la sus-

pensión automática del régimen de visitas o a la inversa, esto es, el incumplimiento de la madre no custodia de su derecho de visitas no permite al padre custodio negarse al pago de la pensión a la que estuviere obligado, medida ésta que siendo posible *ex art. 94 C.c.*, ha de adoptarse con especial moderación y cautela, sólo por causas graves, excepcionales y bien justificadas y ello porque, en realidad, a quien se perjudica es al menor y no al padre no custodio, respecto de quien pueda pedirse la limitación de las visitas como coacción o venganza, de ahí la transcendencia de tal medida. El derecho de visita y la prestación económica no son, pues, vínculos bilaterales cuyas prestaciones puedan ser exigidas recíprocamente, sino derechos y deberes de entidad propia y autónoma.

Todo ello en relación a las posibles sanciones civiles, a las que ha de añadirse que el incumplimiento del pago de los alimentos a los hijos constituye causa de desheredación -art. 854.2º C.c.-, pero el incumplimiento de los deberes impuestos por la resolución judicial puede también generar responsabilidad penal. El Código penal. recoge el delito de abandono de familia en su art. 226, acogiéndose recientemente -desde la LO. 3/1989, de 21 de junio, de Reforma Penal- el delito de impago de pensiones en el art. 227 CP -vid. la reciente STC. 67/1998, de 18 de marzo, a la que se remite la posterior STC. 84/1998, de 20 de abril, acerca del impago de las prestaciones económicas de alimentos en favor de hijos extramatriconiales-.

El problema del impago de las prestaciones económicas en las rupturas matrimoniales ha dado lugar a una recomendación del Consejo de Europa en la que los Estados miembros vienen obligados a crear un Fondo Público con este destino. De este modo, se arbitra una ayuda colectiva, aunque subsidiaria -procedente, por tanto, una vez que el cónyuge acreedor haya probado que el pago ha sido infructuoso por las vías del Derecho Privado-, que ha de obtenerse con rapidez, tal vez adoptándose medidas de Seguridad Social, subrogándose a continuación la Entidad pagadora en todos los derechos del acreedor para reclamar al deudor estas sumas -y sus consiguientes recargos-. En algunos países europeos, como Francia, ya empiezan a tener un papel importante los organismos públicos en el pago de las pensiones.

Siendo cierto que los actuales sistemas de Seguridad Social son insuficientes para afrontar todas las necesidades que se plantean en una sociedad, la situación española, a nuestro juicio, es, cuando menos, desesperanzadora.

Queremos, finalmente, insistir en la idea de que los propios cónyuges son quienes más y mejor conocen y están en mejores condiciones para interpretar el verdadero interés de los hijos y de la familia, por ello que sea recomendable la elaboración del convenio regulador o acuerdo conyugal, que será preferente al Juez, administrador de justicia, pero siempre ajeno al conflicto de intereses que genera toda ruptura conyugal.

2.4 LA MUJER EN LA PAREJA DE HECHO

En las páginas precedentes nos hemos acercado a la mujer casada en el seno de su familia, pero todo lo en ellas mantenido se hace extensivo, en la medida de lo posible, a la mujer integrante de una pareja de hecho, ya que la problemática que genera es análoga -*analogía iuris* y no *analogía legis*, pues no existe identidad de razón *ex art. 4.1º C.c.*- a la de la mujer que ha contraído matrimonio, lo cual requiere el mismo trato que las familias constituidas con base al mismo.

Podemos encontrarnos ante una familia de hecho, bien porque no se haya utilizado el sistema legalmente establecido para la constitución de una familia, bien porque sus componentes tengan el mismo sexo.

Las uniones de hecho están huérfanas de normativa legal que las regule, con la salvedad de algunas referencias dispersas por todo nuestro Ordenamiento Jurídico -vgr. art. 16.1ºb) LAU al admitir la subrogación del conviviente en la posición jurídica del arrendatario; con anterioridad a dicha Ley, vid. SSTC. 222/1992, de 11 de diciembre, 6/1993, de 18 de enero, 47/1993, de 8 de febrero y 155/1998, de 13 de julio-, siendo la Ley del Parlamento de Cataluña 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja y la Ley aragonesa 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas -de dudosa constitucionalidad ambas a la luz de lo dispuesto en el art. 149.1.8ª CE-, la única normativa atinente a estas uniones no matrimoniales o *more uxorio*.

En favor de su reconocimiento se alega la protección del libre desarrollo de la personalidad -art. 10 CE- y la libertad ideológica -art. 16 CE-, y, si bien estos argumentos pudieran llegar a ser rechazados, en el Ordenamiento español no existe ninguna prohibición que permita declarar las familias de hecho extrañas a nuestro sistema constitucional.

En las parejas de hecho, los problemas no se plantean en las relaciones verticales o jerárquicas, esto es, las existentes entre progenitores y los hijos, ya que el hecho de la filiación prescinde de que exista o no matrimonio. Las dificultades se presentan, en cambio, en las relaciones horizontales o igualitarias que afectan a la pareja, como ocurre con el régimen económico matrimonial o los alimentos, aspectos en relación a los cuales han de considerarse válidos los pactos suscritos por los convivientes de hecho reguladores de las consecuencias, básicamente económicas, de su unión, siempre que no contengan estipulaciones contrarias a los derechos fundamentales. Quienes se muestran contrarios a la equiparación de la convivencia *more uxorio* al matrimonio sostienen que los componentes de una pareja de hecho no quieren los inconvenientes vinculares del matrimonio, las obligaciones y deberes, pero sí sus ventajas, los derechos.

Así las cosas, si la controversia existe en las relaciones entre los integrantes de una pareja de hecho, mejor será no representarnos la posición en ella de la mujer si se trata de una mujer que, siguiendo las exigencias sociales, abandona sus proyectos profesionales para atender las necesidades familiares y del hogar, porque pocas expectativas de compensación -ni siquiera de alimentos- tendrá cuando se rompa la unión, ya que nada de ello le reconoce la ley. No obstante ello, no se nos oculta que la mujer que inicie libremente una convivencia *more uxorio*, en principio, no parece que sea una mujer que se deje precisamente guiar por los prejuicios morales y sociales, razón por la cual, por regla general, conocerá perfectamente la forma de unión por ella elegida y las consecuencias perjudiciales derivadas de su falta de regulación legal.

En definitiva, el legislador deberá decidir si la unión libre es familia en relación a sus integrantes, puesto que los hijos ya son familia entre sí. El legislador catalán y el aragones ya han dado, aunque indebidamente, una respuesta positiva.

Acerca de las uniones de hecho, el Tribunal Supremo viene sosteniendo lo siguiente:

-reconocimiento como realidad jurídica (STS. de 4 de junio de 1998).

-suponen en unos casos alternativa al matrimonio y en otros preparación al matrimonio que se contempla como culminación de la satisfactoria convivencia. Nota común, que resulta de la propia noción es la exclusión por regla general de las normas legales del matrimonio para disciplinar estas situaciones y a que voluntariamente no se acogen los interesados a las mismas, sea por razones de objeción a los formalismos, sea por razones de conveniencia o por otras (STS. de 16 de junio de 1996).

-aun generando la unión de hecho una familia, no equivale a una unión matrimonial a la que fuera aplicable el régimen de la sociedad de gananciales; ha de atenderse a los pactos expresos o tácitos entre los convivientes para inferir la existencia de condominio o sociedad (STS. de 18 de febrero de 1993).

-la protección social de la familia no permite aplicar a las uniones de hecho preceptos matrimoniales de la sociedad de gananciales, aunque sí permite en ocasiones ver causa legítima de reclamación por enriquecimiento injusto o algún otro precepto aplicable por analogía (STS. de 20 de octubre de 1994).

-no pueden aplicarse analógicamente a las uniones de hecho las normas sobre los regímenes económicos del matrimonio (SSTS. de 24 de noviembre y 30 de diciembre de 1994; 16 de diciembre de 1996 y 4 de junio de 1998).

3. LA MADRE Y LOS HIJOS E HIJAS: LA REGULACIÓN DE LA FILIACIÓN

Evidentemente, y lo que es evidente no se puede negar, es que hay algo que distingue radicalmente al hombre y a la mujer y es su dispar biología, su respectiva sexualidad, que en la mujer conduce a la maternidad, diferencia biológico-sexual en la cual no pueden apoyarse todas las demás discriminaciones que nada tienen que ver con ella, menos aún cuando se trata de una verdadera opción de la mujer.

La relación existente entre progenitores y los seres procreados por ellos, esto es, los padres y los hijos, ha sido recogida y regulada por el Derecho, de modo que dicha unión o vínculo jurídico es denominado *filiación*, la cual se establece entre las personas a quienes el Derecho coloca en la condición de padre y madre y las que sitúa en la de hijos e hijas -arts. 108 a 141 y 175 a 180 C.c., respecto a la adopción-.

Con anterioridad a la Ley de 13 de mayo de 1981 se realizaba una distinción de la filiación atendiendo a su origen, de manera que se hablaba de filiación *legítima* -hijos procreados después del matrimonio de los padres- e *ilegítima* -hijos procreados con anterioridad al matrimonio de los padres-, dentro de la cual se distinguía entre hijos *naturales* -cuyos padres pudieron contraer matrimonio- y *no naturales* o, empleándose una terminología paladinamente más despectiva, *adulterinos* o *incestuosos* -cuyos padres no pudieron contraer matrimonio por existir entre ellos algún impedimento matrimonial-. Tras la reforma de 1981, en fiel concordancia con los principios sentados al efecto por la Constitución, la filiación puede ser *natural*, pudiendo ser ésta *matrimonial* -entendiéndose existente el matrimonio al nacimiento, no así a la concepción- o *no matrimonial* y *adoptiva* o *civil*, según dispone el art. 108 C.c.

Claro lo anterior, uno de los problemas más interesantes en esta materia es el del establecimiento o fijación de la filiación, lo cual tiene relevantes consecuencias, dado que la determinación de una filiación respecto a una persona atribuye *ex lege* la patria potestad -salvo en el supuesto del art. 111 C.c.; vid. SSTs. de 11 de mayo y 17 de junio de 1995- da derecho al uso de unos apellidos -art. 109 C.c.-, derecho a los alimentos -

arts. 110 y 111 C.c.- y, sobre todo, derechos sucesorios -arts. 807 y 931 C.c.-, aparte de la asignación a padres e hijos de unos derechos y unas obligaciones.

Se suele decir que el establecimiento de la filiación se funda en dos principios: uno, que es siempre posible determinar la maternidad, basta con probar que la mujer ha alumbrado y que el nacido procede de dicho alumbramiento -*mater semper certa est*- y, otro, que es imposible determinar la paternidad -*pater semper incertus*-, por ello que, como el padre tiene que quedar jurídicamente fijado, se sigue la regla según la cual *pater vero is est quem nuptiae demonstrant*, esto es, la presunción de que el padre es el marido de la madre. Ésta es la razón por la cual la determinación legal de la filiación es diversa según se trate de filiación matrimonial o no matrimonial.

En conformidad con lo dicho, a la hora de precisarse la filiación matrimonial existe una presunción legal de paternidad del marido de la madre respecto al nacido dentro del matrimonio, la cual es recogida por el art. 116 C.c. y contra la que, dada su naturaleza *iuris tantum*, cabe prueba en contrario para destruirla: *se presumen hijos del marido los nacidos después del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges*.

A la filiación del hijo de concepción prematrimonial se refiere el art. 117 C.c., según el cual si el hijo nace dentro de los 6 primeros meses de matrimonio -180 días-, el marido puede destruir la presunción de forma sencilla, a saber, mediante declaración auténtica en contrario formulada dentro de los 6 meses siguientes al conocimiento del parto. Sin embargo, el marido no podrá hacer dicha declaración en dos supuestos: uno, cuando exista reconocimiento expreso o tácito del hijo y, dos, cuando al casarse conocía el embarazo de su mujer, lo que viene a ser un reconocimiento tácito, salvo que se formalice declaración auténtica con el consentimiento de ambos.

De esta forma, por vía de presunción, el Derecho esclarece el enigma del acreditamiento de la paternidad y respeta, así, la generalidad de las situaciones, sin perjuicio de que cuando la verdad biológica sea otra, es

decir, cuando el marido no sea el verdadero padre de los hijos de su esposa, pueda el esposo destruir esa presunción ejerciendo la acción impugnatoria contra la falsa paternidad que le ha sido atribuida.

La acción de impugnación de la paternidad fue estimada en la STS. de 30 de enero de 1993, en la que prevaleció la verdad biológica sobre la presunta derivada del estado matrimonial; no en cambio en la STS. de 22 de diciembre de 1993, por caducidad de la acción, al presentarse la demanda tras haber transcurrido el año que señala el art. 136 C.c.; en la STS. de 11 de mayo de 1995, el marido ejerció la acción de impugnación de la paternidad, desistiendo posteriormente del procedimiento, no aplicándosele analógicamente lo dispuesto por el art. 111.2º C.c.. Interesante nos parece la STS. de 10 de febrero de 1997, en la que el actor impugnaba la paternidad de su supuesta hija. El actor y la demandada contrajeron matrimonio dado el embarazo de la mujer, motivo éste que alegó como vicio del consentimiento. El matrimonio no funcionó, iniciándose un procedimiento de separación y posterior divorcio de los cónyuges, en cuya tramitación conoció que era posible que no fuera el padre de la menor, sino una tercera persona que no constintió en que se le identificase al haber expresado su posible paternidad bajo el secreto profesional. Además, se puso de manifiesto la falta de coincidencia en las fechas en que presuntamente se produjo el embarazo y el hecho de que en esas fechas el actor se encontraba prestando servicio militar en El Ferrol, a lo que había de sumarse que la demandada había llevado, antes y después del matrimonio, una vida *algo desordenada* - nada se dice acerca de en qué consistía dicho *desorden*-. El TS desestimó la pretensión del actor por hallarse caducada la acción de impugnación de la paternidad.

Como hemos visto, el art. 116 C.c. extiende la presunción de paternidad a los 300 días siguientes a la disolución o separación conyugal. Pasados estos días y no existiendo ya, por tanto, la presunción de paternidad, tan sólo cabe un reconocimiento de la filiación mediante el consentimiento de ambos cónyuges *ex* art. 118 C.c.

Los modos de determinación de la filiación no matrimonial se encuentran recogidos en el art. 120 C.c. y son: el reconocimiento ante el encar-

gado del Registro Civil -acto unilateral, personalísimo, formal, puro, esto es, no sometible a condición o término y, como no podía ser de otra manera, irrevocable, como se deduce, después de 1981, del art. 741 C.c.-, en testamento -art. 741 C.c.- o en otro documento público -arts. 1216 C.c. y 186 RRC-, por expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil -art. 49 LRC-, por sentencia firme tras el ejercicio de la correspondiente acción de filiación y la inscripción de nacimiento respecto de la filiación materna no matrimonial -en la jurisprudencia más reciente acerca de esta filiación, vid. SSTs. 2 de marzo, 16 de julio y 21 de octubre de 1994, 7 de febrero, 4 de julio, 3 y 23 de septiembre y 3 de diciembre de 1996, 6, 19 y 28 de mayo, 29 de julio, 9 y 31 de octubre, 17 de noviembre y 29 de diciembre de 1997 y 17 de junio de 1998-.

Las acciones de filiación son las de reclamación, impugnación, declarativa y mixta de reclamación e impugnación.

Sin entrar aquí y ahora en el estudio pormenorizado de cada una de ellas, lo cual sería inútil porque se encuentra regulado en el C.c., tan sólo destacamos cuáles son las disposiciones generales aplicables a estas acciones que se contienen en sus arts. 127 a 129:

- 1º.- la admisibilidad de la libre investigación de la paternidad y de la maternidad.
- 2º.- la posibilidad de utilizar toda clase de pruebas, incluidas las biológicas.
- 3º.- la articulación de un control previo de viabilidad de las demandas, mediante la exigencia de un principio de prueba.
- 4º.- la adopción de medidas de protección de la persona del hijo y de los bienes durante el procedimiento.
- 5º.- las condiciones subjetivas de ejercicio de la acción.

Permítasenos detenernos en el principio en virtud del cual en los juicios de filiación es admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas reconocidas por nuestro Ordenamiento Jurídico: documentos, testigos, confesión, presunciones,

pruebas biológicas, etc. -arts. 39.2º CE y 127 y 135 C.c., éste último haciendo una enumeración abierta o *ad exemplum*-.

Mención especial nos merece la admisión de las llamadas *pruebas biológicas* debida a la reforma de 1981, lo cual supuso una extraordinaria innovación en nuestro sistema procesal y en el Derecho Familiar frente a las posturas obsoletas y negativas tradicionalmente sostenidas en esta materia. Respecto a este tipo de pruebas nos resulta muy interesante destacar aquí que, en la medida en que para la realización de una prueba biológica tenga que procederse a una limitación de los derechos de la personalidad del sujeto pasivo de la misma -vgr. extracción de sangre o de semen, en relación con los derechos de protección a la intimidad personal y a la integridad física que conceden los arts. 15 y 18 CE-, ha de entenderse que su práctica no puede imponerse por la fuerza sino que sólo será posible con el consentimiento del demandado/a -progenitores o familiares directos más próximos en caso de fallecimiento-, y que si éste/a se niega -es doctrina jurisprudencial, vgr. SSTs. 14 de julio y 23 de septiembre de 1988 y 15 de marzo de 1989, que dicha negativa ha de ser seria, injustificada y manifestada personalmente por el interesado, netamente obstruccionista y reveladora de un deliberado propósito de no comparecer ante los peritos para someterse a las pruebas biológicas, lo que no aconteció en el caso enjuiciado en la STS. de 11 de septiembre de 1991, en el que el demandado no se negó, en el sentido expuesto, a someterse a las pruebas biológicas, pues se le citó sólo con cuatro días de anticipación y no personalmente, sino por medio de cédula entregada a su esposa, encontrándose ausente de su domicilio-, a someterse a ella el Juez lo único que podrá hacer es valorar la negativa como un indicio, pero nada más, es decir, la conducta negativa del demandado a someterse a las pruebas de referencia no puede originar *per se* una presunción favorable a la paternidad, como señala el TS. en su S. de 12 de abril de 1988 -vid. asimismo SSTs. de 7 de febrero de 1986, 8 de julio de 1986, 27 de junio de 1987, 12 y 14 de noviembre de 1987 y la más reciente de 29 de diciembre de 1997-.

Como tal indicio cualificado, revelador de un afán injustificadamente obstruccionista y catalogable, en la mayoría de los casos, como una conducta antisocial, por llevar ínsita una negativa a prestar la colabora-

ción necesaria a la Administración de Justicia que sirve para contribuir al esclarecimiento de la realidad de la paternidad reclamada, ha de ser conjugado y valorado conjuntamente con otros medios de prueba para que se declare la filiación, es decir, sólo se reconoce a la negativa del demandado a dejarse efectuar las pruebas biológicas sobre paternidad un valor indiciario, todo lo valioso que se quiera, pero necesitado de estar unido a otras pruebas para poder producir el convencimiento de la paternidad que se reclama. Como señala la STS. de 6 de mayo de 1997, la no realización de la prueba biológica no impide que el juzgador pueda entrar a valorar todas las restantes pruebas practicadas en el proceso -FJ 5º-.

Así lo expresaba el TS. en su S. de 11 de marzo de 1988, al señalar que la finalidad de las pruebas biológicas no es otra que la defensa, en primer lugar, de los intereses del hijo, tanto de orden material como moral, como ya declararon las Sentencias de esta Sala de 19 de noviembre de 1985 y 14 de noviembre de 1987, lo cual no supone deducir una *ficta confessio* -más bien sería una *ficta pericia*, como señala la STS. de 21 de octubre de 1994- de la negativa a la extracción de unas gotas de sangre, sino meramente representa un indicio, valioso, que conjugado con otros elementos probatorios figurados permiten llegar a declarar la paternidad postulada -se trata ésta de una doctrina jurisprudencial muy consolidada; vid., sin ánimo de exhaustividad, SSTS. de 14 de octubre de 1985, 27 de junio de 1987, 20 de julio y 26 de noviembre de 1990, 14 de mayo, 28 de junio y 3 de diciembre de 1991, 5 de octubre de 1992, 26 de enero, 29 de marzo y 30 de octubre de 1993, 21 de octubre de 1994, 19 de mayo de 1995, 4 de julio y 3 de septiembre de 1996, 14 de junio y 12 de diciembre de 1997, 23 de enero, 28 de febrero y 13 de marzo de 1998-.

No obstante el carácter indiciario, ha de decirse que se da una gran importancia, dentro de esa valoración del material probatorio, a la negativa a someterse a las pruebas biológicas, pues se estima que conduce a la denegación de un medio de prueba de una fiabilidad absoluta en cuanto al resultado excluyente de la paternidad -cuenta con un 99,99% de posibilidades de acierto, como señalan las SSTS. de 3 de diciembre de 1996 y 7 de marzo de 1998-, en relación a aquellas otras que determi-

nan la paternidad, lo que impide al que la ha propuesto la tutela efectiva de sus derechos, sobre todo, cuando se trate de relaciones esporádicas en las que con mayor frecuencia el padre negará su paternidad y que, por naturaleza, son las más difíciles de demostrar por la madre con otro tipo de pruebas -vid. STS. de 14 de julio de 1988-. Como señala la STS. de 24 de noviembre de 1992, la prueba biológica cuenta con una fiabilidad absoluta para descartar la paternidad, tan sólo es casi completa para acreditarla. Y ello porque *se está debatiendo sobre el derecho de la persona a conocer su verdadera filiación* -STS. de 15 marzo 1989-, *lo que afecta a su dignidad y al desarrollo de la personalidad, derechos ambos fundamentales reconocidos en el artículo 10.1 de la Constitución*, como afirma la STS. de 26 enero 1993, razón por la cual la doctrina antes expuesta sobre las consecuencias de la negativa a someterse a las pruebas biológicas *en absoluto conduce a violación alguna de los derechos del recurrente, pues tales pruebas no afectan a la integridad física y moral de la persona ni mucho menos implican intromisión en su intimidad u honor, sino que constituyen un medio de prueba legítimo en el proceso sobre investigación de la paternidad*, como establece la STS. de 18 mayo 1994.

No deja de sorprendernos que se le quite importancia a la negativa a la extracción de unas gotas de sangre como valor probatorio y que, en cambio, se le conceda enorme peso a esa extracción como vulneradora, cuando no media consentimiento, de la intimidad e integridad física del padre.

Nos llama asimismo la atención que sólo sean puestos de relieve los perjuicios que el no reconocimiento de la paternidad acarrea al hijo, pero, en absoluto, los que tiene que padecer la madre, quien se ve obligada a afrontar una maternidad a solas, sin ninguna ayuda emocional y económica en la crianza del hijo. ¿Acaso no están en juego los valores constitucionales de la mujer de la igualdad y el libre desarrollo de su personalidad?. Al permitirse que el padre se desentienda del asunto tan fácilmente, ¿no se estará castigando a la mujer simplemente por su biología?. Así no los parece, razón por la cual consideramos que es necesaria la adecuada ponderación de los intereses de la madre, la cual habrá de incidir directamente en el mayor peso probatorio que ha de darse a la negativa del padre a someterse a la práctica de la prueba biológica.

La regulación de la filiación en nuestro Código civil se refiere, sin lugar a dudas, a la reproducción humana llevada a cabo en forma natural. Las técnicas de reproducción asistida no han sido reguladas hasta 1988, concretamente, por la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida -vid. Ley 42/1988, de 28 de diciembre, sobre Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos o de sus Células, Tejidos u Organos-, las cuales consisten en la inseminación o fecundación artificial y en la implantación de óvulos previamente fecundados *in vitro*. A las cuestiones de filiación derivadas de la utilización de tales técnicas consagra la Ley sus arts. 7 a 10, a los cuales nos remitimos, no sin advertir de la posible inconstitucionalidad de alguno de ellos, no así del supuesto de inseminación artificial de la mujer sola, bien por no tener marido o compañero *more uxorio* o bien porque teniéndolo no haya consentido dicha inseminación, y no es inconstitucional porque en nuestro Ordenamiento no se garantiza en forma absoluta un padre a todo nacido, ni siquiera el art. 39.2º CE.

4. LA MUJER ANTE UNA ACTUACIÓN MÉDICA NEGLIGENTE

Se trata de un tema candente en nuestros días el de la responsabilidad civil -contractual o extracontractual- del profesional médico-sanitario por una actuación negligente tomando como referencia la diligencia propia de la *lex artis ad hoc*, pues la medida de la diligencia no se halla en el clásico canon del *buen padre de familia*, sino en el cumplimiento de los deberes médicos.

La jurisprudencia impone un particular deber de cuidado en la práctica médica, en lo que se ha venido en llamar el *deber de empleo de los medios adecuados*, presumiéndose la culpa o negligencia del médico cuando no actuó de acuerdo a la *lex artis*, tanto por la gran dificultad de discernir la culpa en materia predominantemente técnica, como por el valor inestimable de la vida y salud cuyo cuidado es encomendado a los profesionales médicos. Así se establece, entre otros, el deber de acreditar la asepsia -STS. de 15 de febrero de 1993-, la exigencia de mantener las instalaciones en buen estado y disponer del material adecuado -STS. de 7 de junio de 1988-, estimándose la imprudencia por defectuosa conservación del material en una sobredosis de radioterapia -STS. de 1 de diciembre de 1987-, el deber de adecuación de medios a la cirugía realizada -STS. de 6 de octubre de 1994-, el deber de realizar las pruebas apropiadas para cerciorarse del diagnóstico -STS. de 21 de septiembre de 1993-, el deber de agotar los medios usuales, y de revisar la actuación del residente en cuestiones complejas -STS. de 25 de noviembre de 1993-, el deber de extremar los medios de vigilancia de los disminuidos psíquicos -STS. de 30 de julio de 1991- y el deber de información veraz al enfermo que es quien debe asumir los riesgos extraordinarios de la práctica médica -SSTS. de 23 de abril de 1992 y de 25 de abril de 1994-. La doctrina jurisprudencial califica asimismo la falta de atención y, en particular, la negativa de atención como supuesto que origina una responsabilidad directa por los daños causados. Así, en la operación realizada sin cerciorarse de la circunstancia de una herida -STS. de 24 de noviembre de 1989-, o la negativa de un hospital a recibir al enfermo alegando la falta de camas libres -STS. de 6 de julio de 1990- o por demora en el cuidado del enfermo, sin proporcionarle asistencia con la diligencia debida -SSTS. de 4 de marzo de 1993 y de 21 de septiembre de 1993-.

Pese a su enorme transcendencia práctica, no vamos a hacer un estudio detenido de la responsabilidad médico-sanitaria, puesto que ello excedería en mucho nuestros propósitos, pero sí queremos detenernos en el examen de algunas de las situaciones concretas en las que puede encontrarse la mujer, considerada en sí misma como paciente -no su marido o su hijo/a, temas asimismo interesantes-, determinando en cada caso qué medios le ofrece el Derecho Civil para salir de aquéllas.

Antes de nada queremos destacar que, en esta materia de la responsabilidad civil médica, el principal problema que se plantea es el de la determinación del nexo causal entre la actuación -por acción u omisión, vgr. falta de información- del profesional sanitario y el daño -de un lado, físico, corporal o material y, de otro, el importante daño psíquico o moral no sólo causado al paciente, sino también a sus familiares- ocasionado y la imputabilidad del agente -excluida cuando concurre caso fortuito, fuerza mayor o causa no normalmente previsible-, cuya prueba efectiva conducirá posteriormente a la difícil cuestión de determinar la valoración del daño a efectos de la fijación de la indemnización como único remedio, la mayoría de las veces, deficiente.

Como se señala en las SSTs. de 10 de febrero de 1996 y 19 de febrero de 1998, la obligación contractual o extracontractual del médico y, en general, del personal sanitario, no es la de obtener en todo caso la recuperación del enfermo o lo que es igual, no es la suya una obligación de resultado sino de medios, es decir, está obligado a proporcionarle al enfermo todos los cuidados que requiera, según el estado de la ciencia, pero no a curarlo, descartándose la responsabilidad objetiva, sin que opere, consiguientemente, la inversión de la carga de la prueba, admitida en daños de otro origen, y estando a cargo del paciente la prueba de la culpa y nexo causal, sin que baste la relación material o física, a la que ha de sumarse el reproche culpabilístico, sin el cual no hay responsabilidad sanitaria.

Por tanto, un dato importante a tenerse en cuenta es que es al paciente a quien corresponde la prueba de la relación de causalidad culpable, doctrina ésta sobre la carga de la prueba, se reitera por la jurisprudencia, que se excepciona en dos supuestos: 1.º) cuando por la práctica de una

intervención quirúrgica reparadora o perfectiva o estética el paciente es cliente, pues la obligación es de resultado por ubicarse el acto médico preciso en una especie de *locatio operis* -SSTS. de 25 de abril de 1994 y 11 de febrero de 1997-; y 2.º) en aquellos casos en los que por circunstancias especiales acreditadas o probadas por la instancia, el daño del paciente o es desproporcionado, o enorme, o la falta de diligencia e, incluso, obstrucción o falta de cooperación del médico, ha quedado constatado por el propio Tribunal, en los términos análogos a los de, entre varias, las SSTS. de 29 de julio de 1994, 2 de diciembre de 1996 y 21 de julio de 1997.

Por tanto, la regla general es que la responsabilidad médica es de medios y no de resultado, al incidir en éstos la propia naturaleza humana, descartando toda clase de responsabilidad más o menos objetiva ante la realidad de que los facultativos no pueden asegurar la salud, sino procurar por todos los medios su restablecimiento, por no ser algo de lo que se pueda disponer y otorgar; siquiera son censurables y generadoras de responsabilidad civil todas aquellas conductas en las que se da omisión, negligencia, irreflexión, precipitación e incluso rutina que causen resultados nocivos. Excepcionalmente, se tratará de una obligación de resultado.

Claras estas premisas y siendo conscientes de la enorme profusión de supuestos de daños -corporales y morales- producidos a una mujer a consecuencia de una actividad médica negligente, nos centraremos en algunos de ellos que de un tiempo a esta parte son, probablemente, los más frecuentes, de ello el interés que revisten y que pasamos seguidamente a analizar, vertiendo algunas reflexiones acerca de los mismos.

Para una clara exposición, de los casos judiciales enjuiciados recientemente por nuestro Tribunal Supremo, pueden hacerse tres grupos de sentencias que versan sobre:

4.1 OPERACIONES DE CIRUGÍA ESTÉTICA

Como acabamos de ver, en los casos de medicina voluntaria, no curativa o satisfactiva, la prestación del profesional sanitario se aproxima al contrato de arrendamiento de obra, esto es, no es una obligación de medios

o de actividad sino de resultado, lo cual quiere decir, según ha matizado la jurisprudencia, que el cumplimiento de las obligaciones del profesional está sometido a la *lex artis* médica, pero, tratándose de este tipo de medicina, los supuestos de mal resultado puede generar una presunción desfavorable de culpabilidad.

En relación a las intervenciones fallidas de cirugía estética, los supuestos son muchos -la mayor parte- los que por exigencias sociales, en concreto, de moda, tienen por sujeto a la mujer. Veamos algunos de los recientemente solventados por nuestros Tribunales.

La STS. de 3 de diciembre de 1991 condenó al médico por su actuación negligente en la intervención de cirugía plástica en una mama afectada por área tumoral recidiva del carcinoma anteriormente extirpado al pago a la actora de 5.000.000 de pesetas.

La AP. de Valencia, en su S. de 4 de noviembre de 1993 relativa a un caso de implantación de prótesis de silicona en el pecho de la actora y posterior vaciamiento del mismo se condenó a la empresa fabricante y a la suministradora de la misma al abono a la actora de 3.000.000 de pesetas.

En la STS. de 2 de diciembre de 1997 se produjeron daños derivados de una operación de alargamiento tibial mediante el *Sistema Ralka*, condenándose a la Administración de la que dependía el Hospital y al Instituto Nacional de la Salud a indemnizar a la paciente con la cantidad de 10.000.000 de pesetas.

4.2 EL VALOR DEL CUERPO DE LA MUJER

4.2.1 SUPUESTOS DE INFECCIÓN HOSPITALARIA CONTRAÍDA EN EL CURSO O CON CARÁCTER POSTERIOR A UNA INTERVENCIÓN QUIRÚRGICA

En el caso que motivó la STS de 12 de mayo de 1988 se resolvió un recurso de casación por las secuelas sufridas por la paciente, a consecuencia de una infección tetánica que contrajo por el hilo de sutu-

ra utilizado, después de ser sometida a una operación de cesárea ante el desarrollo anormal del parto, cifrándose la condena en 6.000.000 de pesetas en concepto de indemnización de daños y perjuicios.

En la STS. de 30 de mayo de 1997 el caso enjuiciado se centraba en daños originados por una infección hospitalaria que se contrajo en el curso de una intervención quirúrgica y que tuvo como consecuencia la pérdida de la mama derecha que sufrió la paciente, quien padeció por ello un daño corporal o físico, viéndose afectada asimismo en su capacidad laboral, todo lo cual fue tomado en cuenta en la sentencia para la cuantificación de la indemnización, que fue fijada en 6.000.000 de pesetas.

4.2.2 ERRORES MÉDICOS

En la STS. de 31 de diciembre de 1997 se procedió por error médico a la amputación de una mama en una mujer de 44 años que, sin duda, concedió su autorización al informársele de forma errónea de una malignidad que luego se acreditó inexistente. Destacamos el hecho de que la paciente sufría depresiones y acudía a la consulta de oncología con asiduidad. Se determinó la culpa del facultativo por la omisión de un medio adecuado para confirmar el diagnóstico antes de proceder a la extirpación, como era el estudio intraoperatorio, medio éste existente y que no implicaba aumento de riesgo y cuyo no uso produjo el resultado de la amputación. Se concedieron a la paciente 9.000.000 de pesetas por la amputación del pecho sin haber tenido jamás cáncer de mama o carcinoma, repárese en ello.

4.3 LOS LLAMADOS CASOS DE *WRONGFUL LIFE* O HIJOS

NACIDOS CON DEFICIENCIAS O MINUSVALIAS Y *WRONGFUL BIRTH* O HIJOS SANOS NO DESEADOS

Centramos ahora nuestra atención en la STS. de 6 de junio de 1997 acerca de una prueba médica de amniocentesis destinada a la extracción de líquido amniótico para realizar la prueba correspondiente y que fracasó, notificándosele tarde a la madre pudiendo habersele repetido o hacer otras de igual garantía o fiabilidad, paciente que ya no pudo pro-

ceder de una manera legal a interrumpir voluntariamente su embarazo por haber transcurrido el plazo legal, naciendo su hijo con síndrome de Down o mongolismo, figura conocida en el Derecho americano con el nombre de *wrongful life*, con lo que se hace referencia al nacimiento de un niño con minusvalía. La indemnización que la paciente debía recibir fue fijada en 50.000.000 de pesetas.

Ello en lo que se refiere al hijo que nace con algún tipo de deficiencia, pero también existe responsabilidad en los casos de *wrongful birth* en relación con los hijos sanos no deseados. Hacemos alusión a los casos de esterilizaciones fallidas.

La litis de la STS. de 10 de octubre de 1995 versó acerca de la realización defectuosa de una operación de ligadura de trompas con fines anti-conceptivos por la situación familiar y económica de la actora, operación que no impidió que ésta quedase embarazada -embarazo no deseado- que recibiendo un tratamiento médico contraindicado para la gestación del feto, dió a luz a una niña con síndrome de PraderWilli que falleció a los once meses del alumbramiento. La actora demandó al médico y al INSALUD y tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia en apelación condenaron a los demandados al pago solidario a la actora de una indemnización de 15.000.000 de pesetas, lo cual fue recurrido en casación por el demandado. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso sustentado en la excepción de prescripción de la acción, lo que pone de relieve la enorme importancia del dato del plazo establecido para la interposición de la demanda en estos casos.

Interesante resulta un fallo anterior en meses, la STS. de 24 de mayo de 1995, acerca de una ligadura de trompas de Falopio practicada durante el parto con el consentimiento del esposo de la paciente pero sin el de ésta, a quien quedaron como secuelas una esterilización casi total e insubsanable y un síndrome depresivo manifestado en forma de tristeza, pérdida de vitalidad y erotismo e irritabilidad, con deterioro de sus relaciones conyugales y laborales. La paciente formuló demanda de menor cuantía contra el médico y contra el INSALUD sobre reclamación de cantidad por culpa extracontractual, la cual fue estimada parcialmente por el Juez de 1ª Instancia, condenando a los demandados al pago soli-

dario de 13.500.000 ptas., indemnización que la Audiencia redujo a la suma de 8.000.000 de ptas; el Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto por los demandados.

Siguiendo con esta misma cuestión, la STS. de 27 de junio de 1997 acerca de un fracaso como método anticonceptivo de una ligadura de trompas tubárica bilateral, siguiendo la técnica quirúrgica denominada Pomeroy -por ser la más indicada cuando se interviene simultáneamente en una extracción no natural del feto- a la que se sometió la actora, quedando embarazada de su sexto hijo, por lo que reclamó indemnización de daños y perjuicios, por culpa extracontractual o aquiliana basada en los arts. 1902 y 1903 C.c., entendiendo que en el caso no se trataba de una responsabilidad de medios sino de resultado, pretensión que fue desestimada en todas las instancias, pues, según declaró el Supremo, en las ligaduras tubáricas, aunque sea correcta la intervención, se producen fracasos biológicos por recanalización o fistulación tubárica espontánea -el índice de embarazos después de una correcta operación es de 1 a 3 por mil-, como fenómeno fisiológico natural e imprevisible, independiente de la intervención quirúrgica, por lo que la obligación del facultativo no puede ser de resultado, sino de utilización de la 'lex artis', descartándose toda responsabilidad objetiva, pues se informó debidamente a la paciente, aceptando el riesgo, a diferencia de lo ocurrido en la STS. de 25 abril 1994, referente al caso de una vasectomía, con resultado de embarazo de la esposa, en la que hubo deficiente información al paciente acerca de lo necesario para evitar que la reanudación de su vida matrimonial en forma normal condujera a dicho resultado.

Del rápido recorrido jurisprudencial recién hecho se pueden extraer diversas ideas.

Cuando el daño causado no es o no sólo es patrimonial, la valoración del mismo se dificulta y ello conlleva que las cuantías indemnizatorias que se fijan nos lleguen a parecer, cuanto menos, ridículas.

De este modo, cómo se valora una minusvalía como es el síndrome de Down, si han de tenerse en cuenta diversos aspectos, como es el del impacto psíquico de crear un ser discapacitado que previsiblemente

podrá valerse por sí mismo y llegar a alcanzar edades medianas, precisando, a su vez, una atención fija permanente -casi siempre de la madre y, por lo común, asalariada -piénsese en los gastos que conlleva un colegio especial-, todo lo cual hace difícil la determinación del montante. Con dicha cuestión está íntimamente relacionado el debate acerca de hasta qué punto las lesiones al feto han de considerarse como lesiones a la madre, entendiendo que el feto es parte del cuerpo de la madre, o, si, por el contrario, se tienen que considerar como lesiones a una persona distinta de la madre, postura ésta que, difícilmente salvable a la luz del Tribunal Constitucional que considera que el *nasciturus* o concebido y no nacido no es persona, restringiría la pretensión indemnizatoria de la madre en cuanto a los daños morales que han de repararse en caso de aborto involuntario por práctica negligente, dado que no podrá reclamar los daños morales irrogados a la vida del feto y que recaen sobre él, cuya reparación éste no podrá solicitar.

Y cómo puede determinarse el monto correspondiente a la reparación de la pérdida de la mama que sufre la paciente a consecuencia de la infección que contrae en el curso de la intervención quirúrgica: ¿justamente 6.000.000 de pesetas, ni más ni menos, son suficientes para dejar indemne a una mujer que pierde su mama derecha y que sufre un perjuicio físico y estético pero también psicológico o impacto o sufrimiento psíquico o espiritual, además de consecuencias pecuniarias como los gastos de cirugía para su restitución plástica, teniéndose en cuenta diversos factores de la paciente como la edad, estado civil, profesión, etc.? ¿Puede decirse con toda seguridad que 6.000.000 de pesetas responden adecuadamente al principio de la reparación íntegra del daño?. ¿Puede el Juez llegar a colocarse en la situación personal de la víctima para hacerse una idea aproximada del daño que le ha sido causado?.

La gran dificultad que encierra la cuantificación del daño y del dolor físico y psíquico conduce a la indudable discrecionalidad judicial para la fijación del *quantum* indemnizatorio hasta el punto que la obtención de un mayor o menor montante de resarcimiento va a estar en estrecha relación con la generosidad o no del juez e, incluso, si tiene o no un buen día. Así las cosas, la subjetividad de los órganos de instancia en la fijación de las cuantías indemnizatorias, lo que conduce a que a supues-

tos similares se concedan cantidades diferentes, que se denomina de forma muy expresiva la *lotería judicial*, violentándose con ello el principio de seguridad jurídica así como el de igualdad exigidos, respectivamente, en los arts. 9.3º y 14 CE, a lo que ha de sumarse, complicándose aún más si cabe, la falta de formación especializada de los peritos y el fuerte corporativismo médico, ha llevado a la doctrina a plantearse la conveniencia de que la valoración del daño médico se realice con arreglo a algún criterio objetivo, concretamente, se plantea la posible aplicación de los baremos de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre de 1995, de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados en relación con la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos a motor, si bien el hermetismo de estas tablas ya está dejando ver sus grandes inconvenientes en este sector del automóvil.

Mientras tanto, los jueces suelen establecer una indemnización global sin concreción de cada uno de los daños indemnizables, lo cual es criticable por violación de la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, pero, en efecto, viene siendo práctica habitual. A nuestro juicio y a efectos prácticos, es importante delimitar las partidas que han de tenerse en cuenta para la fijación por el juez de la cuantía indemnizatoria; en la medida de lo posible debe exigirse el desglose de las partidas indemnizables. En realidad, el principal problema que se plantea en este punto concreto es la valoración del daño a efectos de la fijación de la cuantía de la indemnización, especialmente, de sus consecuencias no pecuniarias, problema que se complica si se recuerda que la fijación del *quantum* de la indemnización es una cuestión de hecho que corresponde a los órganos de instancia según su libre arbitrio, cuantificación que no puede ser recurrida en casación, salvo cuando se produce una revisión de las bases tenidas en cuenta.

5. LOS DERECHOS SUCESORIOS DE LA MUJER

5.1 LOS DERECHOS SUCESORIOS DE LA VIUDA: SU LEGÍTIMA

La prohibición de ser testigo la mujer en los testamentos y 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 que contenía originariamente el Código civil con fundamento en que sólo el hombre era el único que podía desempeñar funciones públicas y en la falta de respeto al marido muerto, que tan pronto era reemplazado en su afecto, -como si el viudo no pudiese, en las mismas circunstancias, faltar al respecto a su esposa, dado que a él no se establecía restricción alguna en este sentido- como no podía ser de otra manera, han desaparecido.

Sabemos que el concebido y no nacido, el *nasciturus*, tiene capacidad para heredar -se trata éste de un “efecto favorable” *ex art. 29 C.c.*- si llega a nacer con los requisitos del art. 30 C.c. (arts. 29, 30 y 745.1º C.c.). Pues bien, entre tanto ello acontece, nuestro legislador arbitra una serie de medidas tanto en defensa de los derechos que le corresponderán efectivamente al nacer, como los de los interesados en la herencia. Tales medidas están reguladas en los arts. 959 a 967 C.c., bajo la rúbrica “De las precauciones que deben adoptarse cuando la viuda queda encinta” -extensivo a todo supuesto de concebido no nacido llamado a una herencia-.

Dichas normas se dirigen, pues, a proteger los intereses en juego ante la posibilidad de un nuevo sujeto concebido y aún no nacido que si llega a existir como persona será el destinatario del llamamiento a la herencia. De este modo, se protegen los intereses del *nasciturus*, los de los interesados en la herencia, cuyos derechos deban *desaparecer o disminuir por el nacimiento del póstumo*, como señala el art. 959 C.c. y también los intereses de la madre gestante, para quien el art. 964 establece que *la viuda que quede encinta, aun cuando sea rica, deberá ser alimentada de los bienes hereditarios, habida consideración a la parte que en ellos pueda tener el póstumo, si naciere y fuera viable*. En definitiva, las medidas que se adoptan

se sustancian en la puesta en administración de la herencia en el tiempo que medie hasta que se verifique el parto.

Esto claro, ¿qué derecho a la herencia del marido tiene la viuda?. Como dispone el art. 807.3º C.c., la viuda es heredera forzosa o, lo que es lo mismo, tiene un derecho a la legítima, lo que supone que tiene derecho a recibir -por cualquier título *ex art. 815 C.c.*- una porción hereditaria, incluso, contra la voluntad del testador, ya que el llamamiento a dicha cuota lo hace la ley, no él, de la cual no puede disponer -*vid. art. 806 C.c.*-.

Dispone el art. 834 C.c. que *el cónyuge que al morir su consorte no se hallare separado de él o lo estuviere por culpa del difunto, si concurre a la herencia con los hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora*. En consecuencia, presupuesto esencial del derecho legitimario de la esposa viuda es la existencia de un matrimonio con el causante de la herencia y que este matrimonio esté vigente en el momento del fallecimiento del causante. Por consiguiente, la divorciada no conserva ningún derecho a la legítima en la sucesión de su ex-cónyuge, pues en el momento de la muerte ya no estaba casada con el causante. Tampoco puede exigirse la legítima cuando el matrimonio sea declarado nulo, aunque el supérstite hubiera tenido buena fe, *ex art. 78 C.c.*

La legítima le da al cónyuge viudo el derecho al usufructo de determinada porción de la herencia, en otras palabras, el cónyuge viudo es titular *ex lege* de un derecho real limitativo del dominio como es el usufructo, no es, por tanto, titular dominical de ninguna cuota sobre el as hereditario líquido. La cuantía de dicha legítima es variable dependiendo de quiénes sean los que concurren con ella a la herencia. Dicha concurrencia es objeto de extensa regulación por el Código civil, arts. 834 a 840, motivo éste por el que a ella nos remitimos.

5.2 LA SUCESIÓN DE LOS TÍTULOS NOBILIARIOS: UN PERSISTENTE DESVIO DISCRIMINATORIO

La sucesión de los títulos nobiliarios ha despertado una fuerte polémica en diversos sectores sociojurídicos por las razones que pasamos a examinar.

Ante todo, los títulos nobiliarios son distinciones honoríficas otorgadas por el Jefe del Estado en atención a los méritos, hazañas o servicios prestados por el agraciado, cuya transmisión *mortis causa* está fijada por un orden sucesorio previamente determinado, sin que pueda ser alterado por sus diferentes detentadores, salvo contadas excepciones. Se trata, por consiguiente, de una sucesión vincular y es una sucesión excepcional, pues se rige por reglas especiales distintas de las que regulan la sucesión en general.

Los criterios que se aplican están presididos por los principios de primogenitura y representación, cuyo desarrollo se completa con el de preferencia de líneas, dentro de cada línea con el de la preferencia de grado, y, por cuanto más nos interesa, dentro de cada grado el varón es preferente a la mujer, y entre personas del mismo sexo el mayor sobre el menor, orden sucesorio éste que es recogido en parte por el art. 57 CE, que regula la sucesión de la Corona española.

Se trata de una reminiscencia de carácter público: en la sucesión de los títulos nobiliarios, según el orden que regía para la sucesión de la Corona, se limita a la mujer dada la preferencia por razón de la masculinidad, pero ello nos lleva a plantearnos si la publicación de la Constitución Española ha afectado al orden sucesorio de los títulos nobiliarios, pues el principio de igualdad que se consagra, entre otros, en los arts. 1 y 14 CE, es incompatible con la preferencia para suceder del varón sobre la mujer.

La legislación vigente sobre títulos nobiliarios fue restablecida en el régimen de la dictadura por la Ley 4 mayo 1948, desarrollada por el Decreto de 4 de junio y la Orden de 27 de octubre del mismo año, derogándose con estas normas el precedente sistema abolicionista y restableciendo la situación normativa anterior a la República en esta mate-

ria. La Constitución no hace mención alguna a los títulos nobiliarios, aunque, tras su publicación, se han producido rehabilitaciones de antiguos títulos y se han creado nuevos mediante Reales Decretos en los que se hace expresa referencia al art. 62.f) CE que faculta al Rey para conceder honores y distinciones con arreglo a las leyes.

Esta normativa que otorga preferencia en la sucesión de los títulos nobiliarios al hombre sobre la mujer, ¿es discriminatoria para ésta?.

Las SSTS. de 7 de julio de 1986, 20 de junio y 27 de julio de 1987 recogen en *obiter dictum* la tesis discriminatoria, considerando que la preferencia del varón sobre la mujer en las sucesiones de los títulos nobiliarios es contraria al principio de igualdad consagrado en la Constitución, doctrina que es recibida por las posteriores SSTS. de 28 de abril y 21 de diciembre de 1989 y 22 de marzo de 1991, las cuales proclaman la inconstitucionalidad de las normas históricas reguladoras de la sucesión en los títulos nobiliarios estimando la derogación por inconstitucionalidad sobrevenida del antiguo principio de masculinidad o preferencia del varón, por discriminatorio y contrario a la Constitución y a la Convención de Nueva York de 18 de diciembre de 1979, ratificada por España el 16 de diciembre de 1983 y publicada en el *BOE* de 21 de marzo de 1984.

Con posterioridad, el Tribunal Supremo proclama y reitera dicha derogación en la STS. de 18 de abril de 1995, en la que se dirime el mejor derecho a suceder en el título a una hija frente al nieto del causante o titular, inclinándose por la abrogación de la antigua preferencia del varón sobre la mujer a partir de la entrada en vigor de la Constitución, puesto que no es admisible postergar o dar trato de inferioridad a la mujer por el mero e inevitable hecho de serlo, lo que lleva a una discriminación por razón de sexo. En esta Sentencia se inserta por primera vez un Voto particular, el formulado por el Magistrado D. Jesús Marina Martínez-Pardo, considerando que los títulos nobiliarios quedan fuera del art. 14 CE, por su propia naturaleza; son privilegios constitucionalmente admitidos y las leyes por las que actualmente se rigen no han sido alteradas por leyes posteriores que, como todas, mientras no se haga constar en ellas lo contrario, son irretroactivas. En nada

le afecta a la cuestión -según sostiene- el Tratado de Nueva York.

Interesante resulta el Voto particular formulado por el Magistrado D. Luis Martínez Calcerrada Gómez a la STS. de 13 de febrero de 1996, donde expresa que *no es de recibo esa tendencia jurisprudencial, de, en cierto modo, 'modernizarlos', y ponerlos en línea con la igualdad constitucional, pues, sólo cabe o respetarlos tal y como surgieron en el título constitutivo o erradicarlos en complectud.*

El Tribunal Constitucional en sus Sentencias 27/1982, de 24 de mayo y 114/1995, de 6 de julio -vid. Voto particular del Magistrado D. José Gabaldón López- se inclinó, en relación con el régimen de sucesión de los títulos nobiliarios en el orden regular de las transmisiones *mortis causa* dispuesto por el derecho histórico preconstitucional vigente, por la tesis no discriminatoria por no vulnerar el principio de igualdad consagrado en el art. 14 CE, lo cual ha reiterado en su reciente STC. 126/1997, de 3 de julio, al resolver la cuestión de constitucionalidad planteada por la Sección XIII de la AP. de Madrid, confirmando, de este modo, en contra del criterio mayoritario del Tribunal Supremo, la preferencia varonil -vid. FJ. 16º y 17º-. Son interesantes los Votos particulares formulados a esta última Sentencia por los Magistrados D. Carles Viver PiSunyer, D. Tomás S. Vives Antón y D. Pedro Cruz Villalón en sentido contrario al pronunciamiento del Constitucional, sosteniendo que el orden regular de sucesión en los títulos nobiliarios no solamente se halla sometido a la Constitución y, más exactamente, a las exigencias del derecho a la igualdad de su art. 14, sino que, al establecer una preferencia del varón sobre la mujer en el orden sucesorio aludido, consagra una discriminación por razón de sexo que vulnera frontalmente una de las prohibiciones a las que de forma expresa y específica alude el Texto constitucional, otorgando así un relieve acorde con el profundo rechazo que hoy produce este tipo de desigualdad en las sociedades de nuestro entorno cultural.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado con posterioridad a la referida Sentencia del Tribunal Constitucional. Lo ha hecho en sus Sentencias de 11, 12 y 13 de diciembre de 1997, de 17 de marzo y 30 de julio de 1998 y 25 de enero, 19 de febrero y 10 de mayo de 1999, en las cuales

se deja ver la obligación -art. 5.1.º LOPJ- del Tribunal Supremo de prestar su conformidad a la línea argumental de la Sentencia del Constitucional, la cual ha supuesto, sin duda alguna, un cambio de viraje en la jurisprudencia española.

El irritante desvío discriminatorio, por tanto, persiste, de modo que el varón, argumentando su sexo, puede seguir arrebatando los títulos a la mujer.

ANEXO DE LEGISLACIÓN CIVIL

Leyes Estatales

Ley de 20 de diciembre de 1952, de modificación del art. 321 del Código civil (BOE núm. 357, de 22 de diciembre).

Ley de 15 de julio de 1954, de modificación de los arts. 17 a 27 del Código civil (BOE núm. 197, de 16 de julio).

Ley de 24 de abril de 1958, de modificación de determinados artículos del Código civil (BOE núm. 99, de 25 de abril).

Ley 31/1972, de 22 de julio, de modificación de los arts. 320 y 321.1º del Código civil y deroga los arts. 1880.3º y 1901 a 1909 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 176, de 24 de julio).

Ley 14/1975, de 2 de mayo, de reforma de determinados artículos del Código civil y del Código de comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges (BOE núm. 107, de 5 de mayo).

Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de Arrendamientos Rústicos (BOE núm. 26, de 30 de enero).

Ley 11/1981, de 13 de mayo, por la que se modifica el Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio (BOE núm. 119, de 19 de mayo).

Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio (BOE núm. 172, de 20 de julio).

Ley 51/1982, de 13 de julio, de modificación de los artículos 17 a 26 del Código civil (BOE núm. 181, de 30 de julio).

Ley 13/1983, de 24 de octubre, de modificación del Código civil en materia de tutela (BOE núm. 256, de 26 de octubre).

Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, sobre el Aborto (BOE núm. 166, de 12 de julio).

Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de modificación del Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción y otras formas de protección de menores (BOE núm. 275, de 17 de noviembre).

Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (BOE núm. 282, de 24 de noviembre; corrección de errores en BOE núm. 284, de 26 de noviembre).

Ley 42/1988, de 28 de diciembre, sobre Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos o de sus Células, Tejidos u Órganos (BOE núm. 314, de 31 de diciembre).

Ley 11/1990, de 15 de octubre, de modificación de varios artículos del Código civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo (BOE núm. 250, de 18 de octubre).

Ley 18/1990, de 17 de diciembre, sobre reforma del Código civil en materia de nacionalidad (BOE núm. 302, de 18 de diciembre).

Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (BOE núm. 282,

de 25 de noviembre).

Ley 29/1995, de 2 de noviembre, por la que se modifica el Código civil en materia de recuperación de la nacionalidad (BOE núm. 264, de 4 de noviembre).

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 15, de 17 de enero).

Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil aprobado por el Consejo de Ministros en su reunión del 30 de octubre de 1998.

Ley 40/1999 de 5 de noviembre, sobre nombre y apellidos y orden de los mismos (BOE núm, 266, de 6 de noviembre)

Leyes Autonómicas

Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor, del Parlamento de Andalucía (BOJA núm. 53, de 12 de mayo).

Ley 10/1998, de 15 de julio, de Uniones Estables de Pareja, del Parlamento de Cataluña (BOE núm. 198, de 19 de agosto).

Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a Parejas Estables no Casadas, de las Cortes de Aragón (BOE núm, 95, de 21 de abril)

ANEXO DE JURISPRUDENCIA CIVIL

LA MUJER CASADA

Dispensa judicial para contraer matrimonio por embarazo de la menor:

- RDGRN. de 25 de enero de 1985 (Ar. 6833)
- RDGRN. de 28 de marzo de 1985 (Ar. 3495)
- RDGRN. de 25 de abril de 1996 (Ar. 4181)

Subrogación de la esposa en el arrendamiento de local de negocio suscrito por el marido:

- STC. 159/1989, de 6 de octubre (BOE de 7 de noviembre)

Patria potestad:

- STS. de 19 de octubre de 1983 (Ar. 5333)
- STS. Sala de lo Penal, de 9 de octubre de 1991 (Ar. 7461)
- STS. Sala de lo Penal, de 13 de marzo de 1992 (Ar. 2074)
- STS. Sala de lo Penal, de 17 de septiembre de 1992 (Ar. 7174)
- STS. de 20 de enero de 1993 (Ar. 478)
- STS. Sala de lo Penal, de 1 de marzo de 1993 (Ar. 1887)
- STS. de 22 de mayo de 1993 (Ar. 3977)
- STS. Sala de lo Penal, de 20 de diciembre de 1993 (Ar. 9578)
- STS. Sala de lo Penal, de 10 de octubre de 1994 (Ar. 7905)
- STS. de 18 de octubre de 1996 (Ar. 7507)
- STS. de 31 de diciembre de 1996 (Ar. 9223)
- STS. Sala de lo Penal, de 15 de enero de 1997 (Ar. 38)
- STS. de 20 de mayo de 1997 (Ar. 3891)
- STS. de 5 de marzo de 1998 (Ar. 1495)
- STS. de 23 de febrero de 1999 (Ar. 1130)

Supuestos de crisis matrimonial:

*Nulidad:

- STS. de 18 de septiembre de 1989 (Ar. 6318)
- STS. de 10 de marzo de 1992 (Ar. 2014)
- STS. de 23 de febrero de 1993 (Ar. 1225)
- STS. de 20 de febrero de 1997 (Ar. 1005)

*Separación:

- SAP. de Huesca de 25 de noviembre de 1992 (Ar. 1570)
- SAP. de Pontevedra de 25 de febrero de 1993 (Ar. 696)
- SAP. de Murcia de 30 de marzo de 1993 (Ar. 286)
- SAP. de Almería de 19 de abril de 1993 (Ar. 467)
- SAP. de Málaga, Secc. 6ª, de 3 de mayo de 1993 (Ar. 961)
- SAP. de Navarra de 4 de junio de 1993 (Ar. 1224)
- SAP. de Valencia de 21 de julio de 1993 (Ar. 1490)
- SAP. de Navarra de 4 de noviembre de 1993 (Ar. 2349)
- SAP. de Navarra de 27 de noviembre de 1993 (Ar. 2235)
- SAP. de Tarragona de 24 de enero de 1994 (Ar. 158)
- SAP. de Baleares de 7 de marzo de 1994 (Ar. 521)
- SAP. de Navarra de 29 de abril de 1994 (Ar. 608)
- STS. de 21 de octubre de 1994 (Ar. 8123)
- SAP. de Valencia de 8 de noviembre de 1994 (Ar. 2066)
- SAP. de Barcelona, Secc. 12ª, de 23 de enero de 1995 (Ar. 160)
- SAP. de Asturias, Secc. 4ª, de 28 de septiembre de 1996 (Ar. 1533)
- SAP. de Barcelona, Secc. 12ª, de 13 de junio de 1997 (Ar. 1387)

- SAP. de Cádiz, SEcc. 3ª, de 12 de enero de 1998 (Ar. 3978)
- SAP. de Pontevedra, Secc. 2ª, de 20 de enero de 1998 (Ar. 3078)
- SAP. de Madrid, Secc. 22ª, de 23 de enero de 1998 (Ar. 3708)
- SAP. de Barcelona, Secc. 12ª, de 12 de febrero de 1998 (Ar. 3399)
- SAP. de Barcelona, Secc. 12ª, de 16 de marzo de 1998 (Ar. 4030)
- SAP. de Barcelona, Secc. 12ª, de 30 de marzo de 1998 (Ar. 4031)

***Divorcio:**

- S. del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de octubre de 1979, Caso Airey.
- SAP. de Tarragona de 1 de julio de 1994 (Ar. 1332)
- SAP. de Tarragona, Secc. 1ª, de 10 de octubre de 1995 (Ar. 1996)
- SAP. de Zaragoza, Secc. 4ª, de 21 de noviembre de 1995 (Ar. 2104)
- SAP. de Girona, Secc. 2ª, de 17 de marzo de 1998 (Ar. 3875)
- SAP. de La Coruña, Secc. 4ª, de 7 de abril de 1998 (Ar. 712)

***Las medidas previstas en la propuesta de convenio regulador tienen una validez *rebus sic stantibus*:**

- SAP. de Jaén, Secc. 2ª, de 7 de diciembre de 1995 (Ar. 2335)

Guarda y custodia de los hijos e hijas

- SAP. de Guadalajara de 13 de enero de 1995 (Ar. 168)
- SAP. de Guadalajara de 26 de enero de 1995 (Ar. 66)
- SAP. de Cáceres de 13 de marzo de 1995 (Ar. 162)
- SAP. de Huesca de 31 de marzo de 1995 (Ar. 561)
- SAP. de Pontevedra, Secc. 2ª, de 21 de noviembre de 1995 (Ar. 2223)
- SAP. de Jaén, Secc. 2ª, de 7 de diciembre de 1995 (Ar. 2335)

- SAP. de Álava de 23 de enero de 1996 (Ar. 363)
- SAP. de Palencia de 15 de mayo de 1996 (Ar. 1011)
- SAP. de Barcelona, Secc. 12ª, de 15 de mayo de 1996 (Ar. 1115)
- SAP. de La Coruña, Secc. 1ª, de 27 de noviembre de 1996 (Ar. 2194)
- SAP. de Huesca de 31 de marzo de 1995 (Ar. 2296)
- SAP. de Las Palmas, Secc. 3ª, de 27 de junio de 1997 (Ar. 1279)
- SAP. de Barcelona, Secc. 12ª, de 9 de septiembre de 1997 (Ar. 1915)
- SAP. de Álava, Secc. 1ª, de 8 de octubre de 1997 (Ar. 2014)
- SAP. de Soria de 29 de diciembre de 1997 (Ar. 2556)
- SAP. de Palencia de 14 de enero de 1998 (Ar. 3193)
- SAP. de Granada, Secc. 4ª, de 20 de enero de 1998 (Ar. 3185)
- SAP. de Asturias, Secc. 5ª, de 31 de enero de 1998 (Ar. 3005)
- SAP. de La Rioja de 6 de febrero de 1998 (Ar. 3594)
- SAP. de Albacete de 10 de febrero de 1998 (Ar. 3462)
- SAP. de Almería, Secc. 1ª, de 11 de febrero de 1998 (Ar. 3359)
- SAP. de Toledo, Secc. 2ª, de 11 de febrero de 1998 (Ar. 3726)
- SAP. de Barcelona, Secc. 12ª, de 11 de febrero de 1998 (Ar. 3400)
- SAP. de Castellón, Secc. 1ª, de 12 de febrero de 1998 (Ar. 462)
- SAP. de Huesca de 13 de febrero de 1998 (Ar. 3661)
- SAP. de Madrid, Secc. 22ª, de 3 de marzo de 1998 (Ar. 449)
- SAP. de Almería, Secc. 1ª, de 9 de marzo de 1998 (Ar. 687)
- SAP. de Barcelona, Secc. 12ª, de 2 de abril de 1998 (Ar. 669)
- STS. de 22 de mayo de 1999 (Ar. 3358)

Derecho de comunicación, estancia y visita de los hijos e hijas:

- SAP. de Huesca de 24 de mayo de 1994 (Ar. 930)
- SAP. de Huesca de 1 de junio de 1994

- (Ar. 1025)
 SAP. de Toledo, Secc. 2ª, de 3 de junio de 1994 (Ar. 1126)
 SAP. de Murcia de 29 de junio de 1994 (Ar. 1622)
 SAP. de Segovia de 6 de junio de 1995 (Ar. 1167)
 SAP. de Álava de 31 de enero de 1996 (Ar. 689)
 SAP. de Valencia, Secc. 6ª, de 8 de julio de 1996 (Ar. 1430)
 SAP. de Barcelona, Secc. 12ª, de 21 de noviembre de 1996 (Ar. 2198)
 SAP. de Badajoz, Secc. 1ª, de 10 de marzo de 1997 (Ar. 799)
 SAP. de Huesca de 26 de abril de 1997 (Ar. 686)
 SAP. de Alicante, Secc. 4ª, de 19 de septiembre de 1997 (Ar. 1922)
 SAP. de Cantabria, Secc. 2ª, de 27 de enero de 1998 (Ar. 162)
 SAP. de Asturias, Secc. 4ª, de 28 de enero de 1998 (Ar. 2624)
 SAP. de Valencia, Secc. 8ª, de 2 de febrero de 1998 (Ar. 438)
 SAP. de Ciudad Real, Secc. 1ª, de 3 de febrero de 1998 (Ar. 3408)
 SAP. de Toledo, Secc. 2ª, de 5 de febrero de 1998 (Ar. 344)
 SAP. de Almería, Secc. 1ª, de 11 de febrero de 1998 (Ar. 3359)
 SAP. de Almería, Secc. 1ª, de 12 de febrero de 1998 (Ar. 3355)
 SAP. de Castellón, Secc. 1ª, de 12 de febrero de 1998 (Ar. 462)
 SAP. de Badajoz, Secc. 2ª, de 18 de febrero de 1998 (Ar. 3548)
 SAP. de Badajoz, Secc. 2ª, de 18 de febrero de 1998 (Ar. 3549)
 SAP. de Almería, Secc. 1ª, de 9 de marzo de 1998 (Ar. 687)

Vivienda familiar:

- STC. 126/1989, de 12 de julio (BOE de 9 de agosto)
 SAP. de Valencia, Secc. 7ª, de 29 de marzo de 1996 (Ar. 470)
 STS. de 4 de abril de 1997 (Ar. 2636)
 STS. de 10 de noviembre de 1997 (Ar. 7892)
 SAP. de Barcelona, SEcc. 12ª, de 6 de

- febrero de 1998 (Ar. 3589)
 SAP. de Toledo, Secc. 1ª, de 10 de febrero de 1998 (Ar. 3666)
 SAP. de Málaga, Secc. 5ª, de 25 de marzo de 1998 (Ar. 4000)

Pensión compensatoria:

- SAP. de Málaga, Secc. 4ª, de 18 de noviembre de 1993 (Ar. 2238)
 STC. 4/1994, de 17 de enero (BOE de 27 de febrero)
 SAP. de Navarra de 18 de enero de 1995 (Ar. 70)
 SAP. de Jaén de 1 de diciembre de 1995 (Ar. 2447)
 SAP. de Las Palmas, Secc. 1ª, de 30 de enero de 1996 (Ar. 156)
 SAP. de Asturias, Secc. 4ª, de 19 de marzo de 1996 (Ar. 588)
 SAP. de Pontevedra, Secc. 3ª, de 12 de julio de 1996 (Ar. 1427)
 SAP. de Guadalajara de 14 de septiembre de 1996 (Ar. 1763)
 SAP. de Cáceres, Secc. 2ª, de 10 de octubre de 1996 (Ar. 1894)
 SAP. de Badajoz, Secc. 2ª, de 11 de enero de 1997 (Ar. 63)
 SAP. de Murcia, Secc. 1ª, de 26 de febrero de 1997 (Ar. 971)
 SAP. de La Coruña, Secc. 4ª, de 13 de noviembre de 1997 (Ar. 2234)
 SAP. de Valencia, Secc. 6ª, de 14 de noviembre de 1997 (Ar. 2237)
 SAP. de Salamanca de 10 de diciembre de 1997 (Ar. 2439)
 SAP. de Barcelona, Secc. 12ª, de 8 de enero de 1998 (Ar. 176)
 SAP. de Jaén, Secc. 1ª, de 15 de enero de 1998 (Ar. 3139)
 SAP. de Badajoz, Secc. 1ª, de 23 de enero de 1998 (Ar. 165)
 SAP. de Valencia, Secc. 8ª, de 26 de enero de 1998 (Ar. 44)
 SAP. de Avila de 5 de febrero de 1998 (Ar. 3645)
 SAP. de Toledo, Secc. 1ª, de 10 de febrero de 1998 (Ar. 3666)
 SAP. de Santa Cruz de Tenerife, Secc. 1ª, de 13 de febrero de 1998 (Ar. 421)
 SAP. de La Rioja de 2 de marzo de 1998

- (Ar. 682)
SAP. de Barcelona, Secc. 12ª, de 3 de marzo de 1998 (Ar. 469)
SAP. de Barcelona, Secc. 12ª, de 13 de marzo de 1998 (Ar. 589)
SAP. de Toledo, Secc. 2ª, de 4 de mayo de 1998 (Ar. 850)
SAP. de La Coruña, Secc. 2ª, de 6 de mayo de 1998 (Ar. 955)

Pensión alimenticia:

- SAP. de Tarragona de 31 de marzo de 1995 (Ar. 761)
SAP. de Salamanca de 7 de abril de 1995 (Ar. 1652)
SAP. de Girona, Secc. 2ª, de 18 de diciembre de 1996 (Ar. 2409)
SAP. de Asturias, Secc. 5ª, de 23 de octubre de 1997 (Ar. 2131)
SAP. de Huesca de 28 de enero de 1998 (Ar. 23)
SAP. de Toledo, Secc. 1ª, de 25 de marzo de 1998 (Ar. 607)
SAP. de Barcelona, Secc. 12ª, de 17 de abril de 1998 (Ar. 822)
SAP. de Málaga, Secc. 5ª, de 28 de abril de 1998 (Ar. 909)
STC. 67/1998, de 18 de marzo (Ar. 67)
STC. 84/1998, de 20 de abril (Ar. 84)

LA MUJER EN LA PAREJA DE HECHO

- STC. 222/1992, de 11 de diciembre (Ar. 222)
STC. 6/1993, de 18 de enero (Ar. 6)
STC. 47/1993, de 8 de febrero (Ar. 47)
STS. de 18 de febrero de 1993 (Ar. 1246)
STS. de 20 de octubre de 1994 (Ar. 7492)
STS. de 24 de noviembre de 1994 (Ar. 8496)
STS. de 30 de diciembre de 1994 (Ar. 10391)
STS. de 16 de junio de 1996 (Ar. 9020)
STS. de 16 de diciembre de 1996 (Ar. 9020)

- STS. de 4 de junio de 1998 (Ar. 3722)
STC. 155/1998, de 13 de julio (Ar. 155)

LA MADRE Y LOS HIJOS E HIJAS

- STS. de 14 de octubre de 1985 (Ar. 4845)
STS. de 19 de noviembre de 1985 (Ar. 5616)
STS. de 7 de febrero de 1986 (Ar. 448)
STS. de 8 de julio de 1986 (Ar. 4423)
STS. de 27 de junio de 1987 (Ar. 4825)
STS. de 12 de noviembre de 1987 (Ar. 8396)
STS. de 14 de noviembre de 1987 (Ar. 8401)
STS. de 11 de marzo de 1988 (Ar. 1959)
STS. de 12 de abril de 1988 (Ar. 3142)
STS. de 14 de julio de 1988 (Ar. 5690)
STS. de 23 de septiembre de 1988 (Ar. 6855)
STS. de 15 de marzo de 1989 (Ar. 2054)
STS. de 20 de julio de 1990 (Ar. 6121)
STS. de 26 de noviembre de 1990 (Ar. 9048)
STS. de 14 de mayo de 1991 (Ar. 3666)
STS. de 28 de junio de 1991 (Ar. 4639)
STS. de 11 de septiembre de 1991 (Ar. 6053)
STS. de 3 de diciembre de 1991 (Ar. 8909)
STS. de 5 de octubre de 1992 (Ar. 7525)
STS. de 24 de noviembre de 1992 (Ar. 9372)
STS. de 26 de enero de 1993 (Ar. 364)
STS. de 30 de enero de 1993 (Ar. 353)
STS. de 29 de marzo de 1993 (Ar. 2535)
STS. de 30 de octubre de 1993 (Ar. 7672)
STS. de 22 de diciembre de 1993 (Ar. 10107)
STS. de 2 de marzo de 1994 (Ar. 1639)
STS. de 18 de mayo de 1994 (Ar. 4092)
STS. de 16 de julio de 1994 (Ar. 6443)
STS. de 21 de octubre de 1994 (Ar. 8121)
STS. de 21 de octubre de 1994 (Ar. 8122)
STS. de 11 de mayo de 1995 (Ar. 4230)
STS. de 19 de mayo de 1995 (Ar. 4113)

STS. de 17 de junio de 1995 (Ar. 5304)
STS. de 7 de febrero de 1996 (Ar. 1245)
STS. de 4 de julio de 1996 (Ar. 5559)
STS. de 3 de septiembre de 1996
(Ar. 6499)
STS. de 23 de septiembre de 1996
(Ar. 6730)
STS. de 3 de diciembre de 1996
(Ar. 8940)
STS. de 10 de febrero de 1997 (Ar. 937)
STS. de 6 de mayo de 1997 (Ar. 3676)
STS. de 19 de mayo de 1997 (Ar. 4113)
STS. de 28 de mayo de 1997 (Ar. 4326)
STS. de 14 de junio de 1997 (Ar. 4653)
STS. de 29 de julio de 1997 (Ar. 5811)
STS. de 9 de octubre de 1997 (Ar. 7407)
STS. 31 de octubre de 1997 (Ar. 8438)
STS. de 17 de noviembre de 1997
(Ar. 7896)
STS. de 12 de diciembre de 1997
(Ar. 8757)
STS. de 29 de diciembre de 1997
(Ar. 9606)
STS. de 23 de enero de 1998 (Ar. 149)
STS. de 28 de febrero de 1998 (Ar. 993)
STS. de 7 de marzo de 1998 (Ar. 1040)
STS. de 13 de marzo de 1998 (Ar. 1288)
STS. de 17 de junio de 1998 (Ar. 4131)

LA MUJER ANTE UNA ACTUA- CION MEDICA NEGLIGENTE

STS. de 1 de diciembre de 1987
(Ar. 9170)
STS. de 12 de mayo de 1988 (Ar. 4089)
STS. de 7 de junio de 1988 (Ar. 4825)
STS. de 24 de noviembre de 1989
(Ar. 7908)
STS. de 6 de julio de 1990 (Ar. 5780)
STS. de 30 de julio de 1991 (Ar. 5429)
STS. de 3 de diciembre de 1991
(Ar. 8907)
STS. de 23 de abril de 1992 (Ar. 3323)
STS. de 15 de febrero de 1993 (Ar. 771)
STS. de 4 de marzo de 1993 (Ar. 2001)
STS. de 21 de septiembre de 1993
(Ar. 6650)
SAP. de Valencia de 4 de noviembre de
1993 (Ar. 2214)
STS. de 25 de noviembre de 1993
(Ar. 9134)
STS. de 25 de abril de 1994 (Ar. 3073)

STS. de 29 de julio de 1994 (Ar. 6937)
STS. de 6 de octubre de 1994 (Ar. 7465)
STS. de 24 de mayo de 1995 (Ar. 4262)
STS. de 10 de octubre de 1995
(Ar. 7403)
STS. de 10 de febrero de 1996 (Ar. 866)
STS. de 2 de diciembre de 1996
(Ar. 8938)
STS. de 11 de febrero de 1997 (Ar. 940)
STS. de 30 de mayo de 1997 (Ar. 4119)
STS. de 6 de junio de 1997 (Ar. 4610)
STS. de 27 de junio de 1997 (Ar. 5758)
STS. de 21 de julio de 1997 (Ar. 5523)
STS. de 2 de diciembre de 1997
(Ar. 8964)
STS. de 31 de diciembre de 1997
(Ar. 9493)
STS. de 19 de febrero de 1998 (Ar. 634)

LA MUJER Y LA SUCESION DE LOS TITULOS NOBILIARIOS

STC. 27/1982, de 24 de mayo (BOE de
9 de junio)
STS. de 7 de julio de 1986 (Ar. 4414)
STS. de 20 de junio de 1987 (Ar. 4540)
STS. de 27 de julio de 1987 (Ar. 5877)
STS. de 28 de abril de 1989 (Ar. 9886)
STS. de 21 de diciembre de 1989
(Ar. 8861)
STS. de 22 de marzo de 1991 (Ar. 9809)
STS. de 18 de abril de 1995 (Ar. 3421)
STC 114/1995, de 6 de julio (BOE de 3
de agosto)
STS. de 13 de febrero de 1996
(Ar. 1251)
STC. 126/1997, de 3 de julio (BOE de
18 de julio)
SSTS. de 11, 12 y 13 de diciembre de
1997 (Ar. 8735, 8751, 8752, 8753,
8754, 8755, 8756, 8769, 8970,
8973, 8974 y 8975)
STS. de 17 de marzo de 1998 (Ar. 1349)
STS. de 30 de julio de 1998 (Ar. 6928)
STS. de 25 de enero de 1999 (Ar. 633)
STS. de 19 de febrero de 1999 (Ar.
1345)
STS. de 10 de mayo de 1999 (Ar. 3342)

ANEXO DE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Sentencia de 9 de octubre de 1979.

Caso Airey

Separación matrimonial, divorcio, acceso a los tribunales de justicia.

Sentencia de 26 de marzo de 1985.

Caso X e Y

Agresiones sexuales. Respeto a la vida privada y familiar.

Sentencia de 28 de mayo de 1985.

**Caso Abdulaziz, Cabales y
Balkandali.**

Reunificación familiar de mujeres inmigrantes. Respeto a la vida privada y familiar, discriminación sexual.

Sentencia de 29 de octubre de 1992.

**Caso Open Door y Dublin Well
Woman**

Aborto. Libertad de recibir o comunicar información.



JUNTA DE ANDALUCIA

Instituto Andaluz de la Mujer