

El impacto del divorcio en el patrimonio de las mujeres

GEMA PÉREZ DE VILLAR HERRANZ

Prólogo de MAGDALENA SUÁREZ OJEDA



Foros y Debates

CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

CONSEJO EDITORIAL

Luis Aguiar de Luque
Alejandro de las Alas-Pumariño Linde
José Álvarez Junco
Manuel Aragón Reyes
Paloma Biglino Campos
Carlos Closa Montero
Arantxa Elizondo Lopetegi
Ricardo García Cárcel
Rosario García Mahamut
Yolanda Gómez Sánchez
Pedro González-Trevijano
Carmen Iglesias
Francisco J. Laporta
Encarnación Lemus López
Emilio Pajares Montolío
Benigno Pendás
Mayte Salvador Crespo
Antonio Torres del Moral

Gema Pérez de Villar Herranz

.....

El impacto del divorcio en el patrimonio de las mujeres

Prólogo de MAGDALENA SUÁREZ OJEDA

| CENTRO DE | ESTUDIOS | POLÍTICOS Y | CONSTITUCIONALES |

MADRID, 2026

El original de este libro ha sido evaluado anónimamente de manera favorable por especialistas sin vinculación con el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

Catálogo general de publicaciones oficiales

<http://cpage.mpr.gob.es/>

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del *copyright*, bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático.

De esta edición, 2026:

© Gema Pérez de Villar Herranz

© CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

Plaza de la Marina Española, 9

28071 Madrid

<http://www.cepc.gob.es>

X: @cepcgob

Facebook: CentrodeEstudiosPoliticoyConstitucionales

Instagram: cepc_gob

LinkedIn: centro-de-estudios-políticos-y-constitucionales

Bluesky: cepcgob.bsky.social

NIPO CEPC EN PAPEL: 145-26-017-0

NIPO CEPC PDF: 145-26-018-6

ISBN CEPC EN PAPEL: 978-84-259-2148-3

ISBN CEPC PDF: 978-84-259-2149-0

Depósito legal: M-16.667-2026

Doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/fd2026.02.401>

Realización: MyP

C/ Francisco Huesca, 17, 1.º

28017 Madrid (Madrid)

Impreso en España — *Printed in Spain*

A Amelia: mi madre, mi hija, mi hermana.
A mi padre, *in memoriam*

■ Índice

	<i>Págs.</i>
Índice.....	9
Agradecimientos	15
Nota preliminar	19
Prólogo	21
Índice de abreviaturas.....	27
Relación de esquemas y mapas conceptuales.....	28
Relación de tablas y gráficos	28
Datos estadísticos	29
Introducción	31

PRIMERA PARTE

Los sistemas histórico-jurídicos del derecho de familia

Sección Primera

Premisas y estructura del estudio. La naturaleza jurídica del matrimonio, el divorcio y el régimen económico matrimonial	
Premisas	39
Estructura del estudio	41

	<i>Págs.</i>
La naturaleza jurídica del matrimonio, el divorcio y el Régimen Económico Matrimonial en Europa.....	49
CONCEPTO DE MATRIMONIO.....	54
DISTINTOS TIPOS DE DIVORCIO A LO LARGO DE LA HISTORIA: DISTINTO CONTEXTO, DISTINTO CONCEPTO.....	60
DEFINICIÓN DE RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL Y SU CLASIFICACIÓN	63
 Sección Segunda 	
Perspectiva histórico-jurídica de los sistemas de derecho hasta la Constitución de 1978.....	67
CAPÍTULO 1. Historia del matrimonio, del divorcio y del establecimiento del régimen económico matrimonial	69
I. Orígenes.....	69
1. LOS PAPIROS GREGO-EGIPCIOS.....	69
2. MATRIMONIO Y DIVORCIO EN GRECIA. LOS BIENES PARAFERNALES COMO EXPRESIÓN DE LOS BIENES PROPIOS DE LAS MUJERES Y SU PERSPECTIVA HISTÓRICO-JURÍDICA: CONSIDERACIONES ETIMOLÓGICAS DEL TÉRMINO	70
II. Derecho Romano y Justiniano	75
1. MATRIMONIO Y DIVORCIO EN LAS DISTINTAS ÉPOCAS DE ROMA. RÉGIMEN ECONÓMICO: ASIMILACIÓN CONCEPTUAL DEL PECULIO AL CONCEPTO DE «PARAFERNALES» DEL DERECHO GRIEGO.....	75
2. TRATAMIENTO ROMANIZADO DE LOS PARAFERNALES DESDE LA CONCIENCIA ORIENTAL DE JUSTINIANO.....	86
III. El cristianismo. La formación del derecho canónico.....	89
IV. Los pueblos germanos y la Edad Media	95
V. La Edad Moderna: siglo XVI, XVII y XVIII	101
VI. El Estado Liberal y el constitucionalismo de los siglos XIX y XX.....	116

	<i>Págs.</i>
CAPÍTULO 2. Historia del matrimonio y del divorcio en España.	
La formación del régimen económico matrimonial ganancial y su perdurabilidad en nuestra legislación	119
I. Historia del matrimonio y del divorcio en España hasta la regulación del Código de 1889	119
II. El régimen económico matrimonial en España: su formación histórica.....	129
1. La institucionalización del régimen ganancial.....	129
2. Los parafernales como expresión de los bienes propios de las mujeres y su perspectiva histórico-jurídica	130
2.1. <i>El Derecho Territorial Castellano. El marco de los bienes gananciales para la pervivencia de los parafernales</i>	130
2.2. <i>Las Siete Partidas. Comparación con el Código de Justiniano. La importancia del Derecho Canónico. La glosa de Gregorio López</i>	138
2.3. <i>La aplicación del Derecho Germano: las Leyes de Toro y su influencia en la doctrina sobre los bienes parafernales. El desarrollo del concepto por los comentaristas.</i>	141
2.4. <i>La perpetuación de la doctrina ganancial mediante la Nueva y Novísima Recopilación</i>	148
2.5. <i>Pre-codificación: El Régimen económico matrimonial. Los Bienes parafernales en La Ley de Matrimonio Civil de 1870</i>	151
CAPÍTULO 3. Matrimonio, divorcio y régimen económico matrimonial en el contexto del Código Civil de 1889.....	159
I. De la codificación a la II República.....	159
1. MATRIMONIO, DIVORCIO Y RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1889	159
2. NOVEDADES LEGISLATIVAS DURANTE LA II REPÚBLICA.....	167

	<i>Págs.</i>
II. Restablecimiento del modelo social decimonónico durante la dictadura franquista.....	172
1. REFLEJO EN LA LEGISLACIÓN CIVIL MATRIMONIAL (1939-1975).....	173
2. EL TARDOFRANQUISMO: LA POSTURA DE LA DOCTRINA FRENTE AL CAMBIO.....	179
3. EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL. LAS REFORMAS DE 1958 Y 1975 DEL CC.....	184
 CAPÍTULO 4. El régimen económico matrimonial en el contexto sociocultural: la educación de las mujeres en función de su rol dentro del matrimonio.....	 193
I. Los orígenes. La educación pro-servicio.....	194
1. LA EDUCACIÓN DE LAS MUJERES HASTA LA ILUSTRACIÓN Y SU POSICIÓN EN EL MUNDO EMPRESARIAL Y LABORAL.....	194
II. De la educación pro-servicio a la educación intelectual femenina	201
1. LA EDUCACIÓN PRO-SERVICIO DEL SIGLO XIX	201
2. LA EDUCACIÓN INTELECTUAL DE FINALES DEL SIGLO XIX Y XX.....	208
3. LA PLENA INCORPORACIÓN A LA UNIVERSIDAD Y A LAS PROFESIONES LIBERALES.....	217
4. LA INCORPORACIÓN DE LAS MUJERES A LA VIDA PÚBLICA HASTA LA II REPÚBLICA	229
III. La educación femenina durante la dictadura. El retorno a la domesticidad femenina como valor moral del régimen.....	236
IV. La importancia del matrimonio en la estructura social. El papel de la teoría feminista.....	245

SEGUNDA PARTE

Análisis jurídico a partir de la Constitución de 1978

CAPÍTULO 5. La regulación jurídica del matrimonio, el divorcio y el régimen económico matrimonial a partir de la Constitución de 1978.....	259
I. La transición española: 1975-1982.....	260
1. LOS CAMBIOS POLÍTICOS, SOCIALES Y CULTURALES, COMO CONTEXTO DE LA APROBACIÓN DE LA «LEY DEL DIVORCIO DE 1981».....	260
2. EL ACTIVISMO POLÍTICO DEL MOVIMIENTO FEMINISTA ...	260
II. LA CONSTITUCIÓN DE 1978, EN LO RELATIVO AL MATRIMONIO Y A LA FAMILIA: ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 32 Y 39	265
III. La modificación del Código Civil: la ley de divorcio de 1981	274
1. LA POSTURA DE LA IGLESIA ANTE EL CAMBIO. LOS ACTORES DE LAS LEYES EN EL CONGRESO. EL TRATAMIENTO DEL DIVORCIO EN LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN DE LA ÉPOCA.....	275
2. LA REGULACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL EN 1981	289
IV. El impacto social y económico de la aplicación de la Ley de divorcio de 1981 en la España de los años 80, 90 y 2000.....	294
1. LA REFORMA DE 2005	299
2. LA INCIDENCIA DE LA LEY 15/2015, DE 2 DE JULIO, DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA	309
V. El Régimen Económico Matrimonial actual en la legislación española.....	311
1. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL IMPACTO ECONÓMICO EN EL PATRIMONIO DE LAS MUJERES DEL RÉGIMEN SUPLETORIO GANANCIAL. SU TRATAMIENTO CON RESPECTO AL PATRIMONIO COMÚN.....	319

	<i>Págs.</i>
CAPÍTULO 6. La problemática que genera la liquidación del régimen económico matrimonial ganancial	329
I. La atribución del domicilio. Estados posesorios.....	330
II. El problema del levantamiento de las cargas en los distintos modelos de familia. Las pensiones de alimentos y compensatoria.....	337
III. La guarda y custodia de la prole. La custodia compartida tras la reforma de 2005.....	348
IV. La aportación al trabajo doméstico y en empresas familiares. La compensación económica del artículo 1.438 CC	353
V. La violencia económica, una manifestación de la violencia de género. Su origen en el derecho civil.....	356
VI. Problemas de índole procesal y de acceso a la justicia...	368
Conclusiones	371
Bibliografía	379
Apéndice legal	395
I. Legislación histórica.....	395
1. ANTIGÜEDAD, EDAD MEDIA Y EDAD MODERNA (ORDENADO ALFABÉTICAMENTE)	395
2. ESTADO LIBERAL: SIGLO XIX - II REPÚBLICA (CRONOLÓGICO)	397
3. SIGLO XX - DICTADURA FRANQUISTA Y TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA (ORDENADO CRONOLÓGICO).....	397
II. Legislación española vigente	398
III. Legislación internacional	399
IV. Jurisprudencia. Numeración CENDOJ	400
V. Jurisprudencia del TJUE	401

■ Agradecimientos

A mi hijo, Luis, porque es protagonista involuntario de lo que aquí se cuenta.

A mi sobrina Carlota Rodríguez Pérez de Villar, por ayudarme con la tecnología.

A mi directora Magdalena Suarez Ojeda, por confiar siempre en mí y dejarme mi espacio; y por permitirme ser parte de su escuela.

Es temerario no armar a la mujer para los días de infortunio, de soledad y de dolor, en los cuales, sin los recursos personales, puede que sin ningún apoyo, no podrá contar más que con ella misma.
(La educación de la mujer contemporánea, Víctor Mirguet, 1933)

■ Nota preliminar

Este libro es el fruto de la tesis doctoral dirigida por la Dra. Magdalena Suárez Ojeda, profesora de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid, en el marco del programa de doctorado del Instituto Complutense de Investigaciones Feministas, adscrito a la Facultad de Ciencias Políticas y Sociología de la UCM, que defendió el 15 de julio de 2025 ante un Tribunal presidido por la Dr. Yanna María Gutiérrez Franco (UCM) e integrado por las Dras. Adoración Pérez Troya (UAH), María Isabel Garrido Gómez (UAH), María de los Ángeles Fromow Rangel (UNAM) y María Pilar Marco Francia (UCM) que actuó como secretaria. La defensa fue calificada por unanimidad con la máxima calificación y propuesta para optar al premio extraordinario de doctorado, siendo además objeto la titulación con mención internacional.

El libro que ahora se publica no se corresponde íntegramente con el contenido de la tesis, pues se han resumido los capítulos meramente científicos que deben aparecer en toda investigación doctoral, pero que podrían lastrar una lectura más dinámica del texto.

La metodología empleada, sin embargo, ha permanecido invariada y se ha basado esencialmente en el estudio sobre las importantísimas aportaciones por parte de la doctrina y de la jurisprudencia en la materia objeto de estudio, y en el tratamiento integrado de tres disciplinas, el Derecho civil, la Historia del Derecho y la Teoría Feminista, que habían abordado la materia de forma independiente sin interrelación entre ellas.

Es precisamente esta relación integrada lo que supone una novedad y la aportación original del trabajo, pues en el ámbito de las ciencias sociales resulta imprescindible no sólo el análisis de los distintos sistemas jurídicos, sino el estudio del contexto en el que se desarrollan, profundizando en las causas que los producen y las consecuencias jurídico-sociales que generan.

El resultado tiende a la comprensión de la situación actual de nuestro sistema jurídico civil en derecho de familia, basándose en el proceso histórico del que provienen, así como en la importancia de los logros feministas que los provocan.

■ Prólogo

El libro de Gema Pérez de Villar es una obra excelente, tanto desde el punto de vista formal como de contenido, sustentado en un profundo análisis que cambiará, sin duda, la percepción sobre el régimen económico matrimonial relativo a su estructura esencial y suscitará en la persona lectora, dudas razonables sobre la idoneidad del mismo, dadas las actuales características de la concepción matrimonial, como forma permanente de relación entre personas que fundamenta la familia —elemento social básico—, la crianza de la prole y el sostenimiento del propio grupo. La pervivencia en el tiempo, de forma estable, del matrimonio ha sido siempre la pieza esencial del mismo, dado que todos estos factores permanecían incólumes y se mantenían durante generaciones, estableciéndose una correspondencia lógica entre familia y sucesión legítima en un diálogo entre patrimonio y familia que trascendía a los propios vínculos afectivos entre las partes actoras.

Es precisamente esta cuestión el punto más relevante de la obra. La génesis de la disolución del matrimonio se ha planteado desde muchas perspectivas, entre ellas desde la reivindicación feminista, pero también desde posiciones políticas progresistas, frente a la defensa de la familia por encima de las desavenencias de mayor o menor calado que a lo largo de la vida ocurrieran en el seno del matrimonio, dado que en un largo periodo de tiempo, resultaría improbable cuando no imposible que no se fueran a producir vaivenes y circunstancias adversas que hicieran peligrar los afectos que llevan a contraer tan riguroso compromiso. Desde la perspectiva canónica el matrimonio es sagrado e indisoluble salvo

por causas excepcionales relativas a graves vicios de consentimiento, incapacidades para contraer matrimonio y defectos de forma. Este criterio ha sido esencial en la construcción del concepto y régimen jurídico del matrimonio, traspuesto también al orden civil, y confundido con este, en algunos aspectos, durante largos periodos históricos.

La aprobación de la Constitución Española de 1978 y la 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, constituyeron un nuevo marco de referencia, que se conserva hasta nuestros días, aunque con varias modificaciones legislativas posteriores. En todo caso, toma carta de naturaleza la posibilidad de extinguir el vínculo matrimonial por pérdida de los elementos que constituyeron el mismo que básicamente pueden resumirse en: pérdida de afectos por cuestiones internas o por intervención de terceras personas, de confianza en cuestiones de carácter personal o de índole económica, desequilibrios en la distribución de las cargas relativas al cuidado, dependencias, violencias o graves faltas de discreción de juicio. En la actualidad, los motivos por los cuales las personas deciden interrumpir la vida matrimonial son totalmente irrelevantes para el derecho, aunque tengan derivadas jurídicas. Basta con que uno de los cónyuges decida separarse o divorciarse para que se produzca el resultado final. En todo caso, el matrimonio va a quedar disuelto definitivamente y la persona resultará libre para contraer otro matrimonio, establecer otras relaciones de pareja o permanecer sola/o.

Las sentencias judiciales establecen las cuestiones relativas al cuidado de las criaturas, en caso de existir, la utilización de la vivienda habitual sobre parámetros más o menos establecidos con anterioridad, salvo en casos muy complejos en los que haya que examinar diferentes variables.

Pero el conjunto de las cuestiones patrimoniales no se resuelve de un modo tan expeditivo; algunas, verdaderamente no tienen solución o la tienen a largo plazo, o surgen como cuestiones relativas a responsabilidades de los cónyuges cuando ya se ha extinguido el matrimonio como consecuencia de las acciones realizadas por alguna de las partes. Esta es la cuestión. El régimen económico matrimonial de gananciales, parte de una premisa cierta y generalizada en el momento histórico en el que se constituyó; y tiene como base una realidad sociológica imperante como era la dependencia económica de la mujer con respecto al varón, porque éste era el agente económico principal. La justa distribución de beneficios y cargas dentro del matrimonio se realizaba por la

generación de una sociedad conyugal en el que ambos partícipes eran titulares conjuntos y en la misma proporción de los bienes que se fueran incorporando en el seno del matrimonio. Cuestión lógica, que presume también una recta intención de ambas partes, una relación equilibrada, transparente en lo económico y prolongada en el tiempo.

La cuestión estriba en la división sexual del trabajo, cuando se rompe de modo definitivo el patrón de conducta social imperante. La incorporación de las mujeres a las aulas de modo decidido hace que la proporción de egresadas universitarias y no universitarias supere con creces a la de los varones, su autoconciencia y la autodeterminación de su percepción corporal, su situación en el seno de la familia y la incorporación a la escena social, cuando no política y económica. La incorporación al empleo no se transformó de modo automático en un equilibrio en la asunción de cargas familiares, lo que da un saldo normalmente desventajoso para las mujeres que no logran alcanzar de modo general altas posiciones de dirección por este motivo. Por lo tanto, contribuyen a incrementar la sociedad de gananciales, pero no en tal medida que se vean compensados los esfuerzos realizados en todos los órdenes de la vida: es decir, el modelo económico de mujer no trabajadora fuera del hogar, que percibe un rendimiento del cincuenta por ciento de los ingresos producido en la sociedad de gananciales.

Resulta, además, difícilmente cuantificable el peso relativo al cuidado de personas mayores, menores y con discapacidad. Al final y en el conjunto de la sociedad de gananciales hay una aportación femenina mucho mayor en términos absolutos. En todo caso, cualquiera de los cónyuges se ve arrastrado por pérdidas económicas contraídas por una/o de ellas/os. Por eso en sociedades cuya actividad económica es fundamentalmente comercial o industrial como Cataluña, el régimen económico matrimonial en ausencia de pacto es la separación de bienes, que se ajusta en mayor medida su propia idiosincrasia.

Todo ello lleva a pensar si en la actualidad el régimen económico matrimonial de gananciales se ajusta en mejor medida a los parámetros de la sociedad actual. O, si por el contrario habría que modularlo en función del modelo de familia aplicable y no de modo genérico.

Y más allá aún, la legislación hipotecaria ha establecido un férreo sistema de información sobre los compromisos de la parte que asume un compromiso relativo a las exigencias de pago y obligaciones derivadas de las mismas. Según creo, tendríamos que reflexionar muy seriamente si el sistema de información relativo a todas las cuestiones matrimoniales no adolece de profundas deficiencias en este aspecto de las

cuales se derivan responsabilidades que las partes ni conocen, ni se imaginan si carecen de formación jurídica.

Es fácil comprobar que muchas personas que deciden no contraer matrimonio y vivir en pareja, aunque estén inscritas en los registros correspondientes desconocen que no tienen los mismos derechos y obligaciones que las personas que sí contraen matrimonio y esto tiene también un efecto claro en la descendencia.

Debemos tener presente, la forma de comportamiento de la sociedad actual, enmarcada en el sistema jurídico de derecho continental de base latina. El derecho romano sigue siendo el pilar fundamental de todo el derecho privado pero transido de muchas otras revoluciones de orden social y político. De tal modo que, en la actualidad muchas cuestiones que se resolvían en el seno del matrimonio y de la familia ahora pueden llegar a estar en manos de un potente estado social, que la ciudadanía europea reclama como propio y que se plantea como una conquista indispensable, que no tiene vuelta atrás. Las administraciones y los poderes públicos mantienen un estado de bienestar en el que la educación, la sanidad y las infraestructuras tienen un papel principal. Por lo tanto, la familia sigue siendo el núcleo esencial para una gran parte de las personas pero también es cierto que hay unos elementos asistenciales externos a la misma que propician la posible independencia de los sujetos respecto del grupo familiar.

El devenir histórico, el romanticismo y el individualismo colmatado por el hedonismo hicieron su trabajo. En nuestra sociedad, prácticamente todo el mundo considera que el motivo principal para contraer matrimonio es el amor, creencia que se ve engrandecida por cualquier manifestación cultural de todos los tiempos, y magnificada por la cinematografía de modo inequívoco. Desde el siglo XIX la irrevocabilidad del amor resulta notoria; sin embargo, esta concepción ahora está siendo revisada por los profundos estudios que examinan la atracción como un proceso hormonal que tiene una evolución a lo largo del tiempo que no garantiza la permanencia *per se*. Por otro lado, está el individualismo y la creencia de que tenemos una vida nada más para cumplir con nuestros deseos dirigidos por la fugaz idea de la felicidad, que a su vez también resulta de difícil definición; parece referida al «estado de grata satisfacción espiritual y física», por lo tanto, hay que evitar situaciones que propendan o perpetúen situaciones de inestabilidad o dolor. Estos dos elementos definen en general la *mens* de las personas que van a contraer matrimonio.

Estos son signos de nuestros tiempos, que consideramos como lógica evolución del nivel de vida de las personas y de las sociedades. Pero no se ha manifestado así en todos los momentos históricos. Y aún hoy, en todas las sociedades, porque en algunas siguen existiendo los matrimonios forzados y/o concertados.

Resulta coherente cuando el matrimonio, que es la célula básica de la sociedad —anterior a la existencia del estado tal y como se conoce ahora mismo— la esencia de la supervivencia, que no está garantizada para ninguna persona de antemano; y por tanto las familias extensas actuaban como círculos inevitables, para garantizar la supervivencia de grupos sociales, como una suerte de clanes, que de nuevo permanecen en la actualidad.

Es bueno pararse en ello, dado que de este modo se puede comprender el intrincado negocio jurídico complejo que es el matrimonio, porque sustenta un complejo sistema de cuidado entre las personas consanguíneas. La decisión de contraer matrimonio se extiende, aunque no se quiera, a personas con relaciones de parentesco porque esta situación puede llegar a durar más allá de las vidas de las personas. De ahí que el régimen económico matrimonial sea una pieza esencial para el propio estado de derecho.

Todas estas cuestiones se tratan en esta monografía de modo sistemático. La autora realiza un profundo análisis desde una perspectiva histórica desarrollando los efectos jurídicos del matrimonio. Este análisis preliminar va a servir de base para contextualizar posteriormente el régimen económico matrimonial.

Si bien, como ya se ha dicho, las cuestiones afectivas ligadas a la disolución del matrimonio son ahora mismo una cuestión ancilar, las cuestiones relativas al régimen económico matrimonial han ido siempre por otros derroteros, porque la extinción de la sociedad de gananciales siempre ha constituido una clara dificultad a la hora de eliminar por completo las relaciones entre los cónyuges. La existencia de bienes en común, cuidado de criaturas menores de edad, personas con discapacidad, animales domésticos y un complejo sistema de vida llevan a demostrar necesariamente cuestiones relativas a organizaciones económicas durante largos periodos de tiempo, incluso décadas. Porque la mayoría de edad de hijas/os no lleva a extinguir de facto la obligación de su mantenimiento, puesto que en muchos casos permanecen en el hogar, bien por cuestiones de estudio, de acceso al empleo o a la vivienda.

Desentrañar los problemas jurídicos en relación con el feminismo es una de las aportaciones esenciales de este libro; la obra conjuga tres

elementos básicos, fruto de la excelente formación de la autora: manejo de las categorías jurídicas, profundo conocimiento histórico y estudio de la teoría feminista. Sin estas categorías soportadas en el vector temporal al que se aplica una metodología descriptivo-exploratoria, que resulta obligada en la ciencia jurídica, la obra estaría diezmada.

Por estas y otras muchas cuestiones que se descubrirán en la lectura atenta del libro que tiene en la mano la lectora, el lector comprobará que nos encontramos ante una obra única hasta la fecha que sin duda coadyuvará una cabal y mejor comprensión legal del régimen económico matrimonial, planteada en términos propositivos en la esperanza de que sirva a una mejora de la regulación del mismo.

Magdalena Suárez Ojeda

■ Índice de abreviaturas

AAJ	Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos.
AP	Audiencia Provincial.
APPDC	Asociación de Profesoras y Profesores de Derecho Civil.
AUPEPM	Asociación Universitaria para el Estudio de los Problemas de la Mujer.
BOE	Boletín Oficial del Estado, Agencia Española del Boletín Oficial del Estado.
CC	Código Civil.
CCm	Código de Comercio.
CE	Constitución Española de 1978.
CENDOJ	Centro de Documentación Judicial.
CP	Código Penal.
ECLI	Identificador Europeo de Jurisprudencia.
FJ	Fuero Juzgo.
FR	Fuero Real.
FVC	Fuero viejo de Castilla.
ILE	Institución Libre de Enseñanza.
INE	Instituto Nacional de Estadística.
JAE	Junta de Ampliación de Estudios.
LFC	Libro de los Fueros de Castilla.
LI	<i>Liber iudiciorum</i> .
LJV	Ley de Jurisdicción Voluntaria.
LT	Leyes de Toro.

NR	Nueva Recopilación.
NvR	Novísima Recopilación.
OJ	Ordenamiento Jurídico.
RAE	Real Academia Española.
RDC	Recepción del Derecho Común.
REM	Régimen económico matrimonial.
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial.
SP	Siete Partidas, Partidas.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
TFUE	Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea, también denominado Tratado de Lisboa. Firmado el 13 de diciembre de 2007.
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TS	Tribunal Supremo.
UCM	Universidad Complutense de Madrid.
UNAM	Universidad Nacional Autónoma de México.
UE	Unión Europea.

Relación de esquemas y mapas conceptuales

- Esquema 1. Mapa conceptual metodológico.
- Esquema 2. Desarrollo esquemático.
- Esquema 3. Línea cronológica multiaspectos.

Relación de tablas y gráficos

- Gráfico 1. Evolución de la Formalización de la convivencia ante Notario.
- Gráfico 2. Evolución de los matrimonios homosexuales entre hombres en España.
- Gráfico 3. Evolución de los matrimonios homosexuales entre mujeres en España.
- Gráfico 4. Número de separaciones, divorcios y nulidades después de la ley de 2005.
- Gráfico 5. Evolución del número de resoluciones que acuerdan custodia compartida.
- Gráfico 6. Evolución de los divorcios notariales.

Tabla 1. Evolución de la tasa de divorcios en España entre 1981 y 1995.

Tabla 2. Evolución de la tasa de divorcios en España entre 1996 y 2004.

Tabla 3. Evolución de la tasa de divorcios en España entre 2004 y 2014.

Datos estadísticos

Datosmacro.com (2024) *España -Divorcios 1981*. Recurado de datosmacro.com Expansión. <https://datosmacro.expansion.com/demografia/divorcios/espana?anio=1981>

Datosmacro.com (2024) *España - Divorcios*. Recuperado de datosmacro.com. Expansión. <https://datosmacro.expansion.com/demografia/divorcios/espana>

Fuente Estadística Universitaria Española 11970-1982 (1983) *Anuario de Estadística Universitaria, 1990*. MEC - Consejo de Universidades

Servicio de Estadística. Subdirección General de Estudios y Cooperación (2023) *Mujeres en cifras: 1983 - 1923* Instituto de las Mujeres. Secretaría General de Estudios y Cooperación. Secretaría de Estado de Igualdad y contra la violencia de género.

Revista El Notariado siglo XXI (18 de mayo de 2023) *Evolución de las uniones de hecho ante notario celebradas entre 2007 y 2022*. Recurado de <https://madrid.notariado.org/portal/-/crecen-las-bodas-las-parejas-de-hecho-y-los-acuerdos-conyugales-ante-notario>

■ Introducción

La desigualdad económica y patrimonial de las mujeres es un hecho constatado, simplemente comprobando cómo la feminización de la pobreza no deja de expandirse. En este trabajo de investigación nos hemos preguntado cuál es la razón profunda que informa esta realidad, circunscribiendo el estudio a la más cercana y tangible, España, donde los indicadores de igualdad legal han alcanzado un 76,4% en el Índice Europeo de Igualdad de Género elaborado por el IEGE en 2021, un 1,8% más que en 2020, lo que arroja un resultado de 6,2 puntos más que la media de la UE.

Desde la promulgación de la Constitución de 1978 la igualdad legal está arraigada en nuestra sociedad y en el legislador, al menos en la forma; no así en lo relativo al derecho material. Una de las principales causas de esta desigualdad se encuentra en el derecho de familia, concretamente en la regulación de las relaciones económicas entre los cónyuges y en el levantamiento de las cargas familiares, toda vez que la institución matrimonial aún estructura e informa muchas de las relaciones jurídicas con terceros y con el Estado.

Los sistemas jurídicos vigentes son el resultado de la evolución histórica de los sistemas anteriores, que han ido dejando un rastro por tradición, por oportunidad política, por aplicación de principios fundamentales; por esa razón, se ha profundizado tanto en los conceptos que intervienen en la formación de la figura central que analizamos, el régimen económico matrimonial, como en la evolución histórica que han

sufrido dentro del contexto político y económico, observado desde la posición del movimiento feminista.

La adopción de un determinado régimen económico matrimonial nos previene de la naturaleza económica del matrimonio, razón por la que se impone la necesidad de elaborar una investigación histórica de la institución desde sus orígenes, para descender al recorrido histórico en España. En esta trayectoria reparamos en que el papel de las mujeres siempre ha sido testimonial en el ámbito patrimonial; imprescindible en la reproducción, pero sin respeto por sus derechos reproductivos, nos cuestionamos si el origen del sometimiento está precisamente en la falta de instrucción y de relevancia jurídica que ha mantenido a las mujeres en un papel de sumisión que algunos regímenes políticos y el modelo de producción económica han reforzado.

La reivindicación feminista de la ciudadanía de la mujer, que viene dada por la educación, la incorporación al mercado de trabajo y la vida pública y por consiguiente la independencia económica, se perfilan como eje principal de la igualdad jurídica formal.

Sin embargo, la base de desigualdad que se perpetúa en el sistema patriarcal dificulta la igualdad real, material, sobre todo en la situación económica que genera la aplicación del régimen económico ganancial, anclado en un tipo de matrimonio perpetuo y religioso que carece de sentido en relación con la institución civil que hoy día está regulada en nuestro derecho.

La desigualdad económica genera problemas concretos en la situación económica y patrimonial que padecen las mujeres en general; pero sobre todo las que nacieron en los años 60, 70 y 80 del siglo xx, que se encuadran en el denominado «*divorcio gris*» es decir las que acceden al divorcio con una edad de 40, 50 y 60 años que experimentan una caída del 45% en su nivel de vida, frente al 21% que afecta a los varones: la falta de conciliación que sufrieron en su vida laboral les arroja a una pobreza en forma de imposibilidad de regeneración laboral, acceso a pensiones de jubilación exiguas por falta de cotización y cotitularidad de bienes que no pueden mantener y a los que se ven abocadas a renunciar; además de verse afectadas por una liquidación del régimen en el que la mayor parte de las veces no han intervenido activamente y del que desconocen muchos extremos, deudas contraídas y posibles impagos que afectan al activo con el que creen contar.

Urge realizar cambios en el derecho matrimonial y familiar; la sociedad ya ha iniciado esos cambios: las estadísticas demuestran que un alto porcentaje de los matrimonios actuales optan por un régimen de

separación de bienes que se basa en la interiorización de un vínculo que no es perpetuo, aunque tenga vocación de perdurabilidad, en una percepción de individualidad económica y patrimonial, que si bien se pone al servicio de un proyecto vital común, preserva unos derechos económicos individuales imprescindibles para construir una independencia económica en una eventual situación de crisis o simplemente por una cuestión de singularidad personal, de proscripción del sometimiento y la sumisión.

PRIMERA PARTE
LOS SISTEMAS HISTÓRICO-JURÍDICOS
DEL DERECHO DE FAMILIA

Sección Primera

Premisas y estructura del estudio. La naturaleza jurídica del matrimonio, el divorcio y el régimen económico matrimonial

Premisas

La precaria situación patrimonial en la que quedan muchas mujeres actualmente tras la liquidación de la sociedad conyugal al disolverse un matrimonio parece ser un tema socialmente superado. Se trata, sin embargo, de una cuestión que está invisibilizada, como la brecha salarial, la dificultad de las mujeres para acceder a puestos ejecutivos o de mando, o la escasa incidencia de mujeres en las carreras tecnológicas. Podríamos decir que esa precariedad es, de hecho, en casos concretos, un tipo de violencia de género, toda vez que ya existe doctrina y jurisprudencia que acota el término y lo hace depender precisamente de si la precariedad es producida de forma consciente, dolosa, por su ejecutor.

La percepción general es que *ya* existe un clima de igualdad y, por lo tanto, la opción está ahí, al alcance de las mujeres, para que ellas libremente *decidan*. Existe una culpabilización endémica hacia las mujeres que *eligen* no acceder a puestos de trabajo mejor remunerados, a carreras profesionales mejor consideradas socialmente, a un sistema de reparto patrimonial concreto, más ventajoso.

Pero la historia nos demuestra que la elección consciente, muchas veces no ha sido posible, incluso por improcedencia legal. La situación patrimonial de las mujeres a lo largo de la historia ha dependido, normalmente, de su estado civil. Esta afirmación, que podría parecer incluso tabernaria si tenemos en cuenta que tradicionalmente se han acuñado expresiones como «*hacer un buen matrimonio*», tiene su sentido porque se ha de relacionar la capacidad adquisitiva de una esposa o ex-esposa no sólo con la capacidad económica del marido o ex-marido, sino con

la capacidad jurídica que se le reconozca legalmente a la mujer, dependiendo de su estado civil.

Esto es una realidad, analizado a la luz de la reflexión; porque la situación patrimonial de las mujeres ha dependido históricamente de la forma en que sus esposos o la familia de estos han gestionado su patrimonio, del derecho que sobre la gestión han tenido terceras personas, de la influencia que los usos sociales han ejercido sobre ellas porque han dejado (o han tenido que dejar) esa gestión en manos de los varones; y definitivamente del derecho positivo aplicable en cada momento histórico. Aún hoy, no es extraño en algunas generaciones no excesivamente mayores, ver cómo muchas mujeres dejan en manos de sus maridos «*el tema del Dinero*».

Del *Dinero* con mayúsculas; porque de la economía doméstica, de la que está adherida tradicionalmente a los deberes de cuidado, sí se han ocupado siempre las mujeres. De una expresión *a priori* común como la que hemos enunciado, podemos extraer con minuciosidad una enorme variedad de situaciones socio-jurídicas que perjudican a las mujeres en su situación patrimonial y económica, que en la mayoría de los casos no es imputable ni a la laxitud ni al consentimiento consciente, sino a la regulación del régimen económico matrimonial al que *deben* acogerse.

Esto se agrava, o, mejor dicho, emerge cuando se produce el reparto del patrimonio común en un divorcio, de la inevitable liquidación del patrimonio conyugal, sea cual sea el régimen económico matrimonial al que estén sujetos los cónyuges: la situación de desigualdad económica y patrimonial es flagrante. Aún hoy, a pesar de la igualdad jurídica que proclama nuestra Constitución y de la regulación igualitaria que del matrimonio y del divorcio se hizo en el Código Civil en 1981 y siguientes modificaciones, constatamos que existe una desigualdad material evidente.

Existen multitud de circunstancias que han favorecido esta dependencia: la religión, la educación, el mito del amor romántico, el interés económico de determinados sistemas productivos en momentos históricos muy concretos. Porque si no hay varón (marido generalmente, pero también padre, hermano, *avunculados* e incluso en algún momento histórico agnados) la mujer *sí puede* gestionar su patrimonio: no es, por tanto, una cuestión de *capacidad*, sino de *oportunidad*.

En gran parte de los países occidentales y en España particularmente estas circunstancias han generado un sistema de reparto patrimonial dentro del matrimonio en el que *de facto* hay una total comunicación de los patrimonios de ambos cónyuges, que se mantiene en nuestra legislación actual. En este trabajo nos hemos planteado si realmente esa

regulación es la más beneficiosa e igualitaria para ambos cónyuges a la hora de repartir las cargas y los beneficios del matrimonio o si, por el contrario, genera algún tipo de desigualdad o menoscabo patrimonial.

La hipótesis de la que partimos es que el sistema económico matrimonial que se aplica por defecto en casi toda España, salvo en Cataluña y puntualmente en algunas otras Comunidades Autónomas, el régimen ganancial, es un sistema que actualmente perjudica tanto la capacidad económica como patrimonial de las mujeres una vez disuelto el matrimonio; es un sistema obsoleto y parcial, anclado en un tipo de matrimonio católico en el contexto heteropatriarcal del nacimiento del capitalismo y de la economía de mercado que carece de sentido hoy en día.

Hay un clima general de aceptación en torno al régimen económico matrimonial ganancial, desde la perspectiva jurídica. No hay posicionamiento doctrinal acerca de la oportunidad de este régimen actualmente, apenas hay crítica a la institución; se acepta, se asume que es el modelo idóneo. Existe alguna controversia doctrinal acerca de si una u otra partida económica deberá considerarse ganancial o no, pero poco más.

Tampoco desde la jurisprudencia se indaga en la inequidad del régimen, sino que de forma automática y sin crítica alguna se trata de elaborar una interpretación más novedosa y acorde a los tiempos, y se incide en planteamientos y figuras jurídicas que ya no tienen sentido en la sociedad actual.

Nunca, hasta ahora, se había hecho un estudio integrado del derecho de familia, la historia del derecho y la teoría feminista, que determine cómo se ha producido el fenómeno que abordamos, por lo que el presente trabajo supone una aportación a la historiografía feminista, pero también a la Historia del Derecho, toda vez que se analizan las causas de la regulación jurídica actual y de su aceptación social, y del Derecho civil, ya que se incide en la necesidad de modificación del régimen económico matrimonial y en su adecuación a la regulación constitucional vigente, así como a las reivindicaciones feministas relativas a la igualdad económica y patrimonial de las mujeres.

Estructura del estudio

Para demostrar la certeza de la hipótesis que planteamos, se han utilizado las técnicas de la metodología cualitativa por lo tanto de carácter propositivo, por ser la que más se ajusta a las ciencias sociales al

centrar «su atención en hechos, fenómenos y procesos sociales»¹ (Mieles *et al.* 2012, p. 199).

Se trata de un trabajo descriptivo, porque se plantea retratar la situación económico patrimonial de las mujeres divorciadas en España a partir de un momento concreto (1981) y las causas históricas que han determinado la situación actual. Tiene un fin cognitivo y su propósito es la reconstrucción del núcleo teórico de la ciencia.

El estudio distingue dos partes claramente diferenciadas:

1. Una parte histórica, en la que se analiza el proceso social e ideológico que fundamenta el estado de la cuestión.
2. Una parte jurídica, en la que se analiza el impacto de género que evolutivamente tienen las resoluciones judiciales de liquidación del REM, desde la ley del divorcio en España, hasta las modificaciones más recientes.

En la primera parte del trabajo, se ha utilizado el método propio de la investigación histórica: a partir del estudio y análisis de hechos históricos, se han encontrado patrones que pueden explicar los hechos actuales. El método histórico busca no solo contar la manera en que sucedieron los acontecimientos del pasado, también se centra en establecer una o varias hipótesis sobre por qué llegaron a suceder de ese modo y cómo han afectado a situaciones presentes. Tras la identificación, evaluación y síntesis de las fuentes, hemos planteado los argumentos para establecer ya una hipótesis a partir de la valoración de la información obtenida del análisis de las fuentes.

Se han analizado fuentes primarias y secundarias; dentro de las fuentes primarias nos hemos centrado sobre todo en el análisis de la legislación aplicable en el momento concreto en la materia objeto de la investigación; las fuentes secundarias utilizadas son de carácter mucho más heterogéneo: manuales, tratados, artículos, fuentes audiovisuales como películas y obras de teatro, documentales y testimonios.

A partir de estas fuentes, se ha aplicado el razonamiento histórico que es completamente subjetivo y se sustenta por lo tanto en el criterio de la autora, dando lugar inductivamente a una teoría fundamentada: a partir de la recogida de datos, se han identificado características, patro-

¹ MIELES BARRERA, M. D.; TONON, G.; ALVARADO SALGADO, S. V. (2012), «Investigación cualitativa: el análisis temático para el tratamiento de la información desde el enfoque de la fenomenología social», *Universitas Humanística*, núm. 74, 195-225.

nes, temas y relaciones, formando un marco teórico que explica procesos, acciones o interacciones fundamentados en la realidad observada más allá de las descripciones, generando un esquema analítico abstracto del proceso.

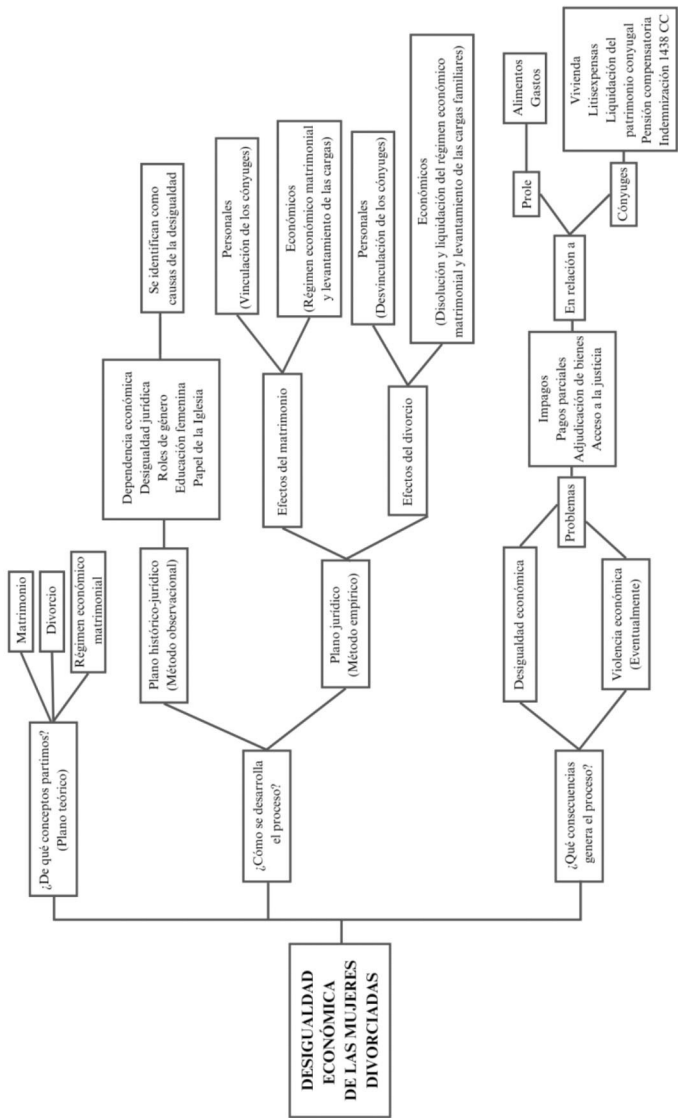
El planteamiento consiste en ver cómo se desarrolló el proceso histórico y cuál fue su aspecto axial, el que influyó o provocó que se produjera este fenómeno. Asimismo, ha sido necesario analizar qué estrategias se emplearon durante el proceso y qué efectos tuvo, tanto en el aspecto personal como económico de las mujeres, profundizando en el papel que jugó la reivindicación feminista en la resolución del proceso. Se trata de un enfoque de investigación sistemático, siguiendo los pasos metodológicos descritos por Strauss y Corbin (1990)².

La segunda parte de la investigación, centrada en los aspectos meramente jurídicos de la actualidad, se aborda a través de un estudio de carácter empírico; es decir un tipo de investigación observacional que analiza datos de variables recopilados a partir de la jurisprudencia que existe en la materia y en las reformas que han tenido lugar en nuestro Derecho de Familia. «Los estudios jurídicos se mueven en el ámbito de la ciencia aplicada —generalmente por demás, como parte de enfoques multidisciplinarios—; y cuando lo hace, persigue más bien la finalidad de comprender e interpretar que el móvil cuantitativo»³ (Villabella, 2020, p. 164). El método de investigación jurídica elegido ha sido el del análisis-síntesis para transitar desde la abstracción a la concreción.

El objetivo es desarrollar una teoría que describa exhaustivamente el fenómeno central, las condiciones causales, las estrategias, el contexto y las consecuencias; concretamente estudiar el impacto de género que la regulación actual del régimen económico matrimonial, el ganancial, tiene en el patrimonio de las mujeres después de la incorporación de la figura del divorcio en nuestro Ordenamiento Jurídico (en adelante, OJ), así como el análisis histórico de los hechos reales y actos jurídicos que lo han determinado. Este sería el mapa conceptual metodológico que hemos desarrollado:

² STRAUSS, A.; CORBIN, J. (1990), *Basics of Qualitative Research: Techniques and Procedures for Developing Grounded Theory*, Sage Publications INC.

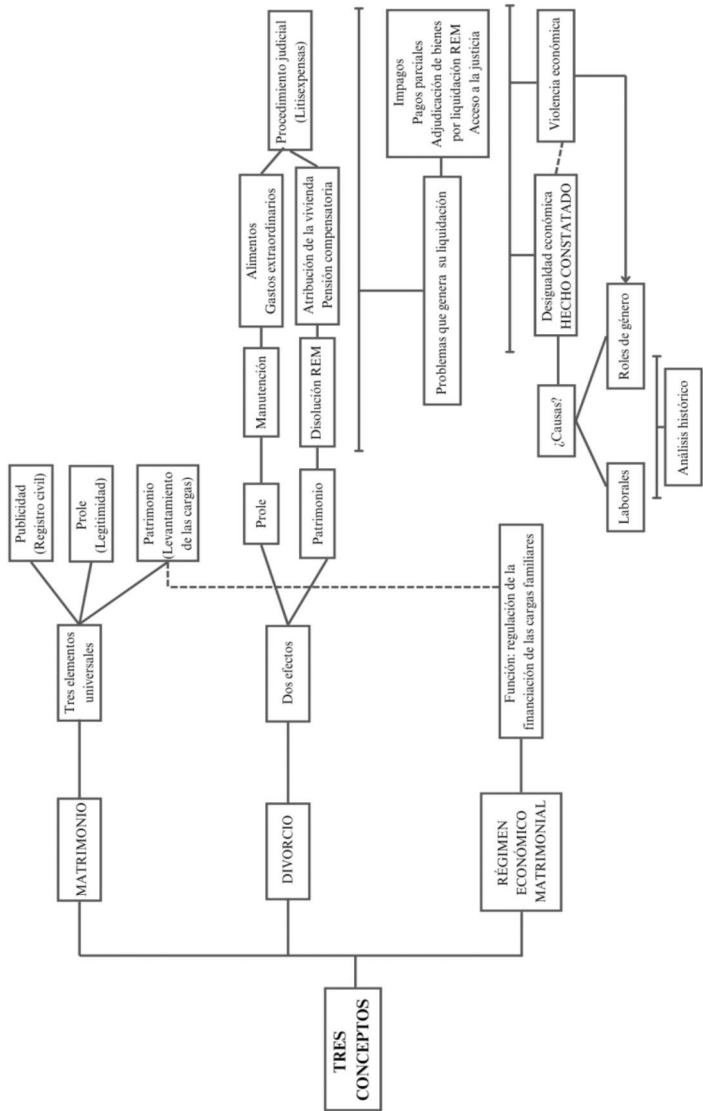
³ VILLABELLA ARMENGOL, C. M. (2020), «Los métodos de la investigación jurídica. Algunas precisiones». *Pasos hacia una revolución en la enseñanza del derecho en el sistema romano-germánico*, CÁCERES NIETO, E. (ed.) (pp. 161-177). <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/6226-pasos-hacia-una-revolucion-en-la-ensenanza-del-derecho-en-el-sistema-romano-germanico-tomo-4-version-electronica> y <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6226/12a.pdf> (Consulta: 24-09-2024).



Esquema 1. Mapa conceptual meto.dológico.

Para llevar a cabo este trabajo, nos hemos centrado en tres conceptos: matrimonio (A), divorcio (B) y régimen económico matrimonial (C). (A) siempre conlleva (C), siendo (B) una circunstancia eventual que puede o no cumplirse. Partiendo del análisis profundo de estos tres conceptos que se interrelacionan y superponen en la realidad vital, se han identificado una serie de aspectos que tienen sentido dentro de esos tres conceptos y que se pueden reunir en un concepto más amplio: efectos económicos, que constituyen un problema a resolver por el legislador, si se cumple la circunstancia eventual que da lugar al divorcio (B).

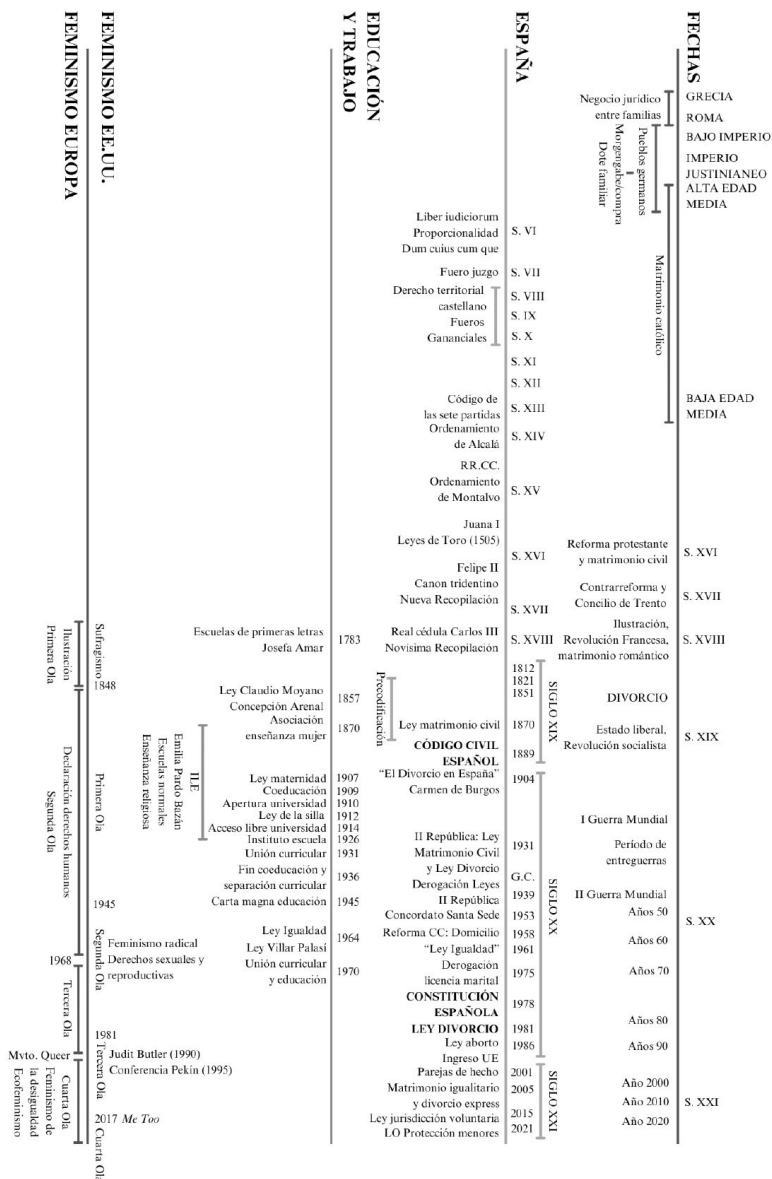
En la resolución legal y judicial de ese problema, es donde se detecta la desigualdad económica (que puede incluso derivar en violencia económica) causada por la dependencia económica que genera la inferioridad laboral y el desarrollo de los roles de género que afectan a las mujeres, tal y como se demuestra con el análisis histórico, que se ha llevado a cabo en el contexto geográfico occidental tanto de origen romano como germano, de tradición fundamentalmente cristiana, insistiendo especialmente en las circunstancias sociales, políticas y jurídicas de España, sobre todo cuando la evolución histórica permite acotar en este sentido:



Esquema 2. Desarrollo esquemático.

Cronológicamente, el estudio comienza en el Derecho prerromano por la influencia que tuvo en la formación del Derecho Romano, fuente relevante de nuestro ordenamiento jurídico actual, siguiendo la secuenciación propia de la historiografía clásica: Antigüedad Clásica, Edad Media, Edad Moderna, Estado liberal; para avanzar a un análisis más pormenorizado de carácter espacio-temporal marcado por hitos históricos o legislativos relevantes sobre todo en España: precodificación, codificación, II República, dictadura, transición política, cambio de milenio y actualidad, contextualizándolo en la implementación de la educación y formación de las mujeres que les permite acceder a una cierta independencia económica al introducirse en el mercado de trabajo y en la vida pública, y considerada esta implementación en relación al avance del feminismo en nuestro entorno, como se puede ver en la línea cronológica siguiente:

Esquema 3 - Línea cronológica multiaspectos.



La perspectiva teórica, es la heredera del planteamiento histórico del estudio del derecho: el marco teórico del presente trabajo de investigación gira en torno a tres aspectos que necesariamente han de relacionarse para llegar a una conclusión: la historia del derecho, el derecho civil y la teoría feminista.

La naturaleza jurídica del matrimonio, el divorcio y el Régimen Económico Matrimonial en Europa

La consideración del matrimonio como una situación evolutiva con base antropológica en las distintas capacidades de mujeres y hombres que se concretan en roles de género determinados (esposa recolectora, cuidadora y por ende doméstica; frente a esposo cazador, proveedor y por ende indómito) es una constante en el concepto de matrimonio. La institución tal y como la conocemos, en un marco heteropatriarcal, tiene mucho más que ver con las relaciones económicas entre grupos sociales, que de relación personal entre los cónyuges.

Existen varias características históricas de la institución matrimonial en que nos apoyamos para hacer esta afirmación: la institución matrimonial más antigua se basaba en la venta de las mujeres; esta venta evoluciona hacia un sistema dotal, informado por la relación económica entre familias o clanes: relación económica que podía materializarse en forma de paz social, en forma de entrega de bienes o dinero o en forma de ascensos sociales, pero siempre con contenido económico.

La forma de sellar este acuerdo consistía en la generación de prole, circunstancia que opera en varios aspectos distintos: por un lado, el nuevo miembro culmina la reunión de la genética de ambos clanes; por otro lado, y dada su profunda vinculación biológica con la madre, actúa como garantía del comportamiento de ésta. Además, el nuevo miembro es el depositario y transmisor de la riqueza y la relevancia social del clan en el que ha nacido: por eso deviene un valor inexcusable la virginidad de la esposa y su probada honestidad constante matrimonio. Por el contenido económico de esta relación se explica el hecho del despojo del patrimonio si esa premisa no se cumple, o se utiliza la difamación para acceder al patrimonio que representa. La publicidad ante terceros, como cualquier otro negocio jurídico, se prevé en aras de la paz social y del acotamiento de la propiedad de cada varón.

Estas razones son las que determinan que siempre se haya descrito y regulado un régimen económico matrimonial: del tipo que sea, con mayor o menor grado de concreción, pero siempre público; desde los contratos redactados por los escribas y soportados en papiros, a las actuales capitulaciones matrimoniales inscribibles en el Registro Civil o los contratos prematrimoniales del derecho anglosajón. O la determinación legal, en ausencia de un pacto expreso y escrito, es decir la arrogación de un determinado régimen de forma subsidiaria, como ocurre en España.

La regulación de la economía matrimonial es una constante a lo largo de la historia; frente a la falta de regulación en situaciones análogas de afectividad. Y esto, no es algo relativamente moderno: las uniones homosexuales, las uniones de hecho, los hijos naturales (término utilizado en sentido histórico-jurídico), siempre han existido; pero no han generado regulación económica alguna, salvo para desligarlas del matrimonio. Son situaciones que el derecho ha considerado extraordinarias y diferentes del matrimonio, aún hoy: por la vía de la moralidad, de la doctrina de la Iglesia, de las convenciones sociales, de la hermenéutica jurisprudencial, pero se ha ahondado en la diferenciación, considerando al matrimonio como única institución generadora de efectos económicos propios.

Quizás ese es el interés. Las relaciones económicas estaban en el sustrato del matrimonio en la antigüedad; en el medievo, traducido en influencia territorial y feudal, lo cual no deja de tener un evidente contenido económico. Y en la Edad Moderna con la incipiente llegada de la economía capitalista en la que a cuenta de la fusión de patrimonios se generaban enormes masas patrimoniales que permitían a las familias más adineradas liderar la política y la economía. La eclosión del capitalismo y su moral burguesa a partir del siglo XIX pasa por la misma reflexión: el patrimonio matrimonial, el estatus social y la consecución de beneficios políticos va de la mano de la unión de familias con cierto nombre y posición en el universo social en que se desarrollan.

La regulación del régimen económico matrimonial se hace en virtud de la función socio económica que se persigue: así, de un mismo sistema dotal recogido en el *Liber Iudiciorum*, en la península ibérica se da lugar a dos regímenes totalmente opuestos deudores de los intereses que pretende cubrir: en el Reino de Castilla el régimen descrito por el *liber* avanza hacia la ganancialidad, comunicando los patrimonios de ambos cónyuges en aras de la paz familiar y de la unión carnal de ambos. En el Reino de Aragón, por el contrario, avanza hacia la participación pro-

porcional (Aragón, Navarra, Valencia, Mallorca) e incluso hacia la separación de bienes (Cataluña y el Principado de Andorra); y lo más significativo es que en todos los casos, se justifica esta evolución en aras de la paz familiar y social.

Como ejemplo, en el primer caso, la situación económica del Reino de Castilla aconseja la unión de patrimonios y se valora considerablemente la obtención de títulos nobiliarios tengan o no aparejados beneficios económicos. Ya en el siglo XIX la unión de patrimonios hace posible introducirse en negocios que necesitan desembolsos importantes de capital: fábricas, navieras, explotación de minas, que se consiguen la mayoría de las veces con el dinero de ambos cónyuges, el femenino administrado por el varón.

En el segundo, el carácter rural de la economía aconseja la privacidad de los patrimonios, aunque medie una unión matrimonial; la conservación de la tierra es una característica muy arraigada en las sociedades rurales y el concepto de privacidad mucho más íntimo que en Castilla. Dedicadas sus gentes a la conservación del patrimonio propio, no necesitan unirlo a otros para acometer los mismos desembolsos que permitan invertir en fábricas, navieras o minas, pero con titularidad individual.

Resulta evidente por lo tanto la justificación social del derecho en cada momento histórico y lugar geográfico, porque el Derecho es la ciencia social por excelencia y viene a regular las relaciones entre las personas de una comunidad, muchas veces para evitar un conflicto social, pero la mayoría para resolverlo.

La doctrina católica se convierte en el paladín de la justificación de la ganancialidad de los bienes en Castilla; no es que en el Reino de Aragón no fueran católicos, por el contrario, la Iglesia tiene un gran valor moral en las sociedades medieval, moderna y contemporánea de esta área geográfica: pero los intereses sociales que tiene son diversos a los de Castilla, y la doctrina católica encuentra el modelo para justificar la incomunicabilidad.

Por el contrario, en gran parte de Europa católica (Castilla, Francia, Alemania católica, Italia) la Iglesia recupera la máxima agustiniana, *duo erunt in carne una*, para ampliar la entrega física entre los cónyuges también al patrimonio de los mismos, estableciendo el régimen ganancial como el más idóneo para conjugarlo con la entrega personal. La labor que, por otro lado, había venido haciendo en orden a aislar y someter a las mujeres, hace el resto y así se define el régimen económico matrimonial ganancial como el más idóneo; pero no solo, sino que

por las mismas razones expuestas la administración y disposición de los bienes deberá atribuirse al marido, como ser superior jerárquicamente en la familia y en el orden natural de la humanidad.

Ya tenemos justificado el régimen económico matrimonial ganancial, con respecto al matrimonio católico: este tipo de matrimonio es perpetuo y sacro. No se puede romper el vínculo matrimonial, ni tampoco el patrimonial. Por eso, en aras de ahondar en la sacralidad de la institución se prohíbe el divorcio: por eso, y porque la disolución y liquidación del régimen se torna complejo por la mezcla de patrimonios que provoca y en la que se profundiza con excepciones y casuística concreta.

Podemos por lo tanto hacer una correlación directa entre matrimonio sagrado y perpetuo (católico) y régimen económico matrimonial ganancial, porque la Iglesia lo justifica. La perpetuidad de la institución abunda en el sometimiento: si por definición en este tipo de matrimonio la esposa está sometida al esposo, la perpetuidad del vínculo hace que el sometimiento sea eterno (en términos religiosos), o al menos vitalicio. Y la comunicabilidad de las ganancias, la dificultad en la liquidación, la pérdida económica de la parte más desfavorecida o con mayor desconocimiento, contribuye a esa perpetuación.

Por eso la reivindicación del divorcio como disolutorio del vínculo y por ende del sometimiento, es desde el principio una reivindicación feminista, porque es la única forma de escapar del sometimiento perpetuo. Pero su conquista pasa por cambiar la naturaleza jurídica del matrimonio, que si se torna en un contrato (aunque sea especial) de carácter civil, permite la desvinculación de los cónyuges.

La reivindicación del divorcio es fundamental para las mujeres porque supone finiquitar el rol de mujer sometida legalmente a la autoridad heteropatriarcal, dando paso a una situación socio-jurídica nueva: la mujer trabajadora, la mujer cabeza de familia, la mujer intelectual, la mujer política. Pero durante algunos momentos históricos, se han hecho manifestaciones que no por absurdas resultan menos humillantes: en determinado momento histórico, se consideró el divorcio con una especie de profilaxis mental, como una solución a determinados trastornos psicológicos femeninos (como la histeria) ante la perspectiva de estar vinculada a un cónyuge que le hace la vida inasumible en muchos casos.

Puesto que la desigualdad económica de las mujeres después de un divorcio es un hecho constatado mediante la observación del entorno social y la comprobación empírica de jurisprudencia y datos estadísticos, la separación de los patrimonios y ganancias de los esposos

constante matrimonio, permitiría a las mujeres tener una mayor independencia económica y vital que determinará, en el caso de llegar eventualmente a una liquidación de la sociedad conyugal por divorcio, que su situación patrimonial esté más saneada al no estar gravada por la administración conjunta o del esposo exclusivamente *de facto*, (real aún hoy en muchos casos).

Esta situación es más común de lo que normalmente se admite, porque el concepto jurídico constitucional de igualdad formal está muy interiorizado y además se superpone al pensamiento, también muy interiorizado, de que la aportación de la esposa a las cargas familiares es supletoria e incluso testimonial, aunque trabaje fuera de casa.

La aportación al sistema productivo, incluso en el caso de que la mujer *opte* por no salir del ámbito doméstico, si estuviera regulada, (incluida en el sistema de la seguridad social y con un sueldo por el que cotiza por realizar una actividad remunerada, junto con el establecimiento de un sistema supletorio de separación de bienes o lo que es lo mismo de incomunicación de las ganancias) facilitaría un equilibrio mayor entre las situaciones económicas de ambos cónyuges en situaciones de crisis; hay una clara necesidad de «des-normalizar» la supletoriedad del trabajo de las mujeres, dando lugar a una situación mucho más equilibrada y previsible en caso de disolución de la sociedad conyugal.

Así, para desarrollar este trabajo de investigación nos hemos cuestionado si permanecen hoy día las estructuras heteropatriarcales en nuestra sociedad hasta el punto de determinar el derecho matrimonial. Es preceptivo indagar si el tipo de matrimonio que está descrito en nuestra estructura jurídica, que conlleva la posibilidad indiscutida del divorcio, continúa determinando el régimen económico matrimonial regulado, profundizando en la cuestión de si es la sociedad matrimonial de gananciales la forma más correcta de repartir las cargas y beneficios patrimoniales, o por el contrario constituye un estatuto jurídico obsoleto y susceptible de evolución o cambio.

El hecho de no haber estudiado este fenómeno desde la perspectiva feminista lleva a argumentar tradicionalmente que la participación en las ganancias es equitativa para la mujer, obviando que realmente esa aportación, dentro del régimen ganancial es, estructuralmente, pasiva: las mujeres en su impuesto rol de cuidadora, en el desempeño de un trabajo doméstico, perciben en el momento de la liquidación una suerte de indemnización por su buen comportamiento, por hacer economías, por ser moderadas.

Es una donación, en el sentido amplio de la palabra que se justifica con argumentos como que su actuación (dentro de la casa) ha favorecido el desarrollo profesional del varón (fuera de casa), y por lo tanto se le otorga un beneficio: no hay un trato de igual a igual, no se considera igual un trabajo (el masculino, fuera de casa) que otro (el femenino, dentro) y por eso a la mujer se le otorga una recompensa. Este régimen, que se basa en la comunidad de vida y en la sacralidad (en sentido amplio, no estrictamente religioso) del vínculo matrimonial y se desarrolla en torno a ella, ha modificado su apariencia legal pero no su estructura interna: se asienta en el rol tradicional de cuidadora de la mujer, en su aportación testimonial y en su participación en los beneficios de una sociedad en la que solo ha participado pasivamente, lo que genera la percepción social de que si se produce una eventual liquidación del patrimonio por disolución del vínculo matrimonial, la mujer está recibiendo algo que no le perteneciera por derecho, como una dádiva o una caridad, cuando no un abuso del patrimonio del esposo.

CONCEPTO DE MATRIMONIO

No existe un modelo único de matrimonio. Por el contrario, la variedad de formas en que se materializa la institución es prácticamente incommensurable pues en su consideración inciden todas las circunstancias espacio-temporales que podamos imaginar (Coontz, 2006)⁴: no es lo mismo un matrimonio en la Roma Imperial que en una aldea africana de tradición matrilineal; no es lo mismo el concepto de matrimonio en la Europa medieval, que en la Moderna o durante el establecimiento del Estado liberal; no se maneja el mismo concepto en Centroeuropa de tradición protestante, que en la Europa Mediterránea, católica. Sin embargo, hay una serie de rasgos que en todas estas diversas circunstancias perviven, y eso es lo que nos hace hablar de *matrimonio* con un sentido casi unívoco: el sustrato económico-patrimonial, la legitimidad de la prole y la publicidad. Es uno de esos conceptos que tenemos tan interiorizados, que nos cuesta definir.

Así, el diccionario jurídico de Gómez de Liaño⁵, por ejemplo, registra hasta diecinueve entradas para un concepto que sin embargo no

⁴ COONTZ, S. (2006), *Historia del Matrimonio: cómo el amor conquistó el matrimonio* Gedisa. Traducción de Aleira Bixio.

⁵ GÓMEZ DE LIAÑO, F. (1996), *Diccionario Jurídico*. Forum.

define. La primera entrada recoge que el matrimonio es «la sociedad legítima del hombre y de la mujer» (Gómez de Liaño, 1996, p. 219); de donde podemos inferir que cualquier otra sociedad entre el hombre y la mujer sería no legítima (utiliza el artículo determinado, no dice es *una* sociedad legítima, lo que nos haría pensar que es una de tantas, que hay otras; pero dice «la» sociedad legítima); y de donde desde luego no podemos inferir prácticamente ningún otro dato: no nos habla de qué tipo de sociedad se trata, qué interés fomenta la creación de *esa* sociedad, lo que habrá de deducirse a lo largo de la regulación legal, es decir el interés de la familia.

Sin embargo, en las siguientes dieciocho entradas añade al concepto indeterminado de matrimonio un epíteto que lo distingue como *anormal o irregular, ayuras, canónico, civil, consumado, de conciencia, especial, ilegal, morganático, nulo, ordinario o regular, por poder, público o solemne, putativo, rato, religioso, secreto y válido*. Demasiado esfuerzo para definir algo que se presume obvio y objetivo, al nominarlo como *la sociedad legítima* (es decir, conforme a la ley): el esfuerzo del autor radica sobre todo en aislar aquellas situaciones conyugales o cuasi-conyugales que se extralimitan de lo *ordinario, regular, válido, público y solemne*, es decir de las situaciones conyugales que producen efectos económicos.

La regulación del matrimonio en nuestro derecho civil evita aún hoy la definición de la institución como contrato. Realmente el Código Civil no define en ningún caso el matrimonio y pasa directamente a la regulación de la promesa de matrimonio en su artículo 42 (en primer término) para seguir con los requisitos, derechos y deberes de los cónyuges, efectos, e incluso situaciones de patología matrimonial (separación, nulidad y divorcio). Entrena Klett afirma con cierto gracejo que se trata de una «conducta prudente, pues tanto el pueblo como los técnicos conocen la síntesis de la institución, con lo que el legislador al definir podría acertar, pero también errar, por lo que sin aportar nada, ganaría, posiblemente, las condiciones para ser puesto en la picota» (Entrena, 1984, p. 384)⁶, aunque algunas normas autonómicas sí lo definen, como el Código Civil catalán que en su artículo 232 recoge que «el matrimonio establece un vínculo jurídico entre dos personas que origina una comunidad de vida en la que los cónyuges deben respetarse,

⁶ ENTRENA KLETT, C. M. (1984), *Matrimonio, Separación y Divorcio en la legislación actual y en la historia*. Thompson Reuters Arandazi.

actuar en interés de la familia, guardarse lealtad, ayudarse y prestarse socorro mutuo».

Es, sin embargo, un contrato que reúne los requisitos esenciales que establece la doctrina civilista y que permite desdecirse del pacto (divorcio) con unas consecuencias jurídicas concretas y reguladas, como cualquier contrato:

- Consentimiento: artículo 45 «No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial».
- Objeto: artículo 67 a 71, es decir obligaciones de dar o de hacer:
«artículo 67 ...respetarse y ayudarse mutuamente....
artículo 68. Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente.
artículo 69. Se presume, salvo prueba en contrario, que los cónyuges viven juntos.
artículo 70. Los cónyuges fijarán de común acuerdo el domicilio conyugal y, en caso de discrepancia, resolverá el Juez, teniendo en cuenta el interés de la familia.
artículo 71. Ninguno de los cónyuges puede atribuirse la representación del otro sin que le hubiere sido conferida.»
- Causa: artículo 67, la función económico-social pretendida por las partes «El marido y la mujer deben (...) actuar en interés de la familia»; función económica que además se regula mediante un determinado régimen económico que permite estructurar esa función:
«artículo 1.315. El régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales, sin otras limitaciones que las establecidas en este Código.
artículo 1.316. A falta de capitulaciones o cuando éstas sean ineficaces, el régimen será el de la sociedad de gananciales.
artículo 1.317. La modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros.
artículo 1.318. Los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio.»
- Forma: Libro II Capítulo III (De la forma de celebración del matrimonio) o manera en que se pacta, el símbolo, el momento de perfeccionamiento, de carácter civil, aunque con forma externa diversa dando cabida a ritos religiosos.

Todo lo demás, es ornamento; desde el punto de vista personal, cada uno puede *sentir* como mejor prefiera, o interpretar con un sentido religioso o afectivo concreto; pero la naturaleza jurídica del matrimonio es la de un contrato con un innegable contenido económico, precisamente el que aflora en situaciones de desvinculación afectiva que se trata de anticipar al regular desde antiguo el régimen económico del matrimonio. Por eso se hace hincapié en desligar la institución de otras situaciones afectivas análogas, como las parejas de hecho, que no tienen apenas efectos económicos estructurales.

Más recientemente, Linacero afirma que el matrimonio puede definirse como «la unión estable que vincula a los cónyuges (de igual o diferente sexo) en un proyecto de vida o existencia común» (Linacero, 2022, p. 337)⁷. Y procede con ello a incorporar una postura que quiebra con los elementos esenciales como la diferencia de sexo para generar prole legítima, o el carácter perpetuo que impide la disolución del vínculo por divorcio. Así, a través de diversas notas definitorias, caracteriza al matrimonio como un *negocio jurídico*, naturaleza que ya apuntó el profesor Luis Díez-Picazo (1980, p. 142)⁸, de derecho de familia bilateral y solemne, es decir como un contrato cuyo fin es la creación, modificación y extinción de las relaciones jurídicas derivadas del matrimonio con vocación de permanencia, sí; pero con posibilidad de disolución y no asimilable a la situaciones de hecho, por no constituir estas un negocio jurídico *strictu sensu*, aunque estén protegidas por la ley. Por otro lado, con esta definición se da cabida a todas las situaciones conyugales y paternofiliales no normativas, pero aprobadas socialmente y legitimadas por la regulación civil especial.

Linacero apunta una cierta naturaleza pública del matrimonio: si bien es una institución en la que la autonomía de la voluntad es determinante porque el consentimiento es un acto personalísimo, el resultado no es privado. No lo es actualmente ni lo ha sido a lo largo de la historia; claro ejemplo de ello fue la legitimidad de la prole que comprometía la estabilidad social en la Edad Media y Moderna a través de los mayorazgos, e incluso en la sociedad capitalista, en la que el origen familiar fue un modo de segregación muy extendida. Superada hoy día esa legitimidad patrimonial, resulta muy interesante analizar cómo la legislación y la jurisprudencia determinan los derechos económicos de los hijos e hijas de uno sólo de los cónyuges que viven en el domicilio

⁷ LINACERO (2022, p. 337).

⁸ DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A. (1980), *Sistema de Derecho Civil*. Tecnos.

familiar, en un claro ejemplo de la importancia del aspecto patrimonial conyugal.

Y lo mismo ocurre con la publicidad registral, es decir, el modo en que se facilita el conocimiento de terceros de ese vínculo, que sigue siendo fundamental y entronca directamente con el aspecto público del matrimonio y sus relaciones con el derecho público: fiscalidad, derecho procesal en los juicios de familia, acceso a prestaciones sociales y adjudicación de ayudas sociales.

Tampoco se puede establecer una fecha o momento concreto en el que se institucionaliza el matrimonio. Desde la antropología clásica se ha tratado de explicar de manera convincente la aparición de este vínculo: una de las teorías más extendidas es la necesidad de protección de la mujer frente a los peligros de la naturaleza y de las vecinas comunidades hostiles, la necesidad de complementar los esfuerzos propios del varón-cazador (proveedor) con los beneficios aportados por la hembra-recolectora, de forma que se fueron estableciendo y acotando ceremonias que determinarían el cambio de estado y facilitando el conocimiento público de dicho cambio.

Stephanie Coontz (2006), recoge interesantes teorías antropológicas en su obra que van más en la dirección de la condición económica del matrimonio que en la línea de la protección femenina para terminar, concluyendo que «el matrimonio es un invento social, peculiar del género humano» (Coontz, 2006, p. 52). El antropólogo George Peter Murdock, mencionado por Coontz, definió el matrimonio «como una institución universal que implicaba que un hombre y una mujer vivieran juntos, mantuvieran relaciones sexuales entre sí y cooperaran económicamente»⁹.

Westermarck¹⁰, es de los pocos autores clásicos que aventura una definición del matrimonio como una «institución social; relación de uno o más hombres para con una o más mujeres, reconocida por la costumbre o por la ley, y de la que se desprenden determinados derechos y deberes por parte de las personas que la contraen y de los hijos que de ella nacen» (Westermarck, 1984, p. 7); y habla de manera muy extensa del ofrecimiento que el esposo hace de su esposa a los huéspedes para que yazgan con ella, dentro del más puro derecho de propiedad sobre

⁹ MURDOCK, G. P. (2006), *Social Structure*, en COONTZ, p. 41.

¹⁰ WESTERMARCK, E. (1984), *Historia del Matrimonio* (Barcelona, Edición de Laertes D.L.).

ella, en la misma línea de Edmund Leach¹¹ quien propuso, un enfoque diferente para definir el matrimonio, según el cual éste debería entenderse más atendiendo a la regulación de la propiedad que a la regulación de las relaciones sexuales y la procreación. Según refiere Coontz (2006, p. 93), Leach argumenta que el matrimonio es «la serie de normas legales» que gobiernan de qué manera «pasan de generación en generación» los bienes, los títulos y la jerarquía social.

La doctrina malikí en lo relativo al derecho islámico, afirmaba que «nada como el matrimonio se asemeja a la venta» (Beneyto, 1993, p. 22). Juan Beneyto plantea el tema de la propiedad en torno al matrimonio¹² desde el Código de Hammurabi (también en Westermarck, 1984), que regulaba la compraventa de mujeres para contraer matrimonio; la voz inglesa *wedding*, según Beneyto, estaría también entroncada con la palabra destinada a denominar el acto de compraventa de mujeres; desde el punto de vista etimológico, esta sería la secuencia que ha seguido la palabra hasta llegar a significar «boda» en inglés actual:

Middle English *wedden* < Old English *weddian*, literalmente, *to pledge, engage* < *wed, a pledge*, akin to German *wetten, to pledge, wager* < IE base **wadh-*, *a pledge, to redeem a pledge* > Latín *vas* (gen. *vadis*), *a pledge*
pledge: noun (gen) compromiso, promesa, [of money] promesa de donación, (= surety) prenda o garantía
 transitive verb [money, donation] prometer, [property] entregar como garantía, [one's word] dar, (= pawn) empeñar, *wager*: apuesta¹³,

Beneyto menciona en su argumentación a Silvio Perozzi para quien el origen de la propiedad privada, debió ser la mujer «que el capitán vencedor guardaba para él» (Beneyto, 1993, p. 12) En este orden de razonamiento, para el antropólogo Claude Lévi-Strauss, las relaciones conyugales (en el sentido de familiares) se «establecieron, no entre hombres y mujeres, sino únicamente entre hombres por medio de las mujeres» y concluye que «las mujeres eran el mero vehículo para establecer esa relación» (Coontz, 2006, p.64).

¹¹ LEACH, E. (1990), «The Social Anthropology of Marriage and Mating», en REYNOLDS y KELLETT (coord.), *Mating and Marriage*.

¹² BENEYTO, J. (1993), *Una historia del matrimonio*. Eudema.

¹³ *Nota de la autora*: Explicación facilitada por la filóloga y traductora Amelia Pérez de Villar Herranz.

El Antiguo Testamento está repleto de menciones a las cualidades que han de buscarse en una esposa, y no son precisamente de índole espiritual:

«¿Quién hallará una mujer digna?
Su precio es mayor que el de las perlas.
En ella pone su confianza el corazón de su marido y éste no carecerá de ganancia. Ella le acarrea el bien todos los días de su vida y nunca el mal.
Busca lana y lino, del que hace labores con la presteza de sus manos.
Viene a ser como la nave de un comerciante, que trae de lejos el sustento.
Se levanta antes de que amanezca y distribuye el alimento a sus domésticos y la tarea a sus criadas.
Puso la mira en unas tierras y las compró; de lo que ganó con sus manos plantó una viña.
Revistióse de fortaleza y esforzó su brazo.
Probó y advirtió que su trabajo le fructifica; por lo tanto, no apaga su lámpara durante la noche.
Aplica sus manos a la rueca y sus dedos manejan el huso.
Abre su mano para socorrer al mendigo y extiende sus brazos para amparar al necesitado. [...]
Ella teje telas y las vende y entrega también ceñidores a los mercaderes»
(Coontz, 2006, p. 97).

Todo ello sin olvidar la virtud, que es una constante en la historia a la hora de definir lo que es una *buena esposa* y que está entroncada con la necesidad de asegurar la legitimidad de la prole, vehículo transmisor de la propiedad:

«La fortaleza y la dignidad son sus atavíos y mira sonriente el futuro.
Abre su boca con sabiduría y la ley de clemencia gobierna su lengua.
Vela sobre los procederes de su familia y no come ociosa el pan.
(Proverbios 31,10-20; 24-27)» (Coontz, 2006 p. 97).

DISTINTOS TIPOS DE DIVORCIO A LO LARGO DE LA HISTORIA: DISTINTO CONTEXTO, DISTINTO CONCEPTO

Entendemos por divorcio la disolución civil del vínculo matrimonial. La Real Academia Española (en adelante, RAE) define el divorcio en los siguientes términos: «Hecho o efecto de divorciar o divorciarse», y consultado el término al que se refiere la definición anterior, recoge la RAE lo siguiente:

1. tr. Disolver un juez por sentencia el matrimonio (entre dos personas).
2. tr. Separar o apartar (una cosa o a una persona) de otra a la que deben estar unidas.
3. intr. prnl. Obtener una persona el divorcio legal de otra;

por su parte, el diccionario Oxford Languages, lo define del siguiente modo:

Nombre masculino:

1. Disolución legal de un matrimonio, a solicitud de uno o de los dos cónyuges, cuando se dan las causas previstas por la ley.
2. Separación de cosas o personas que están o deberían estar unidas o relacionadas.

El *Diccionario Panhispánico de español jurídico*¹⁴, define el término como la «disolución del vínculo matrimonial por voluntad de ambos cónyuges o de uno de ellos», en línea con lo establecido en el artículo 85 CC que lo regula de esta forma: «el matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio».

Lo distinguimos de la nulidad civil porque la nulidad supone la declaración formal de que un matrimonio nunca existió, aunque tuviera todos los requisitos formales y de publicidad, ya que se constituyó adolecido de un vicio, por ejemplo, de consentimiento.

El divorcio, por el contrario, rompe el vínculo conyugal en un matrimonio que se perfeccionó con todos los requisitos, pero al que los cónyuges (uno o ambos) quieren poner fin, en virtud de su autonomía de la voluntad (Gómez de Liaño, 1996, p. 123). De nuevo, no hay una definición legal de divorcio; será por lo tanto la doctrina, la encargada de hacer las distinciones entre las distintas figuras que suponen la ruptura o la suspensión del vínculo matrimonial.

Si consideramos que el matrimonio es un contrato, parece que la capacidad para desdecirse del consentimiento manifestado al contraerlo es algo jurídicamente lógico: en un contrato se puede romper el vínculo si hay un cambio de circunstancias o si la voluntad de las partes es

¹⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario panhispánico del español jurídico (DPEJ)* [en línea]. < <https://dpej.rae.es/> > [Fecha de la consulta: 14/09/2023].

no mantener el compromiso. Todos los contratos deben estar informados por el consentimiento para considerarse válidos y asistidos por la voluntad de seguir contratando durante la perpetuación de este, pero pueden quedar sin efecto en determinadas circunstancias y respetando la legalidad; no hay razón para negar al matrimonio los mismos requisitos y efectos.

Debemos tener en cuenta que a lo largo de la historia, la sociedad y la legislación han sido reticentes a considerar el matrimonio bajo la fórmula jurídica contractual; desde la antigüedad se rodeaba al matrimonio de un cierto halo mágico lleno de formalidades y ritos, dotado de ciertas manifestaciones de afecto; el cristianismo lo consagró como un sacramento y la doctrina civil se afanó en justificar una doble naturaleza (sacramento/contrato) que desafía toda lógica jurídica, para prohibir el divorcio.

En cualquier caso, si ya desde antiguo se observa el fenómeno del divorcio, (aunque no se denomine de forma específica), se le intenta poner límites, se prohíbe o se permite, es indudablemente porque la sociedad lo demanda o lo proscribe bien porque resulte contrario a la moral imperante en algunas épocas, bien porque suponga un problema de índole patrimonial que dicha sociedad no está dispuesta a asumir. Pero la realidad es que se plantea.

Históricamente el divorcio se relacionó con la conducta de la esposa, y así en las tribus más antiguas se hablaba de *repudio*; o con el interés que en el esposo suscitaba otra fêmea, lo que solía llevar aparejadas consecuencias económicas con respecto a la dote, porque si el interés extramatrimonial provenía de la esposa, se consideraba directamente adulterio punible y llevaba aparejado la mayoría de las veces el despojo patrimonial y económico, cuando no la humillación pública.

Asimismo, preocupaban los efectos con respecto a la prole y frente a terceros, por lo que, bien se intentó disuadir a la población, bien se prohibió abiertamente, salvo en aquellas situaciones en las que el mantenimiento del vínculo fuese más perjudicial. O aquéllas otras en las que el representante del Estado encargado de regular los efectos del divorcio fuese el interesado en acceder al divorcio, como fue el caso de Eduardo VIII de Inglaterra.

El matrimonio es una institución que en casi todas las legislaciones tiene efectos en la comunidad, ya sea para determinar la propiedad de la esposa, el cambio de estado o la legitimidad hereditaria de los hijos; por eso, la ruptura del vínculo crea un gran desasosiego en la sociedad

ya que los efectos jurídicos de carácter público que genera alteran el orden social y jurídico de dicha comunidad.

DEFINICIÓN DE RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL Y SU CLASIFICACIÓN

Entendemos por régimen económico matrimonial, el conjunto de normas jurídicas que regulan el patrimonio que sustenta el matrimonio: es decir los bienes con los que cuenta el matrimonio como unidad económica, los que aportan los cónyuges y los que se adquieren durante el matrimonio por cada uno de ellos o de forma conjunta. Asimismo, el reparto de las ganancias y la atribución de las cargas para sostener el matrimonio y la familia y las aportaciones a las eventuales sociedades mercantiles o laborales que acometan los cónyuges de manera conjunta o por separado.

Además, por la propia naturaleza del matrimonio, como generador de relaciones filiales, han de regularse también los derechos económicos de la prole y los estados posesorios en virtud del interés de la familia, como por ejemplo la atribución del domicilio familiar, independientemente de que el inmueble en que éste se halle sea de una u otra titularidad o de si está gravado con derechos reales o de otra índole, comprometiendo así el interés de un tercero como un prestamista hipotecario o un arrendador.

Parece que la ruptura nos ha de llevar a una división salomónica por mitad: pero no es tan fácil. Ya desde antiguo se vio la necesidad de regular el régimen económico por el que se han de regir los cónyuges con respecto a la titularidad de los bienes, sí; pero sobre todo con respecto a la competencia para la administración y la capacidad para obligarse que asiste a cada uno de ellos.

Igual que el matrimonio y el divorcio, el régimen económico matrimonial es un concepto básico que debemos acometer por las implicaciones que tendrá en lo relativo al establecimiento o no del divorcio para los cónyuges en los distintos ordenamientos jurídicos, pero también sin duda porque es un tema axial con respecto a los efectos civiles del vínculo matrimonial.

Podemos decir que existen dos clases de sistemas de régimen económico matrimonial que engloban distintos tipos según exista una comunicación mayor o menor de los bienes de los cónyuges. Partimos de la base de la existencia de tres conjuntos de bienes: los privativos de

cada uno de los cónyuges y los del matrimonio; y sobre esta base, la forma de relacionarse un patrimonio con otro determinará un tipo de régimen de comunidad en mayor o menor grado, o de separación de bienes.

En los sistemas de separación de bienes, impera la incomunicabilidad entre los patrimonios de los cónyuges ya sea por adquisiciones anteriores al matrimonio o durante este, por lo que cada uno de ellos conserva intactas sus facultades de administración y disposición. En este tipo de regímenes, la adquisición de cosa común se rige por las normas civiles del proindiviso, en lo relativo al patrimonio. Por lo que respecta a las cargas familiares, ambos cónyuges han de aportar a la familia numerario suficiente como para levantar dichas cargas, por lo que habrá de estarse a la capacidad económica de cada uno de ellos. Este régimen impera en España en las comunidades autónomas de Cataluña e Iles Balears y durante un breve periodo de tiempo imperó en la Comunitat Valenciana; en derecho comparado se aplica sobre todo en países de tradición sajona, en centro Europa y en países en los que se siguió aplicando el Derecho romano durante largo tiempo, como Andorra, donde constituye una evolución del régimen dotal.

En los sistemas de comunidad de bienes, existen también tres conjuntos de bienes: privativos de los cónyuges y bienes matrimoniales; el origen y el momento mismo de la adquisición determina el tipo de bienes. Los adquiridos por cualquiera de los cónyuges antes de formalizar el matrimonio y durante el mismo si son a título gratuito (donaciones, herencias) son, en principio, privativos; devienen comunes los que se adquieren constante matrimonio. Este es el régimen que de forma supletoria se aplica en la práctica totalidad del territorio español, y es considerado por parte de la doctrina como *lo normal*, en un proyecto de vida común porque constante matrimonio, se presume que la unión afectiva, conlleva asimismo la unión patrimonial.

Este esquema tan sencillo *a priori*, se complica sobremanera cuando vemos que el régimen de comunidad que implica la comunicación de las ganancias hace que los frutos y rentas de un bien privativo, pasen a ser gananciales; o que un bien adquirido a plazos sea privativo o común dependiendo del origen del dinero con el que se abonó el primer plazo, independientemente del dinero con el que se abone el resto. En lo relativo a las cargas familiares se reputan como tal las de las personas que residen en el domicilio conyugal, incluso en familias reconstituidas. Además, los bienes adquiridos constante matrimonio se presumen gananciales, a menos que se pruebe el origen privativo, dejando para el

eventual momento de la liquidación el cómputo real, contable, de las distintas aportaciones a las masas patrimoniales existentes. Todo ello reviste particular importancia si es necesario llegar a liquidar la sociedad conyugal, siempre, incluso por fallecimiento; pero se antoja mucho más difícil cuando ha de liquidarse por divorcio.

Finalmente existen los denominados regímenes de participación, en los que cada cónyuge conserva la titularidad privativa de sus bienes, no solo de los que aporta sino de los que adquiera durante el matrimonio, garantizando una participación en las ganancias producidas por los bienes del otro, normalmente por el levantamiento de las cargas familiares. Estos regímenes son los que rigen en Aragón, Navarra y Valencia con distintos matices y nombres diversos.

La inequidad que puede llegar a producir la comunicación de bienes, frutos y rentas, así como la determinación legal de un administrador único de esa sociedad (históricamente el varón; recientemente ambos cónyuges, desde el punto de vista legislativo, pero en muchas ocasiones, el varón *de facto*) ha hecho que la tradición legislativa haya distinguido y regulado siempre bienes propios de los casados: los parafernales de la mujer y los castrenses o cuasi-castrenses del varón.

Como podemos adivinar por la nomenclatura, los bienes castrenses del varón son los que se adquieren por su oficio en la guerra; tras largos debates doctrinales, se determinan privativos del varón porque es quien acude a la contienda de forma personalísima y lograrán incluso transmitirlos a sus hijos varones directamente a su fallecimiento, sin acrecer el patrimonio común y por lo tanto sin participación de la viuda; los cuasi-castrenses, son una evolución de esos oficios bélicos prestados al estado y se denominan así a los títulos y honores, incluso oficios públicos (funcionariales) que se desarrollan a partir de la época moderna (siglo XVI a siglo XVIII).

Por su parte, los parafernales de la mujer no constituyen un concepto único, que haya sufrido una evolución a lo largo de la historia; el civilista del siglo XIX José María Manresa, inicia el estudio de los bienes parafernales en su análisis sobre el Derecho Civil español¹⁵, afirmando: «Puede decirse que existen los bienes parafernales desde que se reconoció en la mujer el derecho de tener algo propio» (Manresa, 1914, p. 525).

¹⁵ MANRESA Y NAVARRO, J. M (1914), *Comentarios al Código Civil Español*. Tomo IX. Reus.

Debemos tener en cuenta como premisa para abordar este tema, que hablamos de conceptos distintos en las distintas épocas históricas, aunque a estos se les haya denominado igual. Y aquí cabe preguntarse si esta designación es inocente o por el contrario constituye una estudiada maniobra jurídica operada en la época de la Recepción del Derecho Común (en adelante, RDC), en la que se instala el concepto fuertemente en nuestro derecho, para favorecer la comunicación de los bienes patrimoniales.

Indagar en el origen de esta institución es un trabajo incompleto si no se indaga simultáneamente en el origen etimológico de la palabra y en el posterior desarrollo semántico de la misma: no son los mismos parafernales de los que hablan los papiros greco-egipcios que aquellos a los que se refería nuestro Código Civil de 1889 antes de las sucesivas reformas; y entre el concepto de una época y otra, existen muchos matices diferentes, de carácter socio-jurídico, religioso o patrimonial, sobre todo si hablamos de los comentaristas y de los tratadistas de derecho en la RDC, pero esta es una labor que abordamos en el capítulo siguiente.

Sección Segunda

Perspectiva histórico-jurídica de los sistemas
de derecho hasta la Constitución de 1978

Capítulo 1

■ Historia del matrimonio, del divorcio y del establecimiento del régimen económico matrimonial

I. Orígenes

1. LOS PAPIROS GREGO-EGIPCIOS

En el derecho egipcio existían dos tipos de matrimonio (Arangio-Ruiz, 1930, p. 61)¹: el de pleno derecho, en el que se llevaba a cabo una donación nupcial a la mujer y la entrega de una dote a la familia de ésta; y por otro lado una suerte de contrato de alimentos que constituía un negocio exclusivamente patrimonial, pero que no era tanto un matrimonio «a prueba» o expectante, porque surtía los mismos efectos que el anterior entre los cónyuges y con respecto a los hijos habidos del matrimonio. La elección de una u otra forma no era una cuestión de voluntad porque el matrimonio de pleno derecho estaba vedado a los aristócratas. En Egipto, el carácter estrictamente privado del matrimonio determinó que el divorcio también lo fuera, dejando al margen los derechos hereditarios que sí se tenían en cuenta.

¹ ARANGIO-RUIZ, V. (1930), *Persona e famiglia nell diritto dei papiri*. Società Editrice Vita e Pensiero.

2. MATRIMONIO Y DIVORCIO EN GRECIA. LOS BIENES PARAFORENALES COMO EXPRESIÓN DE LOS BIENES PROPIOS DE LAS MUJERES Y SU PERSPECTIVA HISTÓRICO-JURÍDICA: CONSIDERACIONES ETIMOLÓGICAS DEL TÉRMINO

Según Martini (2005)² tampoco existía un término griego para designar el matrimonio no formal, ni mentalidad para distinguirlo: para los griegos la perfección del matrimonio se producía igualmente en dos tiempos, la instauración del vínculo, dotada de la *εγγύησης* (garantía) entre el futuro marido y el *κυρίως* (señor, dueño, normalmente el padre) de la novia y la concreción del contrato matrimonial; se evita en la regulación la donación nupcial a la mujer, porque es una costumbre de raíces orientales tendente a agasajar a la novia y que tiene por tanto la condición de dádiva; no es en ningún caso objeto de un negocio jurídico de contenido patrimonial, lo que definitivamente la distinguirá de la dote, que al ser un negocio jurídico da consistencia al vínculo.

Es en Grecia donde se regula socialmente primero y legalmente después, un matrimonio en el que la aportación económica de la mujer es meramente formal porque el esposo adquiere la dote para sí: es decir, la excluye de la vida pública y la recluye en el ámbito doméstico, de la casa; hasta el punto de ser símbolo de estatus social el hecho de que las mujeres de una familia no necesitaran salir de casa. Es símbolo de estatus social y una forma de controlarlas ya que, dependientes económicamente, se ven sometidas también moralmente y en su comportamiento³.

Sin embargo, aún con un panorama tan oscuro para que las mujeres tuvieran control sobre ellas mismas y sobre su patrimonio, se regulan derechos económicos, como la devolución de su aportación económica al matrimonio incrementada con un porcentaje concreto, siempre que se probara que el divorcio era unilateral y culposo por parte del varón, salvo si era por esterilidad de la esposa, lo que en definitiva constituía un repudio.

La regulación del matrimonio en Grecia tiene mucho más que ver con las alianzas sociales, políticas y económicas que se sellan con un vínculo público (el acto, la ceremonia) garantía de reconocimiento del resto de los miembros de la comunidad. El griego, se inscribe aún den-

² MARTINI, R. (2005), *Diritti greci*. Zanichelli.

³ LIDA DE MALKIEL, M. R. (1950), «La dama como obra maestra de Dios». *Estudios sobre la Literatura Española del siglo XVI*. Ediciones José Porrúa Turanzas (179-290).

tro de un sistema jurídico arcaico en el que la relaciones entre los grupos son de tipo clientelar: cualquier negocio jurídico se pacta por medio de un juramento entre un superior (patrono, el que recibe a la mujer) y un inferior (cliente, el que la entrega); el patrono, protege al cliente y éste le presta sus servicios. La entrega de la mujer actúa como garantía, por lo que, en esta transacción, la virtud de la mujer se impone incluso al derecho económico, pero íntimamente relacionado con aquel, porque es el medio para afianzar que la transmisión patrimonial es legítima. Esto, será una constante a lo largo de la Historia hasta tiempos bastante recientes, con la clara intención de poder oponer sin riesgo ante la comunidad, la legitimidad de la prole que hereda.

La relación normativa matrimonio-divorcio, está mediatizada por el régimen económico matrimonial adoptado; si la entrega de una cantidad económica en forma de dote constituye el matrimonio, deberá regularse su propiedad y administración constante matrimonio; y deberá establecerse como se restituyen y/o reparten los bienes cuando se produzca el divorcio y si conviene el reparto a los intereses económicos de las familias y por ende, del Estado. Por eso, se regulan los bienes parafernales (privativos de las mujeres) como elemento tangencial al régimen económico matrimonial, como el derecho a tener algo propio, íntimo, al margen del negocio jurídico.

«*Paraferna* son llamados en griego todos los bienes e las cosas, quier sean muebles, o raíces, que retienen las mugeres para si apartadamente, e non entran en cuenta de dote...» dice el Rey Sabio en la Partida 4,11,17. Griego, por tanto, se supuso su origen. No tanto griego sino egipcio, cabría rectificar, pues en derecho propiamente ático, nunca tuvieron las mujeres patrimonio propio en el sentido que tienen los bienes parafernales, porque se evitaron las donaciones personales de origen oriental: la falta de capacidad de obrar de la mujer casada en Grecia impedía que se regularan este tipo de bienes, que requiriesen la administración por parte de su dueña y no se les otorgaba ningún valor económico; lo demuestra además el texto de Iseo⁴ analizado profundamente por la doctrina que se refiere a los derechos económicos de la dote en los siguientes términos:

«Pues, ¿qué provecho iba a obtener él del matrimonio, si estaba en manos del marido repudiar a la mujer cuando quisiera? Y es evidente, ciudadanos, que éste habría podido hacerlo, si no acordó recibir ninguna dote junto con

⁴ JIMÉNEZ LÓPEZ, M. D. (2015) (Tr), *Iseo. Discursos*. Biblioteca Clásica Gredos.

ella. Y a pesar de ello ¿en estas condiciones Nicodemo habría entregado a su hermana en matrimonio a nuestro tío, sabiendo como sabía que durante todo este tiempo ella no había tenido hijos y que la dote convenida le correspondía a él, según las leyes, si a su hermana le pasaba algo antes de tener hijos?» (Jiménez, 2015 p. 102-103).

Castelli (1913)⁵ recoge el primer documento en el que aparece la palabra *Παραφερνα* y se trata de un contrato matrimonial en el que este concepto se antepone al de dote:

[-ca.?- έτους....] καὶ τεσσαρακοστοῦ τῆς
[Καίσαρος κρατήσε]ως θεοῦ υἱοῦ μηνὸς Αὐδναίου
[. ἐν κώμῃ Θεα]δελφείᾳ τῆς Θεμιστοῦ μερί-
[δος τοῦ Ἀρσινό]ιτου νομοῦ. ὁμολογεῖ Φιλώ-
5[τας τοῦ δεῖνα Π]έρσης τῆς ἐπιγονῆς τῇ προ-
[ούσῃ αὐτοῦ γυ]ναικεὶ Ταπετερμούθι Φαήσιλο/ς
[μετὰ κυρίου Ἡ]ρακλείδου τοῦ Δωρίωνος
[ἔχειν παρ' αὐτ]ῆς ἐφ' ἑατῇ φερνήν ἀργυρίου
[δραχμὰς ἐκ]ατὸν χωρὶς παραφέρων⁶

En cualquier caso, parece claro que el concepto y la terminología son de origen oriental: los «*paraferna*» estaban constituidos por objetos preciosos, telas, perfumes, joyas y todo aquello propiamente femenino que la mujer utilizaba en su aderezo personal y que utilizaba con motivo de las nupcias: «Tres días después de las nupcias, cuando la Basilisa va a tomar el baño al palacio de Magnamara, toda la ciudad forma hilera en los jardines y la acompaña. Ceremonia curiosa. Los siervos portan estuches de perfumes abiertos, joyeros, vasos, peinadores; tres damas de honor sostienen en sus manos, como símbolo de amor, sendas manzanas rosadas incrustadas en oro» (Prensa Española, 1971, p. 16)⁷.

Castelli (1913) pone de manifiesto la relación que existe entre los parafernales de los papiros greco-egipcios y otras instituciones orientales que tienen como misión agasajar a la novia al contraer nupcias: es el caso de la *morgengabe* germana de la que Font i Rius (1950) indica se practicaba únicamente en el ámbito noble y consistía en regalos; recoge además las apreciaciones de Melicher, para el que era un símbolo de la aceptación personal y no familiar de la novia, y de Schultze que

⁵ CASTELLI, G. (1913), «I nei Παραφερνα papiri greco-egizii e nelle fonti romane». *Scritti iuridici*. Bonfante (ed.).

⁶ Papiro PSI I 36a, <https://aquila.zaw.uni-heidelberg.de/ddb/PSI;1;;36;a>.

⁷ PRENSA ESPAÑOLA (1971), *Las Inmortales*. Tomo VIII Irene. Prensa Española.

lo considera como una contradonación por el regalo de la mujer al marido consistente en la primera dádiva corporal⁸ y otras instituciones del código de Hammurabi⁹. Es más, dependiendo del lugar y del momento cronológico varían los bienes que en las escrituras de matrimonio constituyen los parafernales, pero siempre lo componen vestidos, joyas, oro, adornos, enseres domésticos. Si se avalúan en la escritura, no es para vender, sino para acreditar su existencia y la obligación de restitución que pesa sobre el marido en caso de divorcio.

En resumen, en Egipto, en el matrimonio noble o de pleno derecho, se llevaba a cabo una donación nupcial a la mujer y la entrega de una dote a la familia de ésta; en Grecia se evita la donación nupcial a la mujer dentro del negocio jurídico, despreciada por los gobernantes porque no tiene contenido patrimonial, pero se practica como acto social o ritual, sin contenido económico.

Por ese motivo la dote sí fue conocida por los griegos: el matrimonio es el fundamento de la estructura familiar y por tanto su régimen económico resulta esencial para sustentarla; se da extrema importancia a la dote que recibe el esposo junto con la novia. No existe un acto propiamente constitutivo del matrimonio, sino que la recepción de la novia entregada junto con la dote por su padre, hermano mayor o abuelo (en defecto unos de otros, lo que refuerza la idea del linaje), en la casa del esposo y el consiguiente inicio de la cohabitación, constituye el paso crucial para la perfección del matrimonio¹⁰.

La dote (φερνά), es lo que constituye el negocio jurídico; es la aportación de la mujer, considerada patrimonio propio formada por los bienes que eventualmente pueda haber recibido por herencia o por donaciones hechas por su familia con ocasión del matrimonio: sin embargo, no tiene la posesión de esos bienes que siempre usufructúa el esposo, pero de los que no dispone en sentido estrictamente jurídico (Martini, 2005) porque se reintegran a la esposa en su totalidad en caso de divorcio¹¹, aunque los frutos se asimilen al patrimonio del marido como usufructuario.

⁸ FONT RIUS, J. M. (1954), *La ordenación paccionada del régimen matrimonial de bienes en el Derecho Medieval Hispánico*. Reus.

⁹ PRIETO BANCES, R. (1976), «Los notarios en la sociedad legal de gananciales». *Obra Escrita* Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Oviedo (607-654).

¹⁰ MAFFI, A. (1997), *Il diritto di famiglia nel codice di Gortina*. CUEM.

¹¹ ARNAGTOGLOU, I. (1998), *Ancient greek laws*. Routledge.

Las dádivas con ocasión del matrimonio, si existieron en derecho ático aunque fuera del régimen económico matrimonial propiamente dicho, a las que según los estudios tradicionales se les denominó *prox*, siempre contrapuesto al término *pherne* (φερνα) que tuvo un significado técnico, nunca utilizado en lenguaje vulgar: para estos autores, si hablamos de *pherne* tenemos la percepción de estar hablando de los bienes patrimoniales propios de la mujer, por tanto, la *prox* no será sino una parte de la *pherne*, aunque «se refieren en realidad a dos instituciones jurídicas distintas que se desarrollan en distintas áreas geográficas y cronológicas», según estima Arnaldo Biscardi (1999)¹², que se confundieron posteriormente en la interpretación y transmisión del derecho.

En el papiro florentino que estudia este autor, aparecen esos dos términos y otro más, *cosmos* como «atavio» u «ornamento», que acompaña siempre a la *pherne*. Pero a lo que invariablemente se refiere el *petitum* de las demandas de divorcio, es a la *prox*; término amplio que englobaría a los otros dos.

Entonces, cabe preguntarse qué relación etimológica tienen estos términos para producirse la equivalencia *pherne*=*dos*=*dote* que llegó hasta nuestro derecho histórico relacionado siempre con los bienes de la mujer casada. Siguiendo siempre el razonamiento de Biscardi (1999), durante un amplio periodo de tiempo prevalece el significado de *pherne* como aportación matrimonial de la esposa, en general. Es una noción amplia de dote, sólo válida para la mitología y la literatura por influencia de la noción hebraica de la versión bíblica y que por extensión se utiliza no como término técnico, sino cotidiano. El concepto *pherne* es distinto del de *cosmos* en el papiro florentino, pero en derecho egipcio el concepto de *ornamenta* (es decir, *cosmos*) aparece englobado en la dote: comienza en esta época a hablarse de *parafernales* no como un simple anacronismo, sino para designar la aportación patrimonial personal de la mujer.

¹² BISCARDI, A. (1999), *Proix et Pherne alla luce di un nuovo papiro fiorentino*. Scritti di diritto greco Instituto de Derecho Romano.

II. Derecho Romano y Justiniano

1. MATRIMONIO Y DIVORCIO EN LAS DISTINTAS ÉPOCAS DE ROMA. RÉGIMEN ECONÓMICO: ASIMILACIÓN CONCEPTUAL DEL PECULIO AL CONCEPTO DE «PARAFERNALES» DEL DERECHO GRIEGO

En el Derecho romano, el derecho de familia fue un pilar indiscutible en la estructura jurídica del derecho de propiedad, el que determina la condición de *ciudadano*, porque la condición de *ciudadana* se otorga en función de la ciudadanía de su *paterfamilias*. La mujer no puede ejercer su ciudadanía por y para sí misma, sin embargo, sí está capacitada para transmitirla a sus hijos varones. Su función se circunscribe a *hacer ciudadanos*¹³: ellas transmiten su *status* jurídico, porque su capacidad de reproducir la comunidad conforma la base de la propia ciudad como institución política, es decir constituyen el soporte natural de la comunidad, integrándose en ella a través de la función reproductiva.

Esta circunstancia, constituye en sí misma una forma de segregación de las mujeres: sólo las que provengan de familias patricias pueden transmitir la ciudadanía, considerando a las que no provienen de este tipo de familias, como mujeres de segunda clase, y por lo tanto acreedoras de vejaciones y humillaciones sentando las bases de la relación virtud femenina-ciudadanía, que se prolongó durante la Edad Media y Moderna, pero que tuvo su máximo esplendor con la llegada de la burguesía al poder.

Según Iglesias (2024, p. 337) la familia romana (familia *proprio iure*) «es un cuerpo social» en el que todos sus miembros están sometidos a una misma autoridad, el jefe, o *paterfamilias*, señor o soberano del grupo familiar. Ulpiano define la familia *communi iure dicta*, como el «conjunto de personas que, por naturaleza o por derecho, están bajo una misma potestad». Cuando el *paterfamilias* fallece, los que estaban sometidos empiezan a constituir sus propias familias (*propio iure*) unidas por un vínculo agnaticio que dará lugar a la *civitas* por «razones políticas de orden y de defensa» (Iglesia, 2024, p. 337).

El *paterfamilias* gozaba de autoridad funcional sobre todos los miembros, del poder de la *manus*, es decir la autoridad sobre la persona

¹³ MARTÍNEZ LÓPEZ, C. (1999), «Y parirás hijos para gloria de Roma: las mujeres y la ciudadanía en la Roma Antigua», *Género y Ciudadanía: revisiones desde el ámbito privado. XII Jornadas de Investigación Interdisciplinaria* [SÁNCHEZ MUÑOZ, C.; ORTEGA LÓPEZ, M.; VALIENTE FERNÁNDEZ, C. (ed.) (143-162)].

y los bienes de su esposa, prole, y servidumbre; es decir, todos los integrantes de la casa; Iglesias (2024, p. 338) reproduciendo a Séneca, recoge que «nuestros mayores consideraron la casa como una pequeña república», o lo que es lo mismo, la familia se organizaba según los criterios que antiguamente se utilizaron para regir la ciudad.

En la familia un sujeto puede integrarse por nacimiento o acto jurídico, y en este último caso, por adopción o por matrimonio: es la denominada *conventum in manum*, por la que la mujer entra a formar parte de la familia del marido, rompiendo la vinculación jurídica con su familia biológica, y lo puede hacer como una hija (*loco filiae*, si contrae matrimonio con el *paterfamilias*) o *neptis loco*, (si lo hace con el hijo del *paterfamilias*). Esta *conventum*, puede realizarse de tres formas: *farreo*, *coemptio* y *usu*.

En momentos concretos de la historia de Roma, hay una cierta permisibilidad en cuanto al matrimonio, al divorcio y a la legitimidad de la prole; no es extraño puesto que la amplitud del territorio, la heterogeneidad de los pueblos que componen el Imperio (*ius gentium*) y el largo periodo de tiempo que se analiza, hacen que no se pueda unificar un concepto tan incardinado en la sociedad, que varía con ella. Pero las normas matrimoniales aplicadas a los patricios, ciudadanos romanos por excelencia y ostentadores del poder político y económico, fueron mucho más estrictas. Por eso, las fuentes romanas utilizan distintos vocablos para referirse al matrimonio (Fernández, 2017, p. 173): *matrimonium*, *nuptiae*, *consortium*, *societas*, *pactum*. Además de la definición de Ulpiano, se conserva otra definición, atribuida al jurista Modestino en Digesto 23,2,1, que incluyó posteriormente Graciano en su Decreto y reza así: «el matrimonio (...) es una unión de un hombre y una mujer, una comunidad para toda la vida, y una puesta en común del derecho divino y del derecho humano».

Según Fernández de Buján (2017, p. 176) «en los primeros siglos de existencia de la comunidad política romana, la mera situación de convivencia de hecho, con carácter estable, entre dos personas de distinto sexo, con intención de constituir un matrimonio (...) no produce por sí misma efectos jurídicos», salvo el sometimiento de la mujer al marido.

Por eso, en la época arcaica, el matrimonio contraído a través de *conferratio* (*farreo*), se constituye en una forma de asegurar esos efectos jurídicos, a través de una ceremonia religiosa celebrada ante diez testigos y el sacerdote de Júpiter, mediante la pronunciación de palabras solemnes, en las que hay una ofrenda de pan de trigo a la diosa Ceres.

Se empleó masivamente entre los patricios hasta el siglo II a.C. en que Tiberio abolió sus efectos civiles. Generalmente este tipo de vínculo va precedido de los esponsales (*spontio*) o promesa de matrimonio que se formalizan entre el futuro marido y el *paterfamilias* de la futura esposa en lo relativo a los derechos económicos y dando lugar a una situación personal asimilable al matrimonio en cuanto a deberes de fidelidad de la novia. Séneca explicaba en su libro «De Matrimonio»

«... aún después de pactarse el enlace no podían besarse los esposos sino después de hacer sacrificios a Ceres y cantar himnos, y si alguno estando solo y no en presencia de ocho parientes o vecinos, besaba a la novia, aunque en derecho podía llevársela como esposa, estaba autorizado el padre para privar a la hija de la tercera parte de su haber hereditario»,

instituyendo la denominada «ley del ósculo» que permaneció vigente en nuestro derecho hasta la promulgación del Código Civil de 1889.

El matrimonio es la base de un acto generativo necesario que ha de preservar el pudor de la *moglie* (que se convierte con ese acto en *uxor*) por lo que se iniciaba con un rito de carácter mágico-religioso y de contenido jurídico mediante el cual se ponía a la mujer bajo la tutela del marido y se producía su entrada formal en la familia de éste. Este rito, introduce el concepto de dependencia, el matrimonio *cum manu* basado en la *conferratio*, el compromiso o la promesa de marcado carácter ético.

En la época clásica, la *coemptio*, se convierte en la forma principal de contraer matrimonio: consiste en una suerte de compra fingida de la mujer, que también cae en desuso entre el siglo II y el I a.C. Finalmente el *usus* es una forma de adquirir la *manus* sobre la mujer cuando el marido ejerce de hecho esta potestad a lo largo de un año sin oposición de la esposa (como una *usucapión* en derechos reales), pero ésta puede interrumpir el plazo si se aleja de la casa durante tres noches seguidas, en lo que se denomina *trinocti usurpatio*¹⁴, dando lugar a una unión *sine manu*, es decir sin dependencia económica, en la que el consentimiento es el elemento principal y suficiente para contraer matrimonio.

Los requisitos del matrimonio romano clásico, para ser considerado válido o legítimo, son:

¹⁴ Gayo I, 110 & BERGER, A. (1953), *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*. The American Philosophical Society.

- a) La capacidad jurídica para contraer (*connubium*). Es necesario gozar del *status libertatis* y *status civitatis*; por ende, no pueden contraer matrimonio válido los patricios/as con libertos/as o con plebeyos/as, porque estos no gozan de uno de los dos *status*, o de ninguno; la unión con un liberto/a, será considerada *contubernio*.
- b) La capacidad natural, física y mental. No pueden contraer los impúberes ni los perturbados.
- c) El consentimiento de los esposos, que se determina en la *affectio maritalis*.
- d) El consentimiento del *paterfamilias* cuando alguno de los contrayentes no es *sui iuris*. Si la mujer es sujeto de derecho, deberá ser consentido el matrimonio por su tutor, en virtud de la *tutela mulierum*.

La existencia de requisitos determina a *sensu contrario* la de impedimentos, que pueden ser absolutos (el voto de castidad, el matrimonio precedente o la esclavitud) o relativos (como el parentesco y la afinidad o la viudedad).

El matrimonio romano se fundaba en la voluntad de las partes (*affectio maritalis*) y ya se distinguían dos tipos de efectos (Gioffredi, 1980, p. 113)¹⁵: los personales, basados en la voluntad de cohabitación; y los económicos, basados en la entrega de la dote, que irán cambiando con el paso del tiempo: la mujer se subordina al marido (además de al *paterfamilias*) porque a él le corresponde la defensa jurídica de la esposa frente a terceros, desde los esponsales. En base a estos efectos, se prohíben los matrimonios sucesivos, constante el primero de ellos, estableciéndose sanciones para los que no cumplan, todas ellas de carácter patrimonial (*Novellae*, 22) y prohibiciones para la viuda en beneficio de la legitimidad de la prole.

Frente a este tipo de matrimonio ritual, existen otros matrimonios que en virtud de la *trinocti usurpatio* dará lugar al matrimonio *sine manu* contraído por *usus*, porque el acto no tiene contenido jurídico, no es ritual, sólo es una unión con valor social en la que no hay dependencia económica: por eso se admitirá el divorcio y la posibilidad de que cada cónyuge goce de su patrimonio propio, muy extendido entre las clases no dominantes y en las segundas nupcias.

¹⁵ GIOFREDI, C. (1980), «Nuovi studi di diritto greco e romano». *Per la storia del Matrimonio Romano* (113-154). Pontificia Univesitas Lateranensis.

Además, se reconocen las relaciones no matrimoniales, basadas sin embargo en una unión estable entre un hombre y una mujer que no manifiestan su *affectio maritalis*, es decir son uniones de hecho que carecen de los efectos de las «justas nupcias» (Fernández de B., 2017, p. 177), porque los contrayentes no tenían interés por asumir el compromiso o por imposibilidad legal (uniones entre patricio/a y plebeyo/a): son los concubinatos, que persiguió Augusto y rehabilitó Constantino y después Justiniano, otorgándoles los mismos requisitos e impedimentos que al matrimonio.

La legislación matrimonial de Augusto, en los inicios del Imperio, es prolífica y muy significativa: en el año 18 a.C., promulga la «*Lex Iulia de maritandis ordinibus*» y en el 9 a.C. la «*Lex Papia Poppa*». Se trata de una legislación muy exigente en beneficio de la perdurabilidad de Roma: se sanciona a las personas que permanezcan solteras y a las que no generen prole, aunque estén casadas. Y se dificulta procesalmente el divorcio, con el fin de evitar las rupturas matrimoniales.

El matrimonio romano es por lo tanto una unión con voluntad de permanencia; pero no prohíbe el divorcio, aunque la institución también varía en las distintas épocas. El vínculo se disuelve por fallecimiento de alguno de los cónyuges, por incapacidad sobrevenida (*capitis deminutio*) o impedimento sobrevenido y por cesación de la voluntad de seguir vinculados los cónyuges, es decir por cesación de la *affectio maritalis*. La institución va cambiando en las distintas etapas políticas: en la antigüedad no había formalidades más allá de la entrega de la dote para establecer el vínculo matrimonial, por lo tanto, la ruptura se aceptaba con la misma normalidad e incluso podían pedirlo cualquiera de los cónyuges. El divorcio no está sujeto a ninguna formalidad declarativa (lo mismo que el matrimonio), salvo el aviso a la otra parte, de palabra, incluso a través de un tercero.

El Derecho Romano clásico distingue entre *divortium* y *repudium*. Durante la República se extendió esta facultad también a las mujeres obligando al marido a dejarlas libres. No fue una institución muy extendida, salvo en esta época de finales de la República e inicios del Imperio cuando la legislación augustea, muy apegada a la restricción en materia matrimonial, establece una limitación procesal que lo dificulta; Augusto introdujo algunos cambios tendentes a la formalización del divorcio, para limitar los incausados: se requerían siete testimonios de personas que avalaran la petición de divorcio, para pasar posteriormente a notificar una declaración formal.

Ya en la última etapa, durante del Imperio, llegó incluso a ser obligatorio el divorcio, en el caso de ser evidente y probada la conducta impropia de la esposa: había que normativizar la legitimidad de la prole como uno de los efectos fundamentales del matrimonio, frente a la regulación en tiempos de la República en los que el divorcio por común consentimiento (*communi consensu*), era la tónica general.

De esa forma, se asume que la pérdida de la dote de la esposa no se debe únicamente a su intervención en el comercio jurídico, sino que está también relacionada con su culpabilidad en las rupturas matrimoniales: a partir de Mesalina, la esposa adúltera del Emperador Claudio, la regulación sobre la pérdida patrimonial por divorcio se hace mucho más estricta sobre todo basándose en dos conceptos: la culpabilidad de la esposa y la legitimidad de su prole. Hay que castigar a Mesalina (y a todas las mesalinas de la Historia) por haber sido infiel al emperador y además por no haberse arrepentido de su adulterio: la legitimidad de los hijos está en entredicho, y con ello la transmisión de la propiedad y de los derechos hereditarios al trono (Ruiz-Domènec, 2003). Por lo tanto, como culpable de adulterio, se verá despojada de todo su patrimonio. La imagen de Mesalina, como la más pérfida e inmoral de las mujeres dio lugar a una regulación del matrimonio con un sentido muy estricto en lo relativo a la pureza, que informó toda la legislación occidental cristiana posterior.

El derecho postclásico continúa distinguiendo entre *divortium*, cuando media la voluntad de ambas partes y *repudium*, cuando la decisión de ruptura es unilateral y sin causa justificada. Justiniano reordena la materia, y establece cuatro figuras de divorcio (Iglesias, 2024, p. 352) *Divortium ex iusta causa* (por culpa de alguna de las partes) *divortium sine causa* (acto unilateral no justificado que se denomina *repudium* y conlleva sanciones pecuniarias como la pérdida de la dote) *divortium communi consensu* y *divortium bona gratia* (fundado en una causa no imputable a ninguna de las partes como la impotencia, la cautividad o la castidad).

Es significativo que en época romana siempre se aceptó el divorcio sin culpable para el matrimonio *sine manu*, en el que no había dependencia económica de la esposa, por ser aplicable el régimen de separación de bienes; sin embargo, se contempló la existencia de culpabilidad de la esposa adúltera en el régimen dotal: la esposa culpable perderá su dote en favor del mantenimiento de la descendencia que queda a cargo del padre, una vez repudiada ésta. Es más, el marido estaba obligado a divorciarse ante la actitud claramente promiscua de la esposa, e incluso

un tercero podía interponer la correspondiente denuncia para que el Estado actuara de oficio repudiando a la adúltera.

Por lo que se refiere a los efectos económicos del matrimonio, hay que distinguir tres regímenes sucesivos (Iglesia, 2024, p. 355) en Derecho Romano: el régimen de absorción, vinculado al matrimonio *cum manu* por el que los bienes de la mujer pasarán a formar parte del patrimonio del marido; el régimen de separación de bienes, propio del matrimonio *sine manu* por el que la mujer conserva la propiedad de sus bienes llevados al matrimonio o adquiridos por herencia, legado o donación; y el régimen dotal que determina la existencia de distintos patrimonios de los cónyuges con vinculaciones también diversas.

Toda la regulación que se hace de las aportaciones económicas está destinada a asegurar económicamente no ya a la mujer casada (o divorciada, repudiada) sino el patrimonio que el *paterfamilias* hubiese entregado a una mujer de su clan en el momento del matrimonio: es decir, se asegura que el patrimonio invertido en ese pacto revierta a su legítimo dueño en caso de ruptura (conyugal) del mismo.

En el *ius civile*, aplicable a la clase patricia, en la época de la República se regulará el denominado *ius uxorium* para garantizar el derecho de restitución de la dote generalmente utilizada por el esposo o la familia de este para realizar negocios jurídicos; dentro del *ius uxorium*, la *tutela mulierum* se estableció como una forma de excluir la responsabilidad patrimonial a la esposa que no interviene en los negocios jurídicos de su marido por más que los bienes aplicados en dicho negocio fueran suyos, liberándola de responsabilidades y garantías. Durante los primeros tiempos de la República, Quinto Mucio Scevola acuñó el concepto contenido en la *praesumptio muciana*, que presumía que todos los bienes de la esposa adquiridos durante el matrimonio se habían obtenido a través de los negocios jurídicos del marido, y éste se los cedía a través de disposiciones *mortis causa* (parata): comprendía joyas, vestidos, útiles de trabajo, menaje. Esta figura, relacionada con el matrimonio *cum manu*, evolucionó hacia legados parciales porque el matrimonio *sine manu*, prohibía las donaciones entre cónyuges. Así, se distinguen distintos tipos de legados¹⁶:

— *Penus*: provisiones de comer o beber contenidas en la despensa, así como carbón o leña.

¹⁶ OTERO VARELA, A. (1960), «Aventajas o Mejorías», *Anuario de Historia del derecho*, núm. 30 (491-552).

- *Mundus*: todo lo que servía para el embellecimiento y adorno de la mujer, y útiles de tocador, que se dividió en:
- *Ornamenta*: joyas y adornos.
 - *Vestimenta*: ropas y vestidos.

En el avance del derecho romano, la *tutela mulieris* se ve sustituida por *el ius liberorum* proclamado por Augusto, y resultará definitivamente abolida en tiempos de Constantino por considerar que su finalidad inicial de preservar el derecho de las mujeres ya no se consigue y sí se coarta su libertad de actuación al no poder realizar ningún negocio jurídico por sí misma; aunque por vía notarial continuó en vigor, según García Garrido (1985)¹⁷ por tradición, ya que la separación de los bienes de los cónyuges hacía innecesaria la reserva de la dote para garantizar el patrimonio de la mujer en caso, no ya solo de viudedad, sino también de divorcio.

De esa forma, se asume que la pérdida de la dote de la esposa se debe únicamente a su intervención en el comercio jurídico. Pero la pérdida de la dote, sin embargo, está también relacionada con la culpabilidad de la esposa en las rupturas matrimoniales, a partir del Emperador Claudio.

La estructura del patrimonio en el régimen dotal responde a los siguientes caracteres: la dote (*dos* o *rex uxoria*), es el conjunto de bienes o cosas singulares de la mujer entregadas al marido con el fin de atender a las cargas del matrimonio; apegado al matrimonio *cum manu*, los bienes entregados se consideraron propiedad del marido. Pero la falta de diligencia o los abusos hicieron que se introdujera una cláusula en el contrato matrimonial en la que este se obligaba a la restitución de la dote en caso de disolución del matrimonio. Ya en época de la República, esta cláusula particular se convierte en ley, y el marido es un mero usufructuario de los bienes dotal.

No hay una pervivencia del concepto de *proix* en Roma, sino que ambos *proix* y *pherne* se traducen por *dos*, porque *de facto* la mayor parte de la aportación matrimonial de la esposa se destina a levantar las cargas del matrimonio, que es lo que interesa al derecho romano, prescindiendo de los bienes ornamentales o efectos personales que se supone se haría solamente en caso de familias muy adineradas. Así la sucesiva oscilación en Egipto por efecto de la dominación territorial, de la *pherne/proix* griega a la *dos* romana cómo una proyección de aquella,

¹⁷ GARCÍA GARRIDO, M. J. (1985), *Derecho Privado Romano*. Dickynson.

llevó a la simplificación egipcia *dos* equivalente a *pherne*, lo que posteriormente se perpetuó en el derecho bizantino (justiniano) y se prolongó con la RDC.

Por lo que se refiere al patrimonio conyugal, de los bienes que no son dotales, lo que los romanos denominaron *peculio* y que Bonfante relaciona con la institución romana más moderna del matrimonio *sine manu*, García-Garrido (2003) considera que

«Originariamente el filius y la filia eran plenamente incapaces patrimonialmente. En el derecho clásico para todos los sometidos a potestad servía la regla de que no podían tener nada propio y que todas las adquisiciones reversion al padre (...) Sin embargo, ya en el derecho clásico se van dando excepciones a esta situación de incapacidad [de las hijas] se la considera “particuloiceps et quasi socia obligationis patris”» (p. 12)¹⁸.

El *peculio* constituye por lo tanto un patrimonio autónomo y separado de los restantes bienes del paterfamilias, gozado y administrado por el esclavo o hijo de familia. La hija, lo mismo que los demás *alieni iuris* puede ser sujeto del *peculio* integrado por los bienes que le confía el padre. El *peculio* de la hija casada *sine manu* es independiente de la dote; ésta, será de plena disponibilidad del marido para sostener las cargas, frente al *peculio* propiamente dicho que mantiene su autonomía: los bienes peculiares, se convierten por tanto en extra-dotales (García Garrido, 1982, p. 13).

En cuanto a los bienes parafernales se produce una asimilación conceptual del *peculio* al concepto de «parafernales» del derecho griego; son por tanto distintos en su origen de los bienes dotales, sobre los que nunca ha existido discusión acerca de los derechos que sobre ellos tiene el marido: para unos estudiosos es una aportación para sostener las cargas del matrimonio; para otros una suerte de subsidio en caso de viudedad, pero siempre sustentados por el negocio jurídico. Constantino da un vuelco a la institución al considerar necesaria para la perfección del matrimonio, no sólo la entrega de la dote, sino también la «contradote» como garantía de los bienes de la mujer.

Ahora bien, cabe preguntarse si esos bienes extradotales romanos coinciden con los parafernales greco-egipcios. Hay que recordar que se había concluido que los parafernales desde lo más antiguo que se había rastreado constituían bienes preciosos, regalos, adornos; García Garrido

¹⁸ GARCÍA-GARRIDO, M. J. (1982), *El patrimonio de la mujer casada en el Derecho Civil: la tradición romanística*. Dickynson.

afirma que el derecho romano distinguió ambos tipos de bienes según el modo en que transmitían: por *illatio* se adquirían los bienes muebles que constituía parte del ajuar, muy distinto de *traditio* necesaria para adquirir bienes inmuebles y créditos, entre los que estaría el *peculio*.

Sin embargo, comúnmente se asimilan: existe una confusión entre ambos términos, incluso por necesidades de traducción asemejando el término compuesto por los vocablos *para* y *phernon* con los de *extra* y *dotal*, puesto que la correlación semántica de ambos es casi idéntica y en ambos casos se trata de bienes propiedad de la mujer y que administra ésta, independientemente de los dotales que aporta al matrimonio y gestiona el esposo.

Así *parafernales* serían equivalentes a *extradotales*, máxime si nos detenemos en la interpretación que hace una Sentencia de Ulpiano que los asimila: «En cambio las cosas que se dan en lo que los griegos llaman “parafernales” (Παραφερνα, en griego) y los galos llaman “peculio”...» y que García-Garrido hace suya al comentar «es decir, extradotales».

De este modo tendríamos tres términos que designarían la misma cosa: parafernales, peculiares y extradotales. Escoger uno u otro sería una simple cuestión de estilo y de gusto. O estar revestida la decisión de una intencionalidad concreta.

En este punto del análisis se debe contar con el viejo problema de las interpolaciones¹⁹, que en la institución que nos ocupa adquiere una enorme importancia, pues Justiniano al acometer la gran obra jurídica de recopilación y organización del derecho romano clásico, pretendió hacer ciertas mejoras en la institución del matrimonio, y de otras relacionadas, como la tutela, el divorcio, la dote y el régimen patrimonial. Luego es muy probable que sea una asimilación hecha por Justiniano y no realizada en el Derecho Romano Clásico.

En lo relativo a la dote, el derecho justinianeo hace recaer la obligación de constituir la dote en el padre de la novia por entrega efectiva a través de *traditio* antes del matrimonio o mediante la promesa de entrega. Durante el matrimonio pertenece al marido, pero a través de la jurisprudencia (glosa e interpolaciones) los juristas consideran que éste solo será acreedor de los frutos que genere la dote, siendo la propiedad

¹⁹ *Nota de la autora*: Las interpolaciones eran alteraciones realizadas por los compiladores y glosadores altomedievales y de modernos en las obras de los juristas que citan al analizar instituciones, leyes o principios jurídicos que a su juicio eran necesarias de acuerdo a las nuevas circunstancias históricas.

exclusivamente de la esposa. La antigua *stipulatio* por la que se aseguraba la dote por parte del marido, se realiza a través de la entrega de bienes a la esposa antes del matrimonio *ante nupcias* o durante el matrimonio *propter nupcias*. Celebrado el matrimonio, el marido pierde estos bienes si deviene la disolución por divorcio culpable, y los gana si la culpabilidad recae en la esposa.

Recapitulando, en Derecho Romano, durante los primeros tiempos de la República, Mucio Scevola acuñó el concepto contenido en la *praesumptio muciana*, que presumía que todos los bienes de la esposa adquiridos durante el matrimonio se habían obtenido a través de los negocios jurídicos del marido, liberándola de responsabilidades y garantías en virtud de la *tutela mulierum*. El *ius uxorium*, garantizaba el derecho de restitución de la dote, como límite de esos negocios jurídicos del marido para asegurar el patrimonio de la mujer en caso no ya sólo de viudedad, sino también de divorcio.

Junto a ellos los bienes peculiares son «... independientes de la dote, que será de plena disponibilidad del marido, frente al peculio que mantiene su autonomía: el peculio está constituido por los bienes que la hija (esposa) continúa administrando, independientemente de la dote que es entregada al marido: los bienes peculiares se convierten en propios y por tanto en extradotales» (García Garrido, 1983, p. 13).

En época del Imperio el patrimonio de la mujer ya está compuesto por tres tipos de bienes: dotales, a disposición del marido; parafernales, constituidos por ajuar y otros bienes propios que la mujer puede o no entregar al marido para su administración; y donaciones *propter nupcias* (con ocasión del matrimonio, generalmente regalos) que se ven limitadas por la legislación de cada momento.

Se regulan los parafernales, y no aparece por ningún lado la denominación de «peculio». Sin embargo, los romanos hacen distinción de los bienes basándose en la administración: los parafernales administrados siempre personalmente por su dueña, y ese otro tipo de bienes propios cuya administración puede encomendar a su marido (el peculio). De hecho, Claudio que había declarado la responsabilidad patrimonial de las mujeres en sus propios negocios jurídicos para despojar a su esposa Mesalina, establece en el año 46 d.C. mediante el *senadoconsulto Veleyano*, y en plena época del *ius liberorum*, la prohibición a las mujeres casadas de garantizar o afianzar cualquier obligación o negocio jurídico de sus maridos con sus bienes propios.

La variación etimológica acerca de los parafernales, se opera por lo tanto en época de Justiniano y no en el derecho romano clásico; esta

variación no es, a mi juicio, gratuita y determinará en el futuro la consideración que se tenga de los bienes propios de la mujer casada: mientras que en el derecho antiguo los bienes que se entregaban a la mujer con ocasión del matrimonio eran bienes preciosos, aderezos, perfumes, vestidos, joyas o esclavos para su atención personal, lo cual perdura incluso hasta el derecho visigodo con la institución de la *morgengabe*, cuyo sustrato es siempre el premio a la mujer por su entrega, el hecho del agasajo de tintes orientales, la compra en definitiva o la contraprestación a la virginidad de la mujer, en derecho romano es innegable que el carácter patrimonial de la entrega está presente: el sustento más que el agasajo, el cultivo del patrimonio, del negocio jurídico en definitiva o del deseo del paterfamilias de perpetuar su propio patrimonio en la persona de su hija de forma independiente a la institución obligatoria de la dote que se entrega a otro paterfamilias, a un extraño a su propia estirpe, que es lo que constituye el peculio en definitiva.

Los *otros* bienes son otra cosa; ya que ni siquiera necesitan la *traditio* para transmitirse, son regalos, y se transmiten mediante *illatio*. Esta consideración se resume en la denominación que el derecho romano hace de estos bienes: *extradotales*, fuera de la dote que a nuestro derecho histórico llegan por efecto de las interpolaciones como *cuasidotales*, es decir «cerca de la dote», pero no «fuera de la dote».

2. TRATAMIENTO ROMANIZADO DE LOS PARAFORENALES DESDE LA CONCIENCIA ORIENTAL DE JUSTINIANO

En Derecho Justiniano podemos hablar de un tratamiento romanizado de los paraforenales, pero desde su conciencia oriental cuando acomete una profunda reforma del matrimonio: «Matrimonio es la unión de hombre y mujer, comunidad de la vida toda, comunicación de derecho divino y humano»²⁰. De derecho divino y humano, pero no de bienes. La legislación justiniana favorece la propiedad exclusiva de la mujer sobre sus bienes, que denomina paraforenales; es decir que toma el sentido del término romano no el griego, y el espíritu inicial de la institución: la mujer tiene capacidad legal para administrar sus bienes paraforenales, «Decretamos por esta ley que el varón, en aquellas cosas que la mujer tiene fuera de la dote, y que en griego se llaman *paraferna*, no tenga ninguna comunicación, si ella lo prohíbe, a no ser que alguna

²⁰ Digestos 23,2,1.

necesidad lo exija» se establece en Código 5,14,8, recogiendo la Constitución del año 450 de Teodosio y Valentiniano.

Aunque seguidamente abre la posibilidad de que ceda la administración al marido

«porque, aunque parece justo que la mujer, puesto que ella misma al marido se entrega, consienta que sus cosas por igual arbitrio sean gobernadas, sin embargo, como los que forman las leyes conviene que consideren la equidad, de ningún modo queremos, como queda dicho, que, prohibiéndolo la mujer, el marido se mezcle en los parafernales.»

Justiniano, que había adoptado el vocablo griego por razones obvias, sin embargo, asume el espíritu del Derecho Romano: son bienes propios de la mujer, en ocasiones de gran valor económico o negocios lucrativos que deben ser gestionados y por tanto su dueña debe manifestar expresamente su deseo de que esa gestión sea llevada a cabo por un tercero, su marido. Justiniano, que trata de modernizar el derecho romano clásico, ajustándolo a su tiempo y a la doctrina de la Iglesia, abre una vía para que la administración se atribuya al marido: vía que aprovechará la Iglesia Católica para conducir las interpretaciones posteriores hasta el punto de ser la administración masculina la establecida legalmente.

Precisamente de esta administración comenzarán a surgir las cuestiones cómo a quién pertenecen los frutos, ampliamente debatida también durante la RDC, que, a través de la Glosa, medio idóneo para estos comentaristas para vaciar de contenido un derecho que por evidencia reconocen, discuten de manera interminable diferentes posibles interpretaciones. Pero Justiniano, preocupado por preservar los derechos femeninos en una época en la que ya ha sido abolida la *tutela mulierum* obliga a la restitución de los bienes mediante la constitución de hipoteca sobre los bienes propios del administrador-esposo:

«Si la mujer le hubiere dado a su marido los títulos, esto es, las cauciones de préstamos a interés, que se hallan fuera de la dote, para que en calidad de parafernales permanezcan en poder del marido, y esto se hubiere consignado en el instrumento dotal, se preguntaba si acaso tendría el marido algunas acciones de estas, ora directas, ora útiles, o si permanecerán todas en poder de la mujer, y en qué eventualidad se le han de dar al marido las acciones. Así, pues mandamos, que si aconteciere alguna cosa como esta, permanezcan ciertamente de todos modos las acciones en poder de la mujer, pero se le de al marido licencia para promover ante los jueces competentes las mismas acciones, sin que se le haya de exigir ninguna ratificación, y para gastar ciertamente los inte-

reses de dichos bienes en él y en su mujer, pero para reservar para su mujer las cantidades del capital, que hubiere exigido, o para distribuir las en los objetos que ella misma hubiere querido. Y si verdaderamente en el instrumento dotal se consignaron especialmente por ellos hipotecas por el marido, conténtese con estas para su seguridad la mujer. Mas si en manera ninguna se hallase esto escrito, tenga por la presente ley nuestra hipoteca sobre los bienes del marido, desde que él exigió las cantidades. Porque antes, tenga la misma mujer facultad si quisiere, para promover las mismas acciones, ya valiéndose de su marido, ya por medio de otras personas, para percibir sus propias cantidades, y para recibir de su marido las mismas cauciones, dándole a él la competente seguridad. Pero mientras las mismas cauciones permanecen en poder del marido, debe el marido prestar respecto a ellas el dolo y la diligencia que se viere que tiene en sus propias cosas, para que por su malignidad o su desidia no le sobrevenga algún quebranto a la mujer. Y si este le acaeciere, será el mismo compelido a resarcirlo con sus propios bienes»²¹.

La legislación de Justiniano ya no versa sobre regalos y agasajos, por valiosos que éstos fueran: se trata de proteger un patrimonio ajeno que, en virtud de un mandato, un tercero administra; el hecho de que entre mandante y mandatario haya una relación conyugal, pasa aquí a un segundo plano. Se abre la posibilidad de la administración masculina, se aconseja en virtud de un principio superior cómo es la entrega física de la mujer, pero el patrimonio es otra cosa: el marido tiene la posibilidad de realizar negocios jurídicos con un patrimonio ajeno, lo cual puede enriquecer al mandatario, pues adquiere los frutos ya que

«si se hubieran percibido los frutos durante el matrimonio, no serán de la dote; pero si se hubieran percibido antes de las nupcias, se aplican a la dote, si acaso no se convino otra cosa entre el futuro marido y la mujer destinada, porque entonces no se devuelven los frutos, como si se hubiera hecho donación de ellos»²², asimilándose ya a la dote; como también existe la posibilidad de que el patrimonio se pierda o se diezme, se exige la garantía: para proteger a la mujer, sí; pero no tanto como esposa, sino como mandataria.

El concepto de *parafernalia* romano, como traducción de lo que ellos denominaban bienes peculiares así lo demuestra: el peculio era un patrimonio que la mujer administraba por su cuenta y del que obtenía un beneficio. Este peculio según Ulpiano era *extradotal*, y llega a decir «... lo que los griegos llaman “parafernalia”...» De ahí el empeño de Justiniano para asegurarlo, pues los otros bienes, los parafernalia orien-

²¹ Código 5,14,11.

²² Digesto 23,3,7.

tales, egipcios, antiguos, eran bienes del dominio femenino, constituían su privacidad, «*sus cosas*», las «*cosas de mujeres*» que no eran susceptibles de protección jurídica por la sencilla razón de que quedaban fuera del ámbito de lo público (como en Grecia) y que estaban íntimamente ligados a la entrega física propiamente dicha; y a la pureza. Por eso se otorgan y se despoja de ellos si la pureza se compromete.

Esa impronta de castigar económicamente a la mujer impura que ha sido infiel, adúltera o que simplemente se le ha supuesto esa conducta, es una constante en el derecho de tradición occidental, no sólo católica:

«... Esa pública humillación y pérdida del inmueble por motivos sexuales, recuerda mucho al régimen del 'free bench', tanto en el despojo de los bienes como en el reconocimiento expreso de la degradación aplicada (...) la viuda inglesa considerada deshonesto debía sufrir igual pérdida económica, pero recuperaba sus bienes aceptando la humillación pública de exhibirse gritando '*Here I am, riding upon a black ram, like a whore as I am*' » (Pérez-Prendes, 1998, p. 313)²³.

III. El cristianismo. La formación del derecho canónico

En época del Imperio, con la llegada del cristianismo las costumbres matrimoniales romanas sufren algunos cambios para los cristianos. Los nuevos cristianos acogen la monogamia, la perdurabilidad del vínculo y la bisexualidad como elementos característicos, lo mismo que los impedimentos tanto absolutos como relativos. Y el carácter estructural de la institución en la sociedad.

La influencia de la filosofía cristiana en la legislación supuso sin embargo «una reacción frente a la libertad para disolver el vínculo, que se materializó en la imposición de sanciones en determinados supuestos, pero sin llegar a cuestionar la validez del divorcio» (Fernández de B., 2017, p. 179). Los esponsales adquieren una importancia mayor, en lo relativo al consentimiento y se focaliza precisamente en ese consentimiento inicial y no en el sostenido en el tiempo, por lo que la pérdida de la *affectio maritalis* como causa del divorcio se desvirtúa.

En época tardorromana, con la llegada del cristianismo, el matrimonio se convirtió en la base del edificio social por lo que se emplean

²³ PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, J. M. (1998), «La frialdad del texto. Comentario al prólogo del Fuero Viejo de Castilla», *Cahiers de Linguistique Hispanique Médiévale*, núm 22 (297-324).

profundos argumentos para fijar el reparto de papeles entre hombres y mujeres y, aunque era sumamente ambiguo en su regulación temprana, siempre consideró el vínculo como permanente y por lo tanto proscribió el divorcio: «No separe pues el hombre lo que Dios ha unido» (Mateo 19,6 y Marcos 10,9).

Los emperadores cristianos del Bajo Imperio intentaron reducir el número de divorcios unilaterales o sin culpable y el cristianismo prohibió el divorcio de forma vehemente, pero lo permitió si lo solicitaba la esposa cuando la situación marital fuera insostenible bien por tratos degradantes o por no aportar el marido al sostenimiento de las cargas familiares o incluso porque el cónyuge fuese adúltero, aunque aconsejaba de forma encarecida que el cónyuge ofendido no volviera a contraer matrimonio.

La Iglesia «desde los primeros siglos de la era cristiana fue construyendo un derecho matrimonial acorde con su concepción sacramental» (Cándano, 2012, p. 31)²⁴, con un absoluto rechazo tanto del concubinato que Constantino I había asimilado al matrimonio salvo por los efectos económicos y de sometimiento, como de los matrimonios *a juras* que, basados en el consentimiento de los contrayentes eran una prolongación de los matrimonios *sine manu* romanos.

De esta forma, concluyeron en el cristianismo temprano que el consentimiento y la entrega física conferían al matrimonio carácter indisoluble (frente a la concepción legalista romana), y la patrística justificó el sometimiento de los matrimonios romanos arcaicos y de los primeros siglos de la República, por lo que Pablo de Tarso en una de sus cartas a los Efesios 5:22-24, al catequizarles utiliza la metáfora de la Iglesia (figura femenina) como esposa de Cristo (figura masculina) y manifiesta que «las casadas están sujetas a sus propios maridos como al Señor; porque el marido es cabeza de la mujer, así como Cristo es cabeza de la Iglesia, la cual es su cuerpo y él es su Salvador. Así que, como la Iglesia está sujeta a Cristo, así también las casadas lo estén a sus maridos.»

La patrística exploró profundamente el campo del sometimiento; San Agustín de Hipona (354-430) por su parte, afirma que la unión matrimonial constituye un lazo sagrado que somete de forma natural a la mujer con respecto al marido quien debe, no obstante, tenerla en su más alta consideración en virtud del vínculo; aunque difundió la idea de la comunidad patrimonial como medio de elevación de la condición

²⁴ CÁNDANO FIERRO, G. (2012), *Mujer y matrimonio en las decretales de Gregorio IX*. Grupo Destiempos.

de la mujer y de igualdad entre los cónyuges, según sus enseñanzas el marido proveedor era siempre el «cabeza de familia» y la unión patrimonial se producía en virtud de la unión carnal: *duo erunt in caro una*.

A partir del siglo IV, con la celebración del concilio de Nicea en 325 d.C. y la libertad de culto propugnada por Constantino, la Iglesia comienza a positivizar las normas de derecho por las que han de regirse sus fieles. Tanto los papas como los concilios ecuménicos elaboran cánones, decretos y reglas que intentan unificar y coordinar las distintas costumbres y normas civiles bajo las que están sus seguidores, extendidos por toda la geografía del Imperio Romano. La caída de Occidente en 476 marca un punto de inflexión porque si bien la parte oriental queda bajo el control de los nuevos emperadores, la occidental se verá por un lado influenciada por las nuevas costumbres de los pueblos germanos y por otro lado segregada, siendo la Iglesia el único poder visible y vigente, capaz de oponer su fuerza a las nuevas costumbres germanas.

Así, a partir del siglo VI en que Justiniano aborda la elaboración del «*Corpus Iuris Civilis*» recopilando y coordinando el derecho romano vigente, en Occidente será la Iglesia la que lleve a cabo las primeras colecciones canónicas ante la dispersión administrativa y la corrupción del derecho civil germanizado por los pueblos bárbaros: recogen en gran medida disposiciones de derecho romano, pero también las nuevas disposiciones que han ido elaborando en aplicación de la religión cristiana. Estas colecciones, generalmente no contienen jurisprudencia y son totalmente asistemáticas, es decir una sucesión de textos romanos y ecuménicos superpuestos cronológicamente, algunos contradictorios y muchas veces inexactos.

Es por ello por lo que a finales del siglo XI los papas gregorianos, ven la necesidad de iniciar una renovación del método teológico y canónico. A principios del siglo XII coinciden en la abadía de Saint-Victor en París, en la que se inició esta reforma gregoriana, dos discípulos Graciano y Rolando Bandinelli (futuro Alejandro III) que llevarán a cabo una empresa determinante en la renovación del derecho canónico: el papa (Alejandro III) encarga al maestro Graciano una obra para terminar con la dispersión jurídica: en torno a 1140 circula en Bolonia un texto, titulado «*Concordia discordatum canonum*», que bajo el nombre de Decreto de Graciano se integró en la enseñanza universitaria del derecho y en los tribunales eclesiásticos. Recoge miles de textos a lo largo de los 4.000 capítulos que lo componen provenientes de la sagrada escritura, de cánones de los apóstoles, de concilios, de los santos

padres; pero recoge también el derecho Justiniano y la «*Lex Romana Visigotorum*».

El decreto se divide en 3 partes: fuentes; procesal, patrimonial y matrimonial (*causae*); y sacramentos. Constituye una de las principales fuentes del derecho europeo por varias razones: el método (aristotélico) que emplea; la introducción del derecho natural como base de nuestro derecho y las concreciones en derecho matrimonial, sobre todo en lo relativo al *status* de la mujer dentro del matrimonio, reconociendo su entidad y su autonomía.

En lo relativo al derecho natural, las alusiones son breves, pero de gran relevancia y se justifican en la preeminencia de éste porque informa el derecho positivo, puesto que coincide con el comienzo mismo del género humano: por eso es imperturbable a lo largo del tiempo. Nunca es injusto, y por ello deviene ilícito obrar en contra de él: el derecho natural, en Graciano, encarna la voluntad divina.

Pero el Decreto tuvo una importancia definitiva en la formación de la doctrina sobre el matrimonio en el occidente cristiano, llegando algunos de sus juicios a constituir dogmas cuya aplicación se ha prolongado hasta el siglo xx.

En lo relativo a las normas canónicas sobre el matrimonio se había producido un conflicto entre la escuela de Bolonia, que establecía el momento de constitución del matrimonio en la consumación; y la escuela de París, que lo hacía en el consentimiento: esta era la consideración que precedía al derecho canónico en el romano, del que la Iglesia toma el modelo aunque purificándolo, hacia una «cristianización del matrimonio» (Álvarez, 2013, p. 625)²⁵: la incorporación de los textos de S. Agustín, y la interpretación de la expresión *una caro*, supuso una importante novedad, aunque casi todas las colecciones canónicas anteriores (y el propio decreto) es consensualista y hace además especial énfasis en las formas y rituales, como la incorporación de la bendición del sacerdote; pero las *auctoritates* «ponen en relación la consumación con la existencia del matrimonio» (Álvarez, 2013, p. 627). Durante el primer milenio la cristianización del matrimonio supuso la aparición del derecho matrimonial canónico, hasta el punto de que el consentimiento inicial se veía reforzado por la consumación como «elemento de certeza» (Álvarez, 2013, p. 628) del consentimiento.

²⁵ ÁLVAREZ DE LAS ASTURIAS, N. (2013), «La formación del vínculo matrimonial de Graciano a Alejandro III: ¿tan solo una cuestión histórica?», *Ius Canonicum*, Vol. 53 (621-654).

La dispersión de los textos canónicos, que resolvían en uno u otro sentido sin aunarlos, se coordina con la aportación de Graciano: partiendo del matrimonio entre María y José, en el que no hay consumación, Graciano concluye que el consentimiento inicia el matrimonio, mientras que la consumación lo perfecciona, haciéndolo firme (rato); la simple cópula no genera matrimonio, el consentimiento sí. El matrimonio iniciado con el consentimiento se materializa en los esponsales (que generan efectos), pero no es un matrimonio propiamente dicho: en el cristianismo, la promesa o consentimiento manifestada ante un testigo eclesiástico dota el acto jurídico de formalidad, pero no de certeza que solo se otorga mediante la consumación: es la *traditio* romana, la entrega de la cosa en derechos reales lo que perfecciona el contrato matrimonial, frente a la prestación del consentimiento ante el sacerdote, que es lo que le confiere la categoría de sacramento.

Pero el Decreto de Graciano (1140) aún con la importancia que reviste en cuanto a la formación del derecho canónico, no engloba todas las posibilidades prácticas que se plantean, porque el devenir del tiempo genera nuevas situaciones; así Alejandro III durante su papado, debe resolver nuevos planteamientos, e intenta reducir la casuística presentada por las distintas costumbres y praxis de los países que integran la cristiandad: considera que la consumación del matrimonio por palabras de futuro (esponsales) constituyen un verdadero matrimonio, y la cópula como prueba del consentimiento, como parte de la forma del mismo e introduce la dispensa pontificia como forma de disolución del matrimonio no consumado, reforzando el papel de la consumación como una «mayor firmeza del vínculo» (Álvarez, 2013, p. 644).

El origen de este debate está en la sacramentalidad del vínculo matrimonial: la doble significación sacramental correspondiente a los dos momentos definidos por Graciano se debilitó en favor de la unificación de ambos significados, concluyendo que el consentimiento que se presta, lo es para la consumación, haciendo desaparecer la teoría del matrimonio iniciado con la promesa de futuro.

Un siglo más tarde, Gregorio IX encarga a Raimundo de Peñafort una nueva compilación sistemática que recoja los argumentos utilizados por el Papa Inocencio III y por él mismo: con el nombre de «*Liber Extra*» y conocido como Decretales de Gregorio IX (1234), Peñafort eliminó pasajes que consideró irrelevantes, reelaboró las decretales pre-existentes e introdujo textos nuevos.

La preeminencia del Papado en una Europa feudalizada resultó determinante tanto para afianzar su autoridad como para establecer un

criterio unificado y muy potente en lo relativo a la significación del matrimonio: «los eclesiásticos pudieron representar un papel político-social tan importante y ejercer un ascendiente espiritual [porque] sus miembros conformaban la clase letrada por antonomasia [y por] la profunda simbiosis del poder civil con la jerarquía católica» (Cándano, 2012, pp. 17-18).

El papel de la mujer comienza a ser muy cuestionado, con el pretexto de proteger la pureza de la religión y la del clero: se percibe a la mujer como la encarnación del mal, ya que en función de su debilidad era un peligro para el varón (cabeza) y a su cuerpo se le atribuyeron funciones excesivas y pecaminosas que justificaron incluso la violencia contra ellas, pero sobre todo el sometimiento marital, dando gran importancia a la virginidad antes del matrimonio y a la castidad, constante el mismo e incluso después de disuelto el vínculo (Cándano, 2012).

Así las Decretales abordan la abolición de la barraganía: siendo una costumbre antiquísima la unión marital de los clérigos, la reforma Gregoriana exigió el celibato de los sacerdotes y monjes, presentándoles como víctimas, seducidos por la diabólica naturaleza femenina: Inocencio III (Libro Primero, Título XXI, Capítulo VI) consideraba que los clérigos que tuvieran muchas barraganas no serían irregulares ni bigamos, y Alejandro III (Libro Tercero, Título II, Capítulos III y IV) que no había que obligarles por la fuerza a abandonarlas, aunque se les debe ordenar que las aparten de sí y desposeerles de sus beneficios eclesiásticos hasta que lo hagan, aunque no se deben de dejar de oír los oficios dados por él, salvo si el pecado no se pudiera encubrir (Gregorio IX, Libro Tercero, Título II, Capítulo X). Sin embargo, sí se sanciona a los que se casan con las barraganas.

Siguiendo a Cándano (2012, p. 29) «la clasificación de las mujeres según la Iglesia estaba en función de los grados de perfección de la castidad»: la supremacía del varón sobre la mujer se cimenta en los valores establecidos por San Pablo de Tarso, que en Corintios 7:9 predica «es mejor casarse, que abrasarse»; el clérigo debe apartarse de la lascivia de las mujeres, el laico debe casarse. Las mujeres adúlteras constituyen el nivel más abominable de la categoría «mujer»: porque excede el límite del sometimiento y escapa del control personal.

Estos dos cuerpos canónicos, el Decreto de Graciano y las Decretales de Gregorio IX, constituyen el eje central del «*Corpus Iuris Canonici*». Sin embargo, la obra será completada con el «*Liber Sextus*» de Bonifacio VIII (1298), las «*Decretales Clementinae*» de Clemente V (1305-1314) y las «*Extravagantes*» de Juan XXII (1316-1334). Final-

mente, en 1582 todas estas compilaciones se reúnen en la denominada *Edictio Romana*, que es la primera versión oficial del «*Corpus Iuris Canonici*» vigente hasta 1917.

IV. Los pueblos germanos y la Edad Media

La aparición en la escena político-jurídica de los pueblos germanos tuvo también un efecto reseñable en lo relativo a la institución matrimonial. Siendo el germano un derecho mucho más orientado a la resolución del conflicto y mucho menos formalista que el romano, el derecho matrimonial se ve influenciado enormemente. No obstante, los tres elementos (legitimidad de la prole, publicidad y sustrato económico patrimonial) permanecen inmutables.

Del derecho familiar germano, destaca la enorme importancia que se concede a la significación de la *domus* o casa representativa de la unidad familiar y del jefe de familia como representante de la casa: es la idea del mancomún, que informará también el régimen de los bienes del matrimonio (García de Valdeavellano, 1977)²⁶. El derecho matrimonial germano, prioriza la unión carnal de los cónyuges como elemento constitutivo del matrimonio, lo que con el tiempo será asumido por el catolicismo para llegar al concepto de matrimonio consumado (frente a matrimonio rato). El matrimonio constituye para los germanos un vínculo heterosexual que permite la renovación de la *sippe* ligado por tanto a la celebración de determinados ritos para transmitir el *munt* o potestad que tiene el jefe familiar sobre los demás miembros.

Se puede concluir que el Derecho greco-romano y justiniano tienen una marcada tendencia a la separación de los patrimonios de los cónyuges. Sin embargo, el derecho germánico antiguo será mucho más proclive a la comunicación patrimonial, y no sólo entre los cónyuges, sino en el grupo familiar y en la colectividad de la tribu: se muestra una arraigada tendencia a mantener indiviso entre los herederos el patrimonio doméstico.

En virtud del *munt* o potestad que tiene el jefe familiar sobre los demás miembros se instituye la *dos ex marito*, por tanto, puede decirse que se trata de una verdadera compra. El matrimonio va precedido de los esponsales, públicos y formales, y se garantiza con la entrega del

²⁶ GARCÍA DE VALDEAVELLANO, L. de (1977), *Estudios Medievales de Derecho Privado*. Publicaciones de la Universidad (Sevilla).

arra. El precio o *wittum* entregado a la familia de la novia para mantener la paz social (*busse*) puede terminar en manos la esposa, como subsidio para caso de viudedad o repudio culpable del esposo, pero en la práctica tiende a confundirse con el patrimonio masculino, pues el varón lo administra por efecto del *munt*, hasta que constituye una masa patrimonial única, que culminará en una sociedad conyugal (Perez-Prendes, 1993)²⁷.

De forma simultánea a la permeabilidad del derecho germano, el cristianismo medieval ha ido elaborando sus propios cánones; a partir del concilio de Worms (1122), ya vigente el Decreto de Graciano, marcó tres pautas definitivas en lo relativo a la regulación del matrimonio: la monogamia exógama (que lo distinguía del islam), la reprobación de los placeres del cuerpo con la consiguiente ocultación de la sexualidad (lo que derivó en la consideración de las mujeres como seres de perdición para los varones), y la sacralización del rito social.

El profundo estudio que de esta época hizo Georges Duby, en su obra «*El caballero, la mujer y el cura*»²⁸ muestra claramente como era considerado el matrimonio en la Europa carolingia y postcarolingia, en la que podemos observar cómo adquiere una mayor relevancia la legitimidad de la prole sobre el resto de los aspectos del matrimonio, sin olvidar que ese es el presupuesto necesario para la transmisión del patrimonio.

Así, asevera Duby (1988, p.12) «Adán, Sansón y Salomón: los tres reyes fueron perdidos por las mujeres» O, «Las Cartas pontificias inculpan a Bertrade como seductora, lasciva y corruptora de la voluntad del Rey» (p. 13), haciéndola entroncar directamente con Lilith. El matrimonio en el medievo ha de ser «necesariamente ostensible, público, ceremonioso, rodeado de un cúmulo de gestos y fórmulas [porque] regulariza la transmisión de riquezas (...), ordena la actividad sexual de los cónyuges» (p. 20) puesto que «la función del matrimonio era unir a un genitor valiente con una esposa pura, tal que su hijo legítimo, ese ser que llevaría la sangre y el apellido de un antepasado valeroso, fuera capaz de hacer revivir a éste en su persona» (p. 35). Todo lo relativo a la pureza, depende por lo tanto de la mujer, receptora y recipiente de la herencia genética patrilineal del varón, único con derecho a fecundarla: la transmisión patrimonial, hereditaria, es siempre masculina.

²⁷ PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, J. M. (1993), *Breviario de Derecho Germánico*. Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho UCM.

²⁸ DUBY, G. (1988), *El caballero, la mujer y el cura*. Taurus.

Por eso, es necesario que el vínculo sea público y permita ahuyentar a otros posibles valerosos caballeros con ánimo fecundador y por eso, el rito social debe sacralizarse, en el sentido más estricto de la palabra: es entonces cuando aparece el sacerdote como oficiante. Además, es el momento histórico en que se asienta en el común imaginario la máxima *el hombre debe mandar, la mujer obedecer*: el hombre tiene primacía sobre la mujer, el control del cuerpo como metáfora del control social, de Cristo sobre su Iglesia.

La igualdad de los cónyuges propugnada por S. Agustín no le impide afirmar que esta igualdad se consigue mediante la subordinación de la mujer al hombre por tradición bíblica, de suyo natural por las distintas capacidades de ambos: el marido proveedor es siempre el «*cabeza de familia*», concepto que informará durante muchos siglos la doctrina en torno a la sociedad de bienes gananciales, basándose en la misma relación de subordinación que existe entre Cristo y su Iglesia, concepto que, por otro lado, informará su propia doctrina. Ese pensamiento no es sin embargo exclusivo del cristianismo, ya lo manifestó Confucio, quien definió a la esposa como «alguien que se somete a otro» puesto que una esposa, de acuerdo con la filosofía confuciana, tenía que seguir «la regla de las tres obediencias; obedecer a su padre mientras permanece en su casa; obedecer al marido después del matrimonio y obedecer al hijo después de la muerte del marido» (Coontz, 2006, p. 76).

En el periodo altomedieval, no hubo una regulación formal del divorcio; en las clases altas aristocráticas, las relaciones feudales y las luchas de poder con la Iglesia tuvieron mucho que ver con la mayoría de las rupturas matrimoniales, repudios e incluso reclusiones de mujeres en aras de contraer un nuevo matrimonio el esposo, generalmente además relacionadas con la legitimidad de los derechos hereditarios de los descendientes, con el adulterio o con relaciones incestuosas, y la incorporación por Alejandro III del concepto de dispensa pontificia, facilitó también las rupturas.

A medida que fue formalizándose la manera de contraer el vínculo, la Iglesia pudo ir introduciendo prohibiciones a la hora de disolverlo, de forma que a finales de la Alta Edad Media podía solicitarse la separación por adulterio, herejía o crueldad; cuestiones sobre las que decidía en función de la naturaleza sagrada del vínculo. Se excluyó en todo caso el divorcio, es decir se perpetuó la permanencia del vínculo matrimonial, sin perjuicio de las causas de nulidad, en las que se esclarecía si dicho vínculo había sido o no válido.

El siglo XIII constituye un punto de inflexión en la elaboración de la figura del matrimonio canónico: el concilio de Letrán y las Decretales de Gregorio IX van a consagrar el modelo; no en vano, este es el momento de oro del Derecho canónico y durante él se sientan las bases tanto del rito como del contenido jurídico (en cuanto a obligaciones y derechos) del mismo. En esta misma época se consagrará también la comunicación absoluta del patrimonio de los cónyuges: *duo erunt in carne una*, elevado a dogma por la Escuela de Bolonia dada la influencia del Decreto de Graciano.

Ahora bien, en cuanto a las clases bajas, cuesta imaginar que los no aristócratas invirtieran tal cantidad de tiempo y de recursos en algo tan cotidiano como es el matrimonio en sus vidas; los matrimonios generalmente se contraían *a yuras*, es decir sin formalidades, porque no tenían recursos para constituir dote. Tampoco había mentalidad para afirmar que el hombre era el principal proveedor del hogar, porque el trabajo de ambos cónyuges marcaba la cotidianidad.

Existían situaciones asimiladas al divorcio, permitidas socialmente por los concejos si no había compenetración entre los cónyuges; las mujeres, en estos casos no quedaban especialmente desamparadas económicamente puesto que los concejos podían reconocer un porcentaje de las propiedades comunes a la esposa «divorciada» en consonancia con el trabajo aportado (Coontz, 2006, p. 143). Todo ello constituye una situación *de facto*: divorciada es también un eufemismo, puesto que, en el denominado matrimonio *a yuras*, no había propiamente una ceremonia que marcara el paso de un estado a otro, ni la entrega de una dote como estadio previo al matrimonio, no había por lo tanto vínculo jurídico susceptible de disolver.

Sin embargo, la importancia social del matrimonio y la influencia moral de la Iglesia en este particular se extendió pronto por las clases bajas que manifestaron su deseo de casarse formalmente, como una manera de determinar el paso a un estado social diferente y en aras también de la paz vecinal:

«Un hombre casado poseedor de su propia tierra y su casa era la figura política básica en la vida aldeana. Era responsable de su esposa y sus hijos (...). Para las mujeres (...) el matrimonio marcaba a la mujer en su condición de adulta, aunque en lugar de expandir su posición legal la restringía: una mujer casada perdía el derecho a disponer de la tierra, de presentarse ante los tribunales o de manejar sus propios negocios, aunque necesitaban casarse para alcanzar la seguridad económica» (Coontz, 2006, p. 153).

La *casa*, con el contenido económico que desprende, es un elemento fundamental en el modelo de matrimonio canónico bajomedieval (que se prolonga durante gran parte de la Edad Moderna, en particular el siglo xvi), también entre los burgueses: es el horizonte de su proyección social y el emblema de su conducta moral, «un concepto muy burgués y que se escenifica en el modelo de producción gremial (...) la casa es el emblema de la *dilectio* conyugal» (Ruiz-Domènec, 2003. p. 75). Además, la esposa abnegada y fiel, se hará acreedora no sólo de la estima de su esposo, sino que sus *ganancias* a medio y largo plazo serán muy sustanciosas para ella²⁹.

La prohibición eclesiástica del divorcio apuntaló la herencia legítima de la descendencia habida en el matrimonio formal y la subsiguiente exclusión de la tenida con amantes, concubinas, barraganas o cualquier otra relación extramarital o *vicemarital* y desde luego quedaba al margen de la decisión civil: era exclusivamente decisión de la Iglesia.

La barraganía fue un *oficio* institucionalizado en Europa (en España de hecho recogido en los fueros, en las Partidas e incluso en las Leyes de Toro) en el que la mujer adquiere una parte del patrimonio si acredita determinados hábitos de convivencia con «*su señor*» y la convivencia misma; fue una situación marital muy extendida sobre todo entre el clero, sujeto principal de la institución por la prohibición de contraer matrimonio.

La Iglesia, heredera legítima de los bienes de sus clérigos y fiscalizadora de las disposiciones testamentarias de los mismos, no debía estar dispuesta a repartir los bienes con aquellas mujeres que, por haber convivido con «*su señor*» bajo los requisitos que se establecieron en el párrafo 38 del Fuero de Zamora otorgado por Alfonso IX en 1208, entre otras regulaciones en Europa, tenían derecho a participar en el reparto de los bienes patrimoniales, por sí mismas o a través de sus hijos que recibían la parte que legítimamente les pertenecía por herencia, en detrimento de los derechos económicos de la Iglesia:

«Homne que obier fiyo o fiya de barragana, se los por lengua non heredar; non sean herederos non se los troya a derecho. E se fur barragana que coma con él a su escudiella e a una mesa, e casa contovier con ella e non

²⁹ Nota de la autora: La literatura de la época está plagada de estos ejemplos, por ejemplo *Los cuentos de Canterbury* de Geoffrey Chaucer o *Giselda* de Bocaccio; asimismo obras pictóricas como el *Retrato de Giovanni Arnolfini y su esposa* es un cuadro del pintor Jan van Eyck (Flandes, 1434) que podemos ver en este enlace: <https://www.nationalgallery.org.uk/paintings/jan-van-eyck-the-arnolfini-portrait>

hubier mulier a beneción, ellos fijos sean heredados; e en cuanto ganaren, en todo haya sua meatade. E esto sea con afronta de V homnes bonos asuso. E barragana que un año non estudier con so senyor e fuir con suas vesteduras o con so haber, todo lo tome a so señor. E se un año complir, haya suas vesteduras; e se más llevar todo lo tome. E otrosi faga mancebo o manceb que estodier a bien facer».

Será sin duda una institución muy importante por cuanto comporta un tipo familiar existente, aunque ilegal (en el sentido de «al margen de la ley») y dará lugar a repartos económicos *de facto*, ya sea por adjudicación del patrimonio de la pareja, ya por herencias y donaciones; prueba de ello, es la manera en que se trata siempre de proteger mediante la herencia de los bienes castrenses y cuasicastrenses a la legitimidad por línea de padre.

Esta forma familiar diversa, en que la esposa, *viceuxor*³⁰, lo es en virtud de la simple convivencia y no de ninguna formalidad, constituyó el concubinato, que generalmente se relaciona con una relación paralela a la matrimonial; sin embargo, en los orígenes no fue así. Ni tampoco para un amplio sector de la sociedad, el clero.

El concubinato es una realidad tanto en el sistema romano como en el germano; en el primero para poder mantener una relación marital con libertas o con «*mujeres tachadas*» (Rodríguez, 1998, p. 61); en el segundo caso, encuentra su base en una institución, la *friedelehe* o unión libre que supone una equiparación entre los contrayentes, pero en el que la mujer, *dueña de la casa*, sin embargo, no está bajo el *munt*. No ha aportado dote, y por lo tanto no hay comunicación patrimonial, pero tampoco control marital sobre su persona, como en el matrimonio *sine manu* romano.

Esta última fórmula germana, va arraigando en toda Europa occidental, aunque fue desapareciendo en sucesivas legislaciones por la vía del afianzamiento del matrimonio canónico como el único legítimo, la ganancialidad de los bienes que se fue operando en la legislación para la mujer casada legalmente y de la herencia de los bienes castrenses (casi todos, en un contexto bélico permanente por las Cruzadas y la Reconquista) por los hijos varones legítimos, así como con la institucionalización de los mayorazgos.

³⁰ RODRÍGUEZ GIL, M. (1998), *Viceuxor. Notas sobre el concubinato en España desde la Recepción del Derecho Común*. Servicio de Publicaciones. Facultad de Derecho de la UCM.

El motivo principal fue el arraigo del matrimonio canónico como único válido, pero también la institucionalización y limitación de la herencia de los descendientes legítimos, lo que puede considerarse como una conquista de la mujer casada legalmente, que con mantener un decoro público y notorio veía reconocido su derecho patrimonial a participar de los bienes del marido, frente a este otro tipo de relaciones extramatrimoniales. Asimismo, tiene gran peso el triunfo de la Iglesia, que, por la vía de la legitimación de los hijos habidos de barragana, perdían cuantiosas sumas anuales de dinero y bienes.

V. La Edad Moderna: siglo XVI, XVII y XVIII

Este recorrido histórico es común en toda Europa hasta el siglo XVI, momento en que se quiebra con la llegada de varios acontecimientos culturales, producto del cambio de mentalidad que trajo consigo el humanismo, la Reforma protestante y la Contrarreforma. Hablando del Humanismo, desde un punto de vista crítico supuso para las mujeres un momento oscuro (paralelamente a lo que ocurriría dos siglos más tarde con la Ilustración), bastante alejado de la evolución que el racionalismo trajo a la *Humanidad*.

Es la época que históricamente conocemos como «renacimiento», y que en el marco de la historiografía del Derecho corresponde al periodo más álgido de la Recepción del Derecho Común: es una época de exaltación del hombre, pero punto de inflexión de la mujer; es decir, la piedra angular del renacimiento es el hombre como ser masculino, no como sinónimo de ser humano. En la oscura época medieval la mujer aún tuvo una cierta capacidad jurídica en lo relativo a las cuestiones económicas, hay un cierto reconocimiento de su patrimonio, incluso de su condición social y jurídica como heredera, aunque no la tenga en lo relativo a las relaciones conyugales de carácter privado.

Durante el Renacimiento se hace un trabajo ingente para separar a la mujer de la vida pública, para vituperarla como género y para estimarla de forma simultánea pero no inocente con una consideración tal de delicadeza, que la imposibilita para el ejercicio de actividades mundanas, que finalmente es lo que interesa; en las sociedades en que a las mujeres se les da un alto valor, se les otorga sin embargo un bajo estatus, ensalzando sus virtudes espirituales, al tiempo que se las aparta de las actividades cotidianas y se les trata de controlar «mediante un estricto

to código de pureza sexual» que asegure su honorabilidad social (Lida de Malkiel, 1950)³¹.

En el periodo bajomedieval se inició en toda Europa una corriente o movimiento que se perpetuó durante parte del siglo *xvi* con el nombre de *Querella de las mujeres* y supuso un enorme debate acerca no solo de los roles femeninos en la sociedad, sino de su propia naturaleza, con todo lo que ello implica en cuanto a capacidad jurídica, de obrar y cómo no, de gobernar:

«La Querella de las Mujeres es el nombre con el que se conoce al complejo y largo fenómeno histórico, que tuvo lugar en gran parte del occidente europeo, sobre la interpretación y valoración de los sexos y sus relaciones sociales.» (Vargas, 2016, p. 19)³².

Este fenómeno de carácter retórico y cortesano nace con la intención de oponerse a las opiniones misóginas que se estaban vertiendo sobre las mujeres como categoría sustantiva desde principios del siglo *xiii* y desde cualquier foro con capacidad suficiente como para crear opinión pública; es decir tanto desde el púlpito como desde la literatura en todas sus versiones, desde la más popular a la más culta; y desde cualquier punto geográfico de influencia: «Es un debate filosófico, teológico, científico, literario y, sobre todo, político, en el que muchos trataron de demostrar la inferioridad natural de las mujeres y la superioridad natural de los hombres...» (Vargas, 2016, p. 19).

No es casual el momento; los cambios históricos «todos ellos encaminados a la desvalorización de las mujeres, (...) van a ocasionar una revitalización y avance de la misoginia» (Vargas, 2016, p. 22) coincidente con el éxito del *Roman de la Rose*, en la que su autor primigenio Guillaume de Lorris y mucho más fervientemente el de la segunda parte Jean de Meun, dibujan una mujer que lejos de ser el dechado de virtudes femeninas que representaba la Virgen María en la época medieval más temprana, es un compendio de defectos y vicios incluso diabólicos.

Pero hay que analizar cuáles son las circunstancias jurídico-políticas del momento, tan determinantes. La recuperación del Derecho Romano Clásico que considera a las mujeres en un perpetuo estado de

³¹ LIDA DE MALKIEL, M. R. (1950), «La dama como obra maestra de Dios», *Estudios sobre la Literatura Española del siglo *xvi**. Ediciones José Porrúa Turanzas (179-290).

³² VARGAS MARTÍNEZ, A. (2016), *La Querella de las Mujeres. Tratados Hispánicos en defensa de las Mujeres (siglo *xv*)*. Fundamentos.

minoría de edad, de incapacidad jurídica y de obrar en la época de la *tutela mulierum*; el cristianismo, que abandera los planteamientos (misóginos) de Pablo de Tarso y de Agustín de Hipona, confiriendo al celibato un valor superior que al matrimonio; y la vuelta a los preceptos de la filosofía clásica, en particular a Aristóteles que ya argumentaba la inferioridad de la mujer con respecto al hombre y que se expandió a través de la no menos misógina filosofía tomista. Con todo ello, la inferioridad de las mujeres se considera científicamente probada, indiscutible y conforme a natura.

Desde finales del siglo XI y hasta el siglo XIII, debido a la alta consideración que cobra la imagen de la Virgen María en la práctica de la religión católica, se había desarrollado una corriente de pensamiento favorable a las mujeres en su concepción más patriarcal de madre abnegada y respetable, cariñosa, estableciendo un culto a la dama, referencia y descanso para el caballero, generalmente identificada con mujeres pertenecientes a la alta nobleza feudal; sin embargo en poco tiempo comienza a definirse en la literatura otra figura o versión femenina grotesca que la define como perezosa, mentirosa, viciosa, cotilla y malediciente que culminará precisamente con el éxito de la novela *Roman de la Rose*.

Existe por lo tanto una dicotomía que informará la imagen externa de las mujeres y que arranca en dos momentos bíblicos concretos: por un lado, la imagen de Eva en el paraíso que no solo es creada para servir al hombre, incluso con dependencia material (porque sale de su costilla) sino que además lo es por ser la culpable de todos los males que acarrea no solo a Adán, sino a toda la Humanidad tanto por haber pecado ella, como por haber inducido al pecado a su compañero; y por otro lado, la imagen de la Virgen María, que no solo se abstrae por la gracia de Dios del pecado original sino que es esposa sumisa de José, madre abnegada y sufriente de Jesús; dulce, cariñosa y servicial con sus allegados.

No se debe olvidar en este punto, la enorme influencia de la religión en la sociedad en general y en las mujeres en particular, quienes a través de sus confesores que indudablemente plantearían a sus feligresas esa dicotomía, les instan a elegir: el Génesis cuenta que Eva mordió la manzana del árbol del conocimiento, es decir que se identifica la imagen de mujer pernicioso con la de mujer sabia, cultivada; frente a la imagen de la mujer dulce, santa, que solo se preocupó por cuidar a los demás.

El análisis de este fenómeno nos lleva a identificar los temas que trata:

1. La política sexual subyace de forma evidente en todo el proceso de debate: el periodo histórico del Renacimiento define la heterosexualidad como uno de los principales pilares del patriarcado. Si entendemos con María-Milagros Rivera que la política sexual de un periodo histórico constituye «...las relaciones de poder que se han establecido y se establecen entre hombres y mujeres en razón de su sexo previas incluso al contrato social» (Rivera, 1990, p. 14)³³, el tema de la sexualidad es de suma importancia porque de lo que se determine dependerá la situación política de las mujeres, el ámbito público. Así hay que resolver si los sexos, son contrapuestos o iguales. Y de lo que se responda a esta pregunta, se derivan otras muchas como cuál es su función en la reproducción y por lo tanto en la transmisión del patrimonio o si tienen las mismas capacidades para el conocimiento, las mismas virtudes. La respuesta humanista es que las mujeres, lascivas por naturaleza, tienen su entendimiento nublado y por lo tanto no son aptas para la toma de decisiones jurídicas o políticas, por lo que deben estar apartadas de la vida pública y sometidas al juicio de los varones de su entorno. Esta misoginia renacentista redefinió una imagen dominante de mujer sumisa durante el Humanismo que se ha prolongado hasta tiempos muy recientes: podemos decir con Kelly que las mujeres no tuvieron un Renacimiento (Kelly, 1984, p. 19)³⁴, en el sentido histórico de la palabra.
2. El cuestionamiento de la autoridad de quienes hablan mal de las mujeres y la importancia de la escritura para desarrollar un espacio de defensa y de memoria, ambas puestas de relieve por la inestimable aportación de Christine de Pizan al debate en su obra *La Ciudad de las Damas* o *El libre des Trois Vertus*, aludiendo incluso a la ignorancia de los varones que propugnan las opiniones misóginas. La importancia de la escritura alcanza tintes políticos, en el sentido más moderno de la palabra porque su inten-

³³ RIVERA GARRETAS, M. M. (1990), *Textos y Espacios de Mujeres (Europa siglos IV-XV)*. Barcelona.

³⁴ KELLY, J. (1984), «Did women have a Renaissance?», *Women, History & Theory The Essays of Joan Kelly*. The University of Chicago Press (19-50).

ción es la de crear opinión para un fin concreto: transformar la opinión «*non buena*» (Álvaro de Luna) que el pueblo tiene contra las mujeres, dando paso a una *doxa* u opinión general favorable (Vargas, 2016, p. 108).

3. La castidad constituye otro tema axial de la Querella, y con una enorme influencia en el estatuto jurídico reconocido a las mujeres; es una virtud femenina tanto pública (garantiza la legitimidad de la prole) como privada; y en la Querella está mediatizado por el concepto de amor. La voz «autorizada» de Martínez de Toledo en su obra *Corbacho* plantea un profundo rechazo al amor cortés (*reprobación del loco amor*), condenando el amor mundano y los peligros que conlleva, ya que provoca toda clase de males y condenaciones y asevera que «se ve en especial en las *mugeres*», haciéndolas sujeto casi exclusivo de «*viçios, tachas e malas condiçiones*». Condena del amor erótico que destruye los cuerpos y las almas y que es identificado con la enfermedad; propugna el amor casto, maternal, identificado con el deber de cuidado que ya se asocia indefectiblemente a las mujeres-madre como categoría ontológica.
4. También plantea la Querella el asunto del talento de las mujeres: se discute si son o no aptas para el conocimiento. El debate tuvo una enorme presencia en la Corte Borgoñona y en Castilla (y en general en todos los reinos hispánicos incluido el Nuevo Mundo, a partir del siglo xvi cuando pierde fuerza en Europa), especialmente durante el reinado de Juan II y su primera esposa María de Aragón que abandera el movimiento de oposición a la opinión misógina canalizando una serie de debates en la Corte y de publicaciones que desmienten los argumentos del Arcipreste de Talavera, entre otros. La Corte de Juan II es una corte letrada en la que están presentes las ideas humanistas y en la que podemos presumir que se conocen los temas y los interlocutores principales que intervienen en el mismo. Esto determina que haya un público relevante (cuantitativa y cualitativamente) receptor de los escritos de la Querella, y por lo tanto que haya un gran número de obras escritas en loor de las mujeres: *El jardín de las nobles doncellas* dedicado por Martín de Córdoba a la (entonces) Princesa Isabel, *Libro de las mugeres ilustres* de Alonso de Cartagena, *Libro de las Mugeres* de Andrés Delgadillo, o *Lo libre de les dones* de Francesc Eiximenis entre otros, que tratan por todos los medios de minimizar la opinión de los detractores

entre los que se encuentran en la península el *Arcipreste de Talavera o Corbacho* de Martínez de Toledo, denominado así por su similitud con el *Corbaccio* de Boccaccio y *Coplas de las calidades de las donas o Maldezir de mugeres* de Pere Torroella, entre otros. La tradición de mujeres esenciales para el desarrollo de la vida política que culminará precisamente con Isabel la Católica arranca con anterioridad con un elenco de mujeres avezadas que desmienten a todas luces los argumentos misóginos del debate, pero que se permiten y ensalzan en virtud de la excepcionalidad que suponen.

5. El acceso a la educación para canalizar el talento habría sido también uno de los temas de debate de la Querella en el que nuevamente hay que mencionar el empeño de Christine de Pizan, que las mujeres cortesanas humanistas secundaron. Conocido es el desarrollo del Humanismo y la preocupación por la educación femenina durante el reinado de Isabel la Católica (en este momento ya una de las principales monarcas del panorama europeo y con un grado de influencia en las cortes vecinas digno de tener en cuenta) para defender de forma

«explícita el talento de las mujeres para gobernar [porque es] una cuestión de primer orden (...) por las circunstancias políticas que se viven y el papel que en ellas juega la monarca (reina propietaria), tanto en el contexto ibérico como europeo» (Vargas, 2016, p. 269).

Sin embargo el debate se va debilitando a lo largo del siglo xvi porque las condiciones generales de las mujeres sufren un retroceso tanto a nivel público como privado: por ejemplo, aumenta el número de reinas consortes en detrimento de reinas propietarias y se reduce su presencia política aunque sea forzosamente, como le ocurrió a Juana I. Teresa Sánchez Sánchez³⁵, nos acerca desde el punto de vista psicológico, a la pérdida de la identidad de las mujeres durante el renacimiento, lo que indefectiblemente va precedido de la pérdida de sus espacios según narra Margaret L. King³⁶, quién como Joan Kelly se plantea si realmente hubo un Renacimiento para ellas.

³⁵ SÁNCHEZ SÁNCHEZ, T. (1996), *La Mujer sin identidad. Un ciclo vital de sumisión femenina durante el Renacimiento*. Amaru Ediciones.

³⁶ KING, M. L. (1993), *Mujeres renacentistas. La búsqueda de un espacio*. Alianza Universidad.

La mujer del Renacimiento se mueve en una constante dualidad y vive permanentemente etiquetada por sus coetáneos varones de acuerdo con el sistema patriarcal: «Hija, madre, viuda; virgen, matrona y vieja; estas eran las posibilidades que abarcaba el sexo femenino (...) marcado por la relación de propiedad» (King, 1993, p. 42).

Esta dualidad y el nuevo concepto de mujer aceptado socialmente, va a determinar también el tipo de matrimonio que se definirá durante la Edad Moderna, en la que no obstante hay que hacer una distinción clara entre los países centroeuropeos protestantes y con un gran desarrollo de la burguesía, por un lado, y los países mediterráneos, católicos que conservan muy enraizadas la tradición hereditaria aristocrática; subordinada por derecho a la figura de su marido, a la esposa se le exigía sumisión absoluta, no ser descarada ni frívola (por ejemplo contener la risa, hábito indecente según Barbaro (1916, p. 72)³⁷, carecer de opinión personal y por supuesto de autonomía.

Los humanistas restringen a las mujeres al ámbito doméstico y al silencio, y deben recibir con castidad el débito marital cuando sean requeridas para ello. El fruto de ese débito marital debía terminar, como hemos visto, con el feliz alumbramiento de herederos varones sanos y fuertes. Entre estos matrimonios estaban presentes de forma recurrente los celos y el adulterio; los celos de él podían ser satisfechos incluso con violencia física; los de ella debían sufrirse por el varón con indulgencia, sin apenas ninguna consecuencia. El adulterio tampoco tenía las mismas consecuencias para varones y mujeres quienes perdían a sus hijos y el derecho a recuperar su dote, incluso en estado de viuda en algunas legislaciones (en España en el Fuero Viejo de Castilla) y significaba también el repudio de su propia familia, e incluso justificaba el uxoricidio. El masculino, era tolerado, si no aplaudido. Siguiendo los razonamientos de Teresa Sánchez:

«A la mujer renacentista se le adiestra, pues, para que renuncie a su identidad como ser humano autónomo. (...) Rebelarse contra ello, no aceptar todo el lastre de inferioridad, pasividad o masoquinismo que se le ha adjudicado históricamente, masculiniza a la rebelde, la convierte en «fálica» o en un ser temible, que amedrenta y del que hay que guardarse» (p. 18).

La importancia social del matrimonio aristocrático en la Edad Moderna determina una serie de ritos en el más ordinario sentido de la

³⁷ Citado por KING, M. L. (1993), *Mujeres renacentistas. La búsqueda de un espacio*. Alianza Universidad, p. 63.

palabra que dan una idea de la relevancia que se otorga al cambio de estado para las mujeres; más allá de la constitución de dote, que se llevaba a cabo entre padres (varones) y notarios a través de las capitulaciones matrimoniales (lo que denota su inapelable carácter de negocio jurídico), existían otras tradiciones entroncadas con el concepto de entrega, de publicidad y legitimidad social, y que en muchos casos se circunscriben al universo femenino, mujeril.

La Doctora M.^a de los Ángeles Pérez Samper, de la Universidad de Barcelona, analiza en su conferencia *Mujeres poderosas en la Cataluña moderna: Casarse en la Barcelona del siglo XVIII*³⁸, algunos de estos ritos previos a la boda como la renovación del lecho matrimonial, que se constituye en pieza fundamental porque es el escenario que legitima a los herederos: por esa razón ha de ser nuevo, como símbolo de pureza; y vistoso, porque una vez cumplido el débito marital la primera noche, la novia ha de saludar desde él a todos los invitados. Asimismo, adquiere una gran importancia el traslado de la(s) cómoda(s), mueble femenino por excelencia, portador de su ajuar de boda, sus ropas, sus joyas, sus perfumes, *sus cosas, las cosas de mujeres*, algo que inexorablemente nos recuerda aquellos antiguos parafernales orientales. El día de la boda, según análisis de la Dra. Pérez Samper se produce la bendición de los anillos (rito religioso) y el agasajo de los invitados: un desayuno nupcial, un banquete con exquisitas viandas, un post banquete con juegos y bailes y una cena nupcial, actos de celebración con los que se hace partícipe a la comunidad, al entorno en el que se va desarrollar el nuevo matrimonio: se publicita.

En este orden de cosas hay que analizar qué características tenía el matrimonio moderno desde el punto de vista estrictamente jurídico; y la tarea obliga a hacer diferentes categorías: una categoría espacial (Europa Católica/Europa Protestante), y una categoría temporal muy significativa porque es diferente la caracterización de la institución en el siglo XVI, en el siglo XVII y en el siglo XVIII; y finalmente hay que hacer una nueva discriminación por clases sociales, que por otro lado ya se ha visto que siempre fue patente.

Comenzando por la Europa protestante, en la que los matrimonios aristocráticos y altoburgueses continuaban contrayendo un vínculo que

³⁸ XVII Seminario La Vida Cotidiana en la España Moderna: mujeres poderosas, influyentes y útiles. Proyecto de Investigación UCM PID2021-123444NB-I00. La doctora se centra en el análisis de la documentación de una boda aristocrática concreta, pero es extrapolable a otras ceremonias de esa época.

gira en torno a la aportación de la dote de la esposa, el control del patrimonio por parte del marido y, como novedad, el aislamiento definitivo de la misma en el ámbito doméstico dará lugar a una absoluta sumisión que se prolonga también durante el siglo XVII. La reforma protestante aporta a la institución del matrimonio altas dosis de recatamiento de la esposa al tiempo que lo considera como un elemento esencial en la sociedad. Para el protestantismo el matrimonio es un estado glorioso frente al celibato, defendido sin embargo de forma muy beligerante por el catolicismo.

La diferencia es sin embargo sustancial con respecto a las clases trabajadoras: la pequeña burguesía y el campesinado, aportan una nueva forma de llegar al matrimonio. Ante la necesidad de aportar dote y limitadas las posibilidades familiares a este respecto, la pareja ha de ser autosuficiente para casarse, por lo que lo hará a una edad más avanzada; mujeres y hombres salen de la casa familiar muy jóvenes, con el fin de realizar un trabajo o servicio que les permita acumular capital, lo que determina la aparición de situaciones «nuevas»: matrimonios más tardíos o solteras y solteros independientes; el matrimonio pequeñoburgués y campesino de la Europa protestante será una entidad económica colaborativa, y no sólo eso, sino que permite a las mujeres casaderas presionar a sus padres ante la posibilidad de elegir esposo (Coontz, 2006, p. 170). Pero lo más significativo es que esto provocó con el tiempo que el desarrollo económico de esos países fuera exponencial, frente al deterioro económico que sufrieron en el mismo periodo los países católicos, porque había una gran cantidad de ciudadanas y ciudadanos produciendo, ahorrando e invirtiendo en pequeñas propiedades y bienes de consumo. No obstante, esto no supuso en ningún caso que a las mujeres casadas les asistieran derechos legalmente reconocidos, sino que continuaron subordinadas al marido mediante el control que ejercía sobre los bienes y ganancias de toda la familia como unidad de producción.

Esta posibilidad de «elegir» determinó que el matrimonio se fuera asimilando al amor de forma cada vez más recurrente:

«Los reformadores repudiaron el derecho de los vecinos a regular y supervisar los matrimonios, alentaron al Estado a estrechar la definición de lo que era un matrimonio legal y apuntalaron el derecho de los padres a vetar un casamiento propuesto. Lutero argüía que los padres no tenían derecho a obligar a un hijo a casarse sin amor, pero que estaban completamente justificados si decidían prohibir un casamiento, hasta en el caso de que los jóvenes se amaran» (Coontz, 2006, p.182).

Los matrimonios basados en el amor eran criticados socialmente y el derecho de los padres y autoridades para vetarlos o invalidarlos era cada vez mayor, hasta el punto de terminar acordando un concepto de *compañerismo matrimonial* que debía ser el sentimiento que informara el matrimonio.

En este contexto, arraiga el concepto de matrimonio civil. No existe antes una distinción entre matrimonio civil y canónico: es decir el matrimonio es un rito más o menos formal que se va nutriendo de diferentes actos protocolarios: entrega de dote, entrega de cuerpos, bendición; esa ritualidad pública confiere un estatus y unos derechos y obligaciones a los contrayentes, pero no se define en ningún caso la titularidad de las competencias que puedan tener las distintas autoridades en la materia: Iglesia y Estado. Por la vía de la ritualidad y de la moralidad, la Iglesia, *de facto* se va haciendo acreedora de dichas competencias para determinar impedimentos, otorgar bulas por parentesco, o establecer causas de nulidad y separación.

Pero el matrimonio tiene unos innegables (y sustanciosos) efectos económicos: no solo en cuanto a las tasas que se puedan cobrar por la realización de estos trámites, sino por las implicaciones que tiene en el ámbito patrimonial; por ese motivo, tal y como vimos se proscribió, por ejemplo, la barraganía no solo entre clérigos sino también mediante una legislación que coloca de manera preeminente los derechos de la esposa casada legalmente, evitando diezmar la herencia de la prole legítima.

La primera vez que se habla de matrimonio civil es el 1 de abril de 1580, cuando se sancionó en Holanda la nulidad de todo matrimonio que no se hubiera celebrado ante el ministro calvinista o el magistrado civil. Posteriormente se extendió la sanción a los Estados federados de Holanda, a los Países Bajos y en época de Cromwell a Inglaterra, Irlanda y Escocia. Es, por lo tanto, el protestantismo el que se plantea un tipo de matrimonio válido y efectivo al margen del contraído ante la Iglesia Católica.

La doctrina protestante con su reinterpretación de los sacramentos considera al matrimonio fuera de esta condición: la consideración como sacramentos tan solo el bautismo, la comunión y la confesión, descarta al matrimonio que será exclusivamente de competencia estatal, es decir se le considera una institución de carácter civil con contenido patrimonial o lo que es lo mismo, un contrato reservado a la legislación y a la jurisdicción del Estado, abriendo un arduo debate para determinar la naturaleza contractual o sacra de la institución del matrimonio, que se ha de prolongar durante toda la Edad Moderna, en Europa.

La natural reacción al protestantismo de los países del sur de Europa, no se hizo esperar y se consolidó con el Concilio de Trento abriendo una época, la Contrarreforma, que consiguió arraigar un derecho matrimonial canónico sobre todo en Italia y en España, que ha perdurado hasta tiempos muy recientes con el debate sacramento *versus* contrato acerca del matrimonio como trasfondo.

Siguiendo la interpretación de Salvador Carrión³⁹, en los primeros siglos del cristianismo existe una convivencia pacífica entre ambas instituciones: existe un matrimonio que se considera un contrato civil (lo es porque se entrega un precio: arras, dote) cuya competencia es del Estado, y un matrimonio religioso cuya competencia correspondía a la Iglesia. A medida que pasa el tiempo, aumentan los conflictos y también el poder de la Iglesia por lo que ambas instituciones tratan de complementarse y no interferir, hasta que se produce un *sorpasso* por parte de la Iglesia que obliga a acomodar el derecho del Estado a sus propias prescripciones y la consideración del matrimonio básicamente como un sacramento del que dependen no obstante muchas consecuencias patrimoniales y civiles para los contrayentes.

La Iglesia, ve mermadas sus competencias en derecho matrimonial y el Estado Moderno se plantea la necesidad de asumir competencias dentro del mismo; en Francia al mismo tiempo que se va pergeñando el Estado absoluto se inicia un fenómeno secularizador que se materializa tanto a nivel práctico como jurídico; a nivel práctico porque en el orden judicial se produce una exclusión absoluta de la Iglesia, ya que la doctrina casi en su totalidad, afirmaba que cualquier controversia en el seno del matrimonio se podía dirimir al margen del sacramento por las autoridades civiles; y en el orden legislativo, porque se dotó al Estado de una legislación mixta en la que fue ganando terreno la interpretación regalista sobre la canónica.

A nivel jurídico, el absolutismo va tiñendo la argumentación de la preeminencia de la soberanía real sobre cualquier otra, sobre todo en lo relativo al patrimonio que informa el matrimonio, es decir en lo relativo a los pactos matrimoniales sobre los bienes de los contrayentes, dando paso a una etapa durante los siglos XVII y XVIII en la que ya hay una absoluta separación entre la condición de sacramento y la de contrato informando al matrimonio; separación que ya utilizan sistemáticamente los juristas franceses: unos centrarán su argumentación en la preemi-

³⁹ CARRIÓN OLMOS, S. (1977), *Historia y Futuro del matrimonio Civil en España*. Revista de Derecho Privado.

nencia del contrato; otros, en la del sacramento que tiene como base el contrato; otros en que la voluntad de los esposos conforma el contrato mientras que la bendición sacerdotal conforma el sacramento: pero la doctrina contractual siempre está presente.

En Italia y en España, sin embargo, se mantienen intactos los considerados derechos tradicionales (eclesiásticos) en lo relativo al matrimonio; o lo que es lo mismo, el concepto canónico y por ende la naturaleza sacramental que se hace remontar a la frase pronunciada por San Pablo en su Carta a los Efesios 6,32: «*sacramentum hoc magnum est, ego autem dico in Christo et in Ecclesia*». Otros autores consideran que es San Agustín quien emplea por vez primera la palabra «sacramento», en el «sentido de lazo sagrado, de signo indisoluble. La asimilación del matrimonio al místico desposorio de Cristo con su Iglesia impide por este signo sagrado su disolución» (Roldán, 1980, p. 75)⁴⁰.

Es a partir del siglo XI cuando la primera escolástica se convierte en la verdadera creadora de la teoría sacramental al delimitar la esencia del matrimonio en el consentimiento dando lugar por interpretación *contrario sensu* al matrimonio como contrato. Por su parte, la tradición germánica dará una relevancia tal a la cópula carnal que será también un elemento fundamental (matrimonio consumado), generando dos teorías distintas dentro de la Iglesia:

- Por un lado, la Escuela de Bolonia cuyo principal representante es Graciano, que en su Decreto afirma que la unión carnal (entrega) es la base del matrimonio: *duo erunt in carne una*.
- frente a la Escuela de París, con Pedro Lombardo al frente quien afirma que la cuestión axial para el perfeccionamiento del matrimonio es el consentimiento.

La tesis del consentimiento es cada vez más fuerte, y llevará a Inocencio III a afirmar, que el matrimonio es un sacramento válido únicamente en virtud del consentimiento, pero puede disolverse si no hay cópula (rato no consumado) solo mediante sentencia eclesiástica. De ahí, que la bendición sacerdotal es el elemento que da valor al sacramento.

Otros autores, como S. Alberto Magno o S. Buenaventura consideran que el matrimonio tiene además de la sacramental, naturaleza con-

⁴⁰ ROLDAN VERDEJO, R. (1980), *La ley del Matrimonio Civil de 1870. Historia de una ley olvidada*. Universidad de Granada.

tractual; sin embargo, para Erasmo, hay una triple causa que invalida el matrimonio-sacramento porque, dice, no hay rastro en la Patrística en la formación de dicho concepto, la opinión de Pedro Lombardo es contradictoria y la Epístola a los Efesios está mal traducida en la *Vulgata*; por lo tanto, según Erasmo de Rotterdam el matrimonio no es más que un contrato civil.

La contrarreforma, a través del Concilio de Trento va a rebatir esta idea, ahondando en la naturaleza sacramental del matrimonio; pero ya no podrá negar el núcleo contractual del mismo, lo que reclama la intervención jurídica del estado: «*Si quis dixerit matrimonium non esse vere et proprie unum ex septem legis evangelicae sacramentis a Christo Domino institutum, sed ab hominibus in Ecclesia inventum, neque gratiam conferr, anathema sit*» (Sesión XXIV, canon 1). El matrimonio es por lo tanto un sacramento que ha absorbido al contrato, por lo que la Iglesia tiene que reclamar para sí su jurisdicción. Así pues, no termina con la discusión; antes bien la alimenta: el sacramento es el revestimiento sagrado a un núcleo contractual institucional por cuyos efectos y consecuencias sobre todo de índole patrimonial son competencia indiscutible del Estado: no puede el Príncipe desdeñar esa competencia, dentro de la estructura del Estado autoritario moderno, ni siquiera en favor de la Iglesia.

A lo largo del siglo XVIII, se impone la elección personal del cónyuge y el matrimonio por amor y se convierte así en una relación personal de carácter privado, no comunitario. La introducción en el matrimonio de un nuevo elemento, el amor romántico, intentó desarmar este aparato de prohibición y culpabilidad: si el amor era sustrato básico del matrimonio, la ausencia sobrevenida del mismo debía suponer el fin del vínculo. Y aparece el peligro del divorcio masivo que destruirá la familia y por lo tanto la estructura del Estado, idea que se prolonga hasta bien entrado el siglo XX.

De entre las causas que determinan este cambio de concepto podemos mencionar, por un lado, la llegada de las ideas ilustradas y el consabido cambio de mentalidad que supuso, y por otro el definitivo establecimiento de la economía de mercado, precursora del capitalismo.

La nueva estructura del matrimonio que define al marido como proveedor y a la esposa como núcleo afectivo de la familia, depositaria del acervo emocional y moral de la misma, determinará unas características nuevas para la institución: el rechazo que las ideas ilustradas representan ante el control del individuo por el estado absolutista, va a determinar que el vínculo se considere como algo privado, al margen del Esta-

do, lo que sin embargo no va a redundar en ningún caso en una mejora de la situación de la mujer; esta vez la sumisión se impone no por razones económicas sino de índole intelectual; aunque algunos pensadores ilustrados defendían la igualdad de ambos sexos, otros, como Rousseau propugnaban la idea de que a la mujer debía serle inculcada la docilidad porque siempre habrá de estar sometida al juicio de un hombre.

Durante este periodo de tiempo, los matrimonios aristocráticos y altoburgueses continuaban basándose en la aportación de una dote que será administrada por el esposo y el amor ligado al matrimonio es simplemente un elemento curioso al que no se le otorga demasiada importancia, porque la importancia radica de hecho en otros aspectos, fundamentalmente en la sumisión que se eleva a una categoría axial en el ámbito de la convivencia.

Es cierto que en algunos países de Europa, como Francia, el ideal de libertad y privacidad en la consideración del vínculo va arraigando en la mentalidad social, al tiempo que la aristocracia, ociosa y corrupta moralmente va abandonando la rectitud que la Iglesia otorgaba al matrimonio y por eso comienzan a proliferar obras como la de Fenelón, que abogan por un modelo más abierto, en el que la sumisión no tenga tanto que ver con la inferioridad de la mujer sino con aquello que resulta razonablemente conveniente para la institución.

En este sentido, encontramos una *obrita* en España, *Consideraciones políticas sobre la conducta que debe observarse entre marido y mujer*⁴¹, proyectada para ser publicada en entregas, cuyo autor a través de un discurso pedagógico da algunos consejos acerca de cómo sobreponerse a esas corruptelas importadas de Francia que están desvirtuando la institución del matrimonio, aplicando la razón. Según su argumento, de entre todas las posibles maldades que pueden aquejar el matrimonio, la infidelidad es la peor de todas; la infidelidad de ellas, claro; porque «implica dejar el camino de la virtud, perder la modestia (...) la castidad» (Capel, 1997, p. 49). Y, con esa cadencia pedagógica se pregunta el autor por qué es más peligrosa la infidelidad femenina y se responde a sí mismo: «Porque compromete la legitimidad de los hijos, la descendencia, el honor y hasta el patrimonio de los maridos, que tienen la función pedagógica de mostrar a las esposas el camino

⁴¹ CAPEL MARTÍNEZ, R. M. (1997), «Venturas y desventuras del matrimonio a los ojos de un clérigo ilustrado». *La mujer en el Antiguo Régimen: de la cocina a los tribunales. Cuadernos de Historia Moderna*, núm. 19.

recto». De su lectura, no extraemos ni una sola mención al amor que han de profesarse los cónyuges (criterio que ya se introducía) sino a la conveniencia de mantener el vínculo sagrado (sacramento) del matrimonio en pro del orden social y político, económico.

Las ideas revolucionarias que acabaron dando lugar al Estado constitucional, y que en el contexto de la historia supusieron en gran medida la regulación civil del matrimonio frente a la religiosa, conllevaron la aceptación del divorcio dentro de la legislación sin apenas trabas en Europa: la regulación aún recogía de forma casi generalizada el concepto de culpabilidad, que si era de la esposa suponía la pérdida de la custodia de los hijos y de su dote; y si no lo era, su otorgamiento (sobre todo si eran muy pequeños) e igualmente regulaban la situación económica en que quedaba particularmente la esposa, lo que inexorablemente nos lleva a pensar que se la sabía mucho más perjudicada.

En Francia, durante la época napoleónica, llegó a prohibirse después de haberse regulado tras la Revolución Francesa, mientras que, en Gran Bretaña, por el contrario, la legislación y la jurisprudencia se fue especializando: la esposa podía solicitar el divorcio por adulterio del marido, si de forma conjunta probaba alguna otra causa como la crueldad o el abandono. Además, existía el «divorcio no oficial»: es decir el abandono *de facto* que sufrían muchas mujeres por parte de sus esposos, pero sin recurrir a la formalización del estado civil, generalmente por no poder probarlo o por no poder renunciar a una situación económica determinada, además de la humillación que provocaba en la sociedad de un gran número de estados.

Las expectativas del matrimonio romántico, basado en el amor y en la compenetración afectiva entre los cónyuges, hizo que en Europa Occidental aumentaran exponencialmente los divorcios al no encontrar satisfechas esas aspiraciones, e incluso en países profundamente católicos y en los que el poder de la Iglesia era muy fuerte, comienza a cuestionarse si el matrimonio ha de definirse como un vínculo perpetuo o no; en España será exponente principal de este debate el proceso de elaboración y la aprobación de la denominada «Ley de Matrimonio Civil de 1870» que se analiza más adelante.

Resulta significativo, en cualquier caso, cómo en todos estos países, en una época ya ciertamente avanzada y liberada, está cada vez más presente el concepto de la culpabilidad a la hora de regular el divorcio, especialmente la de la esposa, pero no solo. Y también resulta muy significativo cómo en la regulación del divorcio siempre está latente el problema patrimonial que genera la ruptura del vínculo: la liquidación

del régimen económico matrimonial, la atribución del domicilio, la recuperación de los bienes dotales, los derechos de alimentos y manutención de la prole.

El divorcio, superado el concepto absolutamente unilateral de *repudio*, siempre se ha planteado como un logro de los derechos femeninos y de las reivindicaciones feministas, aún en el caso de que en muchas ocasiones la mujer en la pareja quede mucho más damnificada tanto en sus derechos como en su patrimonio, pero indudablemente liquida el concepto de sumisión.

VI. El Estado Liberal y el constitucionalismo de los siglos XIX y XX

Ya en el siglo XIX la idea de sometimiento y docilidad ha calado totalmente en la sociedad burguesa, y lo ha hecho en forma de protección: se ha de proteger al sexo débil no porque sea *imbecil* como se predicaba en el siglo XVI; la desigualdad no se basa ya en la superioridad de un sexo sobre otro, sino que la diferencia es biológica, natural; cada uno de los sexos está preparado para desarrollar unas competencias determinadas, y según el pensamiento decimonónico la valía moral de las mujeres como eje fundamental de la familia, no debía ser contaminado con la actividad empresarial, laboral o económica que constituía la competencia fundamental de los hombres: es decir, se plantea la sumisión como una forma de respeto y deferencia de los hombres a las mujeres. Es, el *ángel del hogar*.

Así se reafirman los roles de ambos sexos: el marido proveedor y la esposa cuidadora, doméstica, encargada de realizar todas aquellas actividades que son necesarias para el sustento familiar y que no pueden ser adquiridas de otro modo bien por inexistentes en un mercado aún sin desarrollar plenamente o bien por excesivamente costosas, despojándolas de su identidad productora y cercándolas en la elaboración de las tareas de la casa, que se hacen por amor a la familia, de forma gratuita.

Este concepto alcanza por igual a la alta burguesía (la aristocracia en este momento post-revolucionario ya no es representativa), que también abraza ese concepto de marido-proveedor y esposa-cuidadora que se encuentra recluida en el hogar alejada de toda actividad comercial, económica o laboral, entregada a la caridad, a las labores y a fomentar las relaciones sociales con sus pares: «... los nuevos ideales románticos

fueron sencillamente un modo de justificar el dominio masculino en una época en la que el abierto patriarcado y el absolutismo ya no eran defendibles» (Coontz, 2006, p. 224) .

A lo largo del siglo XIX el matrimonio civil se impone: la tríada legitimidad de la prole, patrimonio y publicidad es demasiado contundente y el Estado necesita controlar la regulación del vínculo por los efectos sobre todo de contenido económico que llega a surtir sobre terceros; en contraposición se le dota de un contenido afectivo del que careció en sus orígenes y que se fue incorporando poco a poco hasta penetrar de lleno en la institución: el *mito del amor romántico* que se había introducido a lo largo del siglo XVIII, se afianza en el XIX apuntalado por la intención de aislar a la mujer de la toma de decisiones y de evitar su participación individual en la vida pública.

Y en este punto se vuelve a producir una división, esta vez de clases. El ángel del hogar es incompatible con las necesidades de la nueva clase social, el proletariado, porque las mujeres han de salir de sus casas para trabajar en condiciones precarias, descuidando el hogar y por lo tanto permitiendo que la rectitud abandone sus hogares; hay además un repunte importante de la prostitución como único modo para las mujeres solas que carecen de formación profesional alguna, de poder mantenerse, y todo ello servirá de paso para expandir la idea de la depravación de las clases más bajas. Será este, no obstante, el contexto perfecto para iniciar de forma incipiente el movimiento feminista.

A lo largo del siglo XX las circunstancias cambiantes que caracterizan la historia general, influyen en la historia de la institución: si bien hasta la I Guerra Mundial la situación es muy similar a la descrita para el siglo XIX, a lo largo del XX es cambiante: precisamente la guerra hace que se abandone ese mito de esposa hogareña, puesto que han de salir a las fábricas a producir durante la contienda ocupando los puestos de trabajo abandonados por los hombres que están en el frente, y se abre un periodo de cierta liberalización durante las décadas de los 20 e incluso los 30, que se verán de nuevo reforzadas con la II Guerra Mundial porque las circunstancias son muy parecidas.

Pero la posguerra trae consigo un enorme retroceso: los derechos reivindicados y conquistados por las mujeres (entre ellos el sufragio) no ha tenido fuerza suficiente para voltear la institución, la desigualdad jurídica a la hora de contraer matrimonio sigue siendo legal y resultó suficiente para volver a una suerte de matrimonio definido con el binomio marido proveedor-esposa cuidadora, que en detrimento de los dere-

chos de las mujeres va a suponer *de facto* una nueva dependencia económica y en muchos casos aún jurídica por vía legal o notarial.

La revolución social de los años 60, que se prolonga de forma sostenida durante las décadas de los años 70, 80 y 90 ha permitido la regulación de vínculos más igualitarios (al menos formalmente) y actualmente asistimos aún a una nueva revolución con la inclusión de matrimonios de personas del mismo sexo y no binarias.

Capítulo 2

■ Historia del matrimonio y del divorcio en España. La formación del régimen económico matrimonial ganancial y su perdurabilidad en nuestra legislación

I. Historia del matrimonio y del divorcio en España hasta la regulación del Código de 1889

Hasta el advenimiento de la época contemporánea, la situación en España es muy similar al resto de Europa. A partir del siglo XIX, la condición jurídica de la mujer casada se ve mediatizada también en España, por su papel en el sustrato económico del matrimonio, ya sea en la burguesía o en la clase trabajadora. El contexto revolucionario que acoge los primeros movimientos feministas tiene su importancia en España a nivel social, pero a nivel jurídico la mujer sigue siendo considerada bajo la autoridad masculina del padre o del marido.

Se consiguen algunos avances, como el derecho de sufragio de gran importancia política, pero con poca trascendencia en el ámbito del derecho privado: en el divorcio, cuando se regula, como se verá más adelante, sigue vigente el concepto de culpa; el domicilio del matrimonio sigue siendo el del marido; el sueldo que cobran las mujeres por su trabajo cuando lo tienen es percibido por el marido, ahuyentando cualquier posibilidad de independencia económica; la licencia marital, necesaria para cualquier transacción económica e incluso administrativa, estará vigente hasta 1975.

En el siglo XVI en España se optó por una trasposición de la normativa del Canon IV de Trento, pues a partir de la Real Cédula de 12 de julio de 1564 se reconoce como Ley del Reino lo dispuesto en el canon tridentino y se ratifica siglos después en la Novísima Recopilación: el

matrimonio se contrae con una única forma válida, la canónica, sin perjuicio de que el Estado regule los efectos civiles que genera el mismo.

Ahora bien, en lo relativo al consentimiento y las dispensas, el Estado se ve obligado a legislar con innumerables pragmáticas de entre las que es reseñable la Pragmática de 23 de marzo de 1776 otorgada por el rey Carlos III, en la que incide en la necesidad de la licencia de los padres, parientes o tutores para contraer matrimonio.

En cualquier caso, la mayor o menor atención a esta legislación dependerá del estado de las relaciones con Roma: a mayor tensión, más potestad a los obispos patrios para dispensar. No se trata de sustituir a la Iglesia, pero sí de controlar los eventuales ingresos producidos por la condición patrimonial y económica del matrimonio: en el ámbito privado, el consenso permitía a las familias controlar los beneficios derivados de los mayorazgos; en el ámbito público, se evitaba la salida de dinero español a Roma al pagar la tasa requerida para obtener una dispensa.

No se plantea la disidencia eclesiástica en la Pragmática de Carlos III, sino obtener un beneficio económico, en virtud del cual Floridablanca programaría una instrucción en 1787 comprensiva de algunas reformas en este mismo sentido. Eliozone, jurista español ilustrado, abunda en la compatibilidad de los cánones del Concilio y la regulación estatal, apercibiendo de la posibilidad de que el Estado establezca impedimentos en materia matrimonial en lo que se refiere a la naturaleza contractual misma porque «las leyes dictadas por los Soberanos no tocan en modo alguno a la substancia del Sacramento del matrimonio, sino que socorren a la necesidad del contrato» (Eliozone, 1783)¹. El también jurista ilustrado Antonio Tavira va aún más lejos, pues deduce que, puesto que los impedimentos afectan a la condición contractual del matrimonio, son de exclusiva competencia de la autoridad civil.

La regulación tridentina endémica en nuestro derecho Civil no fue en principio aceptada por los legisladores liberales que en virtud de la codificación elaboraron los sucesivos proyectos de códigos de 1821 y 1851, así como la Ley de Matrimonio Civil de 1870.

En 1814, recién inaugurado y simultáneamente próximo a desaparecer de forma momentánea el espíritu liberal en España derivado de la Constitución de 1812, Llorente reafirma el principio de la competencia

¹ ELIOZONE Y ÁLVAREZ, F. A. (1783-1788), *Práctica Universal Forense de los Tribunales de España y de las Indias*. Imprenta de D. Pablo Marín.

civil del matrimonio en orden a los impedimentos (Llorente, 1756-1823)², y además afirma la solubilidad del vínculo matrimonial, en virtud precisamente de la mayor relevancia de la naturaleza contractual del matrimonio, frente a la sacramental.

Años más tarde, en pleno Trienio Liberal y presentado por la Comisión especial de las Cortes nombrada el 22 de agosto de 1820, comienza a redactarse un Proyecto de Código (el de 1821) que, aunque inacabado y nunca promulgado, permite analizar cómo tiene lugar en España el avance hacia la legislación matrimonial civil. El artículo 304 preveía un acto solemne de carácter civil consistente en la prestación del consentimiento por parte de los contrayentes ante la autoridad municipal, previo a la celebración del matrimonio propiamente dicho en la correspondiente parroquia; este acto, es importante hasta el punto de poder declararse nulo el matrimonio canónico si no le precedía esta formalidad (arts. 307 y 308). Además, se atribuía a los Tribunales civiles, la competencia para conocer de las causas de nulidad.

No obstante, esta formalidad pierde bastante fuerza si tenemos en cuenta que en su artículo 279.^{3º} se establece como requisito imprescindible para su validez, además de la capacidad y el consentimiento, «su celebración solemne ante el párroco y testigos», con arreglo a las solemnidades que prescribe la Iglesia Católica, Apostólica y Romana, conservando así la vigencia del canon tridentino, mientras que el pre-matrimonio laico descrito en el artículo 304 suponía un laicismo jurídico derivado sin duda de la influencia del Code Napoléon. El proyecto se movía en una solución intermedia, dada la enorme alarma que causaron en el Episcopado algunas de las opiniones de juristas y diputados, como el anteriormente mencionado Llorente.

El establecimiento nuevamente de la monarquía absoluta en España, en la persona de Fernando VII tras la caída de Riego y el advenimiento de la denominada década ominosa, trajo consigo la vuelta al criterio sacramental tridentino sobre la naturaleza del matrimonio.

No obstante, las convulsiones de la época, el ascenso político de la ideología liberal progresista o moderada sobre la que sentó sus bases el reinado de Isabel II, ya fuese durante las Regencias o durante el reinado efectivo, determinó por un lado que se desarrollase una ingente doctrina jurídica general, y por lo tanto también en torno al matrimonio; y por otro, que la necesidad de codificar el derecho civil en nuestro país,

² LLORENTE, J. (1756-1823), *Discursos sobre una constitución religiosa, considerada como parte civil nacional*. Stahl.

diese lugar a un nuevo proyecto de código, el de 1851, que tampoco verá la luz pero que sirvió para alinear posiciones en torno a la cuestión e informará en cierto modo la futura «Ley de Matrimonio Civil de 1870» determinando además la definitiva regulación que se hizo en el Código Civil de 1889, aún vigente hoy con sus necesarias modificaciones.

El Código Civil de 1851 exige en su artículo 48 la fórmula canónica para otorgar validez al vínculo, mientras que el 78 reconoce la función del Estado para regular el divorcio con carácter exclusivo. Producto de la denominada década moderada del Reinado de Isabel II (1844 a 1854) el texto trata de conjugar las exigencias de progresistas y moderados, pero supone un claro retroceso en lo relativo al matrimonio civil con respecto a su antecedente, el de 1821. Sin embargo, para su generación se desarrolla un amplísimo debate doctrinal que se perpetúa hasta bien entrado el siglo xx en el que reputados civilistas y autores menos conocidos vierten su opinión acerca de la naturaleza del matrimonio. Y se pueden ver claramente dos posturas contrapuestas: una más progresista que aboga por un matrimonio-contrato y otra mucho más conservadora que lo hace por el concepto sacramental. Toda esta doctrina civilista se va a trasponer de lo que es meramente el concepto de matrimonio y evolucionará también a teorías sobre el tipo de régimen económico matrimonial que debe regularse, la legitimidad de la prole y la condición del patrimonio de la esposa, e incluso la posibilidad de regular o no el divorcio dentro de nuestro derecho matrimonial. Es bastante sintomático que los defensores más fanáticos del modelo sacramental lo son también del sistema ganancial, como se verá más adelante.

Pero centrándonos ahora en el proyecto de código de 1851, Florencio García Goyena, Diputado en Cortes y Jefe del Consejo de Ministros admite el doble carácter del matrimonio: «El matrimonio por su origen y naturaleza es un contrato; entre los cristianos es también un sacramento»³. Como contrato, sólo la autoridad temporal tiene competencia, pero no discute la autoridad eclesiástica en lo relativo al sacramento y se remonta al derecho territorial castellano en su argumento, al establecer una relación directa entre el Fuero Juzgo, el Fuero Real y las Partidas interpretando que el sacramento había fagocitado al contrato; y va más lejos: la forma canónica se convierte en legislación civil con la mencionada trasposición de la Cédula de 12 de julio de 1564 en la

³ GARCÍA GOYENA, F. (1852), *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*. Madrid, Imprenta de F. Abienzo.

única válida; es decir el canon tridentino adquiere vigencia tras ser recogido por una norma civil, estatal (la Nueva Recopilación). Por ello aboga por que sea la autoridad civil, la única competente para resolver todas las cuestiones civiles relativas al matrimonio.

El convulsionismo decimonónico que sigue imperando, no permitirá la aprobación del Código. La Revolución de 1868 termina con el proyecto y el espíritu revolucionario y progresista impregna tanto a la sociedad como a la política. Las Juntas, que sustituyen la autoridad real una vez exiliada la Reina Isabel II toman el mando y comienzan a acometer cambios sociales y políticos *de facto*, previos a la regulación constitucional necesaria. Así, comienzan a autorizarse matrimonios ante los alcaldes de algunos municipios: matrimonio puramente civil íntimamente ligado a la libertad religiosa que exigen los principios de la revolución. Y se desarrollan algunos «cuerpos legales» en este sentido, como la Ley de Matrimonio Civil de Reus; pero el Gobierno provisional no puede aprobar estas prácticas y exige su abandono hasta que se produzca una regulación estatal y general sobre la materia.

Las Cortes Constituyentes reciben numerosas peticiones a través de las Juntas revolucionarias sobre aspectos para los que los ciudadanos estiman necesaria una regulación: un porcentaje muy pequeño de estas peticiones está relacionado con el matrimonio civil, lo que indefectiblemente nos lleva a pensar que hay más de interés político que de exigencia popular; sin embargo, resulta muy representativo que la práctica totalidad de las reivindicaciones en torno al matrimonio civil provienen de municipios catalanes, en los que el régimen económico matrimonial es el de separación de bienes. Hay una clara relación entre matrimonio católico-régimen ganancial frente a matrimonio civil-régimen de separación de bienes.

Y da comienzo una ardua batalla parlamentaria en torno al matrimonio, símbolo de posturas políticas, sociales y religiosas, que los sucesivos ministros de Gracia y Justicia se ven en la obligación de sortear como mejor puedan. Antonio Romero Ortiz, por ejemplo, califica de «público concubinato» esas uniones civiles ante las presiones de los tradicionalistas que se refieren al acto como ese «mal llamado matrimonio».

Pero Romero, no es contrario al matrimonio civil; lo es a la ilegalidad que supone su celebración no regulada mediante la normativa correspondiente: las Cortes han de dar forma legal a las pretensiones revolucionarias. Para otro diputado liberal, mucho más progresista, Río y Ramos el matrimonio civil se encuentra en el espíritu de la revolución

y es consecuencia de la libertad de cultos; sin embargo, continúan incidiendo en la dualidad, en la doble naturaleza.

Por todo ello, la Iglesia que no había visto en principio un peligro inminente en cuanto a la sacralidad de la institución, envía también peticiones a las constituyentes para que lejos de reconocer la libertad de cultos, se establezca la oficialidad de la religión católica. El ministro de Gracia y Justicia (Romero Ortiz) se mantiene firme: sí al matrimonio civil, previa la regulación legal pertinente; y ya aprobada la Constitución de 1869 que recoge la libertad religiosa, presenta en Cortes un nuevo Proyecto de Código Civil inacabado que, aunque toma gran parte de su articulado del de 1851, establece el matrimonio civil como único, exclusivo y excluyente y además prevé la creación de un Registro Civil en el que se inscriban nacimientos, matrimonios y defunciones.

Se le acusa de radicalismo, y juristas prestigiosos como el diputado Antonio Montero Rius le reprochan su separación de la doctrina católica, a pesar de que el proyecto de Romero aceptaba la indisolubilidad del matrimonio. Montero proclama la «bondad» de la legislación canónica que a su juicio constituía un conjunto normativo coherente, abogando por la secularización de la normativa canónica y la perpetuidad e indisolubilidad del vínculo por tratarse de un contrato, sí, pero de derecho natural sobre el que descansa la moralidad del hogar: la procreación ordenada y legítima y la mutua cooperación entre cónyuges.

Para llegar a esta conclusión Montero, conocedor de la Historia del Derecho, defiende que la Iglesia siempre ha reconocido el valor civil del matrimonio, refiriéndose a los matrimonios *a yuras* celebrados durante la Edad Media, y falseando la realidad porque técnicamente el matrimonio civil es el regulado por las normas del Estado y surge en Europa como hemos visto por la negación de la condición de sacramento que se opera con la Reforma protestante, y el matrimonio *a yuras* fue una situación fáctica entre clases sociales bajas que no pueden acceder a las formalidades del matrimonio canónico por carecer, entre otras cosas, de dote.

De entre los argumentos esgrimidos, destaca el defendido por el diputado Pedro de Madrazo quien incide en la condición social del acto matrimonial porque en él se fundamenta la familia que es a su vez fundamento de la sociedad, adquiriendo así el matrimonio una cierta connotación de contrato especial. En este mismo sentido otro diputado, Cristino Martos defiende que el matrimonio como contrato pertenece a la sociedad, mientras que el sacramento pertenece a la Iglesia.

El ministro Romero Ortiz, abandonado por su propio partido antes del debate en Cortes, dimite y es nombrado otro de transición (Cristóbal Martín de Herrera) que retira el proyecto hasta que finalmente otro nuevo Ministro de Gracia y Justicia, Manuel Ruiz Zorrilla presenta en Cortes un proyecto de Ley (no de código) tan amplio como para regular todos los aspectos relativos al matrimonio: acto, requisitos y efectos desde una perspectiva civil, toda vez que la aprobación de un Código Civil completo, aún no se vislumbra.

Es la «Ley de Matrimonio Civil de 1870»; se presenta prácticamente como un código de derecho de familia que renueva todos los principios político-legislativos imperantes en España desde Trento en materia matrimonial: sin embargo, la única innovación real es la competencia exclusiva del Estado, el resto de las normas (consentimiento, autorización, indisolubilidad, impedimentos, régimen económico) permanecen prácticamente inalteradas. La Ley, no deja de ser una reafirmación del principio de soberanía nacional del Estado, consecuencia de los principios revolucionarios de La Gloriosa y la aplicación de dos de ellos que se consideran fundamentales por los revolucionarios: la libertad de culto y la igualdad ciudadana.

En este sentido se pretende terminar con el trato de favor que recibe la Iglesia católica y sus fieles (la regulación es muy similar a la de nuestra constitución de 1978, art. 16) y dotar de reconocimiento y validez al resto de los credos y formas de contraer matrimonio: el civil, iguala a todos los ciudadanos y deja a la intimidad de cada uno su sentimiento religioso. El debate parlamentario supuso nuevamente la discusión histórica sobre la antítesis contrato-sacramento.

La postura del Gobierno es la de no insistir en la condición civil del matrimonio, para no enfrentarse a la Iglesia; antes bien refuerzan la teoría de que ambas naturalezas perfectamente diferenciables, son compatibles para los católicos en cuanto al acto; pero los problemas de régimen personal y económico han de ser competencia exclusiva del Estado. No se niega el aspecto religioso-sacramental profundamente arraigado en la sociedad, pero se desdobra en dos factores separables: el contrato y el sacramento. La Ley se propone no interferir en la actividad eclesiástica permitiendo la celebración del matrimonio religioso antes, después o al tiempo del civil (art. 34) pero «el matrimonio que no se celebre con arreglo a las disposiciones de esta ley, no producirá efectos civiles» tal y como establece su artículo 2; reconoce por lo tanto implícitamente la posibilidad de celebración de otros ritos sin que por ello sean considerados concubenarios.

La oposición a la Ley es profunda y se estructura en base a la tesis eclesiástica: imposibilidad de separar contrato y sacramento para los católicos y por ende prohibición encíclica para que lo contraigan sus fieles. El Episcopado comienza a ponerse nervioso y vaticina todo tipo de desastres sociales y personales si se abandona el modelo sacramental en favor del civil. El cardenal arzobispo de Santiago

«indica que el matrimonio es, en todos los pueblos, cosa sagrada y, este carácter sagrado le viene de la «noticia, más o menos desfigurada que se conservó en todos los pueblos antiguos acerca de las escenas del Paraíso, entre las cuales figura la formación de la mujer del costado, y la presentación y entrega que de ella hizo el Señor nuestro primer padre, bendiciéndolos al mismo tiempo» (Roldan, 1980, p. 88).

La reacción de la Iglesia española fue negativa y contundente. Debemos enmarcar no obstante esta oposición no sólo en la pérdida de poder que representaba frente al poder del Estado, sino en un contexto mucho más amplio de crisis por la falta de fe de la ciudadanía provocada por el advenimiento del socialismo y las sucesivas revoluciones liberales y proletarias en toda Europa.

Es por ello por lo que el Papa Pío IX convoca un nuevo concilio, el Vaticano I (inconcluso por la toma de Roma durante la unificación italiana) que declara la infalibilidad del Papa. Los católicos partidarios del endurecimiento de la postura de la Iglesia se presentan muy beligerantes (neocatólicos) concentrados en el *Syllabus*, encíclica dictada por el pontífice que condena el liberalismo y la civilización moderna y es por ende la base del carlismo ultramontano al que se adhiere la Iglesia española. Define el matrimonio civil como torpe, perjudicial, inmoral e infame concubinato y se manifiesta nuevamente agredida, refiriéndose a las recientes desamortizaciones de bienes que se habían producido durante el siglo XIX, es decir estableciendo un claro paralelismo en lo relativo a la pérdida económica, porque del control de la institución matrimonial la Iglesia recibe directa e indirectamente cantidades económicas importantes.

Esta Ley que los obispos españoles tachan de anticatólica porque impone a la Iglesia «varios y pesados» gravámenes en el orden económico, para la jerarquía eclesiástica llega a igualar el matrimonio civil a «una relación incestuosa que destruye la firmeza conyugal» (Roldan, 1980, p. 267).

El Obispo de Santiago, antes citado, dice que se empuja a la familia a un «lodazal de paganismo» y vaticina la llegada de un ejército de hijos ilegítimos e incluso que «la mujer quedaría condenada a vivir en la fornicación», por lo que se verían obligados a expulsar de la Iglesia a los que lo llevaran a cabo e incluso a los funcionarios que, cumpliendo la ley, intervinieran en esos actos, forzando así su incumplimiento y mostrando una oposición aún más intransigente que el propio pontífice (Roldán, 1980, p. 267).

La oposición de los partidos políticos, como hemos visto, es bastante clara entre conservadores proclives al matrimonio canónico, y los liberales proclives al civil. Es representativa no obstante la posición de los partidos republicanos que exigen como condición necesaria «la absoluta independencia de la mujer dentro de la familia» (Roldán, 1980, p. 270).

Se ataca a la ley por ser coactiva (como todas las leyes) y se analizan también las implicaciones de la implantación del matrimonio civil en otras ramas del derecho. La regulación del régimen económico matrimonial, queda intacto: es de gran importancia la mención que se hace acerca de la indisolubilidad del vínculo, lo que hace imposible la división del patrimonio y por lo tanto la perpetuación de la administración de los bienes de la esposa en manos del marido hasta la disolución por fallecimiento.

Asimismo, se suprimen los efectos indemnizatorios de la promesa de matrimonio, con gran disgusto de la oposición conservadora y se plantean problemas de índole penal: al no considerar ilícito el mero matrimonio religioso la ley deja abierta la puerta, según la postura conservadora, a la bigamia. Esta posibilidad se corrige al existir un registro civil en el que consten los matrimonios, extremo apuntado de forma bastante torpe por del diputado liberal Martos, quien insta a las mujeres a «contraer matrimonio civil para alejar el peligro de un futuro abandono».

Tampoco resultó suficientemente contundente para la oposición conservadora, que atacó sin piedad la existencia legal de un Registro Civil que se convirtió también en motivo de discordia ya que veían en él, no un mero instrumento de carácter administrativo y estructurador sin ninguna validez constitutiva tal y como defiende Moreno Nieto en su discurso en Cortes; para los conservadores es una forma más de despojar a la Iglesia de su potestad sobre el matrimonio al obligar a los párrocos a entregar un acta de los celebrados en su presencia y dejando sin validez los registros eclesiásticos instituidos tras el Concilio de

Trento. Esta oposición, tal y como ha demostrado la Historia, era una mera traba sin ningún contenido argumental, puesto que derogada que fue la Ley, siguió manteniéndose sin embargo el Registro Civil como instrumento burocrático hasta nuestros días.

Con una amplia oposición, la ley se aprueba en Cortes el 14 de diciembre de 1870; pero en 1875, tras la restauración de la monarquía es simplemente un espejismo revolucionario al que se ha ido vaciando de contenido por la vía de la permisibilidad en su incumplimiento. La celebración de matrimonios canónicos previos a la celebración del civil como mero trámite es el inicio de su declive, porque los cónyuges cumplido el rito religioso, no acuden a las instancias civiles: la falta de inscripción no sancionada es la tónica general; le faltó energía al Gobierno, frente a la ofensiva campaña de la Iglesia para perpetuar su poder, aprovechando la disposición de la sociedad española a la tradición ritual católica.

No obstante, dio lugar a numerosas disposiciones complementarias en forma de Decretos y Circulares, en primer lugar intentando implementar la nueva legislación; a partir de la llegada de Cánovas, contemporizando con la potestad eclesiástica hasta que el 9 de febrero de 1875 se dicta un Decreto por el que se restablece la plena vigencia del matrimonio canónico y los efectos civiles de los contraídos entre 1870 y 1875 con esa forma aunque no hubiesen cumplimentado el trámite registral; asimismo se rehabilita a la jurisdicción canónica para conocer de las causas de nulidad y separación incluso de las pendientes, pero dejando en manos de la civil solo las relativas al depósito de la mujer casada, alimentos y litisexpensas: es decir, los aspectos de contenido económico.

Gran parte de la legislación en torno al matrimonio que se desarrolla en España a partir de 1870 al hilo de la Ley de Matrimonio Civil, así como el debate doctrinal, se centra en la regulación o no de la separación y el divorcio, sus consecuencias y sus efectos, en relación con la capacidad jurídica de las mujeres que también sufre un cambio en ese periodo.

Preocupa a los detractores del Proyecto, que le consideran, no sin razón, la consecuencia lógica de la condición de contrato atribuida al matrimonio. Pero en la Ley de 1870 el matrimonio no es un contrato civil; antes bien lo considera como un rito religioso cuyos efectos civiles deben estar regulados por la legislación civil. De ahí, que declare la perpetuidad del matrimonio; de ahí que no se plantee la posibilidad del divorcio, toda vez que además el cercano ejemplo de Francia que lo

regula como consecuencia de la secularización del Estado operada tras la Revolución, lo ha abolido en 1816: la división de patrimonios conyugales para el Estado capitalista que se está gestando, no resulta rentable.

En cualquier caso, muchos diputados (Romero Robledo, Calderón Collantes o Moreno Nieto) vaticinan que el divorcio llegará sin remedio como consecuencia del matrimonio civil. Pero no sólo; un sector importante cuantitativamente y de gran peso intelectual, debate acerca de la necesidad/oportunidad de regular la figura que ya empezaba a ser común en países del entorno.

La condición de país eminentemente católico y con una sociedad burguesa muy apegada a las tradiciones, así como el amplio y profundo debate parlamentario que se había generado en torno a la dualidad (contrato-sacramento) del matrimonio, hace que se regule como *perpetuo*, excluyendo por lo tanto la disolución del vínculo. Esa misma senda sigue el Código Civil de 1889.

La fallida ley, supuso no obstante un hito de enorme relevancia en nuestro derecho matrimonial: el sustrato civil del matrimonio perduró y se mantiene hasta nuestros días, aunque en aquel momento y en épocas posteriores con forma católica como única válida; se ha perpetuado como instrumento fundamental para el Estado la vigencia del Registro Civil y además supuso un enorme avance técnico-jurídico en la doctrina civilista ya inmersa en un nuevo debate, el Proyecto de Código Civil de 1889.

II. El régimen económico matrimonial en España: su formación histórica

1. LA INSTITUCIONALIZACIÓN DEL RÉGIMEN GANANCIAL

En este contexto de matrimonio canónico y sacramental en el que la entrega física entre los cónyuges marca normalmente la perfección del vínculo que se ha formalizado de manera externa a través de unos ritos muy concretos, se regula inexorablemente un régimen económico ganancial que prevé la comunicación de todos los bienes de los esposos, estableciendo una administración de la sociedad conyugal exclusiva del varón tanto de los bienes propios, como de los comunes y en la práctica también de los aportados por la mujer. Hay que preguntarse cómo llega a ser este régimen el único aceptado en España, no solo desde la regu-

lación jurídica, sino socialmente. Hay que tener en cuenta que es el adoptado durante la codificación y que con reformas, menos profundas de lo que se pretende, es el que a día de hoy está vigente de manera supletoria en nuestra legislación civil de familia. Para ello, dividiendo en etapas la formación histórica de la institución en nuestro derecho, se puede llegar a la comprensión del fenómeno.

2. LOS PARAFORENALES COMO EXPRESIÓN DE LOS BIENES PROPIOS DE LAS MUJERES Y SU PERSPECTIVA HISTÓRICO-JURÍDICA

2.1. *El Derecho Territorial Castellano. El marco de los bienes gananciales para la pervivencia de los paraforenales*⁴

Siguiendo a los historiadores del derecho decimonónicos Eduardo de Hinojosa y Naveros y Francisco de Cárdenas, la adopción del sistema ganancial en España se basa en el hecho de que nuestro derecho histórico está más influenciado por el derecho germano que por el romano; la mera existencia de una comunidad familiar ya da la idea de comunidad de bienes que finalmente conllevan los gananciales, puesto que la mujer germana colabora con el marido tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra (Prieto Bances, 1976, p. 612)⁵.

Pero lo que definitivamente hará confluir ambos modos de organización (de tradición romana y de tradición germana), será la llegada del pueblo visigodo, de costumbres altamente romanizadas, pero con origen germano: en Hinojosa 1915 (p. 20), se puede leer «de las instituciones jurídicas reguladas en el Código Visigodo, conserváanse las más particularmente germánicas, como la dote aportada por el marido y la sociedad de gananciales» y más adelante concluye «la extensión con que se usa, difícilmente explicable por haberla tomado unos estados de otros, conduce a establecer la conclusión de que la comunidad de bienes procede del derecho consuetudinario visigodo»⁶.

La base de la familia visigótica era el matrimonio, pero tamizado por la notable influencia que recibió de la doctrina católica: se permiten

⁴ PÉREZ DE VILLAR HERRANZ, G. (2014), *Las Costumbres Holgazanas de Córdoba*. Ediciones Electrónicas de la AEHM/UMA.

⁵ PRIETO BANCES, R. (1976), «Los notarios en la historia de la sociedad legal de gananciales». En *Obra Escrita*. Universidad de Oviedo, Secretariado de Publicaciones, pp. 607-654.

⁶ HINOJOSA Y NAVEROS, E. (1915), «El elemento germánico en el derecho español», *Obras*. Tomo II. Imprenta Clásica Española.

las donaciones menores entre cónyuges, a diferencia de lo que sucedía en el Derecho Romano, y se recogen —solapadamente al menos— la *morgengabe* y otras donaciones *ante* o *propter nupcias*; se trata de comunicar los bienes que los esposos, cuando se unen en santo matrimonio ganan para su patrimonio común, de suerte que la proclamación del vínculo que les hace uno, también se traduzca en la economía que les rige (Prieto, 1976, p. 616), refiriéndose a la declaración que en Decretales de Gregorio IX, 4, 20, 2 se hace al respecto: «Disuelto el matrimonio está obligado el marido a dividir con la esposa los gananciales que hubiere», porque

«con el cristianismo los relatos bíblicos sustituyen a la mitología greco-romana, pero puede perseguirse también la hipótesis de un mito dando a luz a la costumbre. Numerosas fuentes, ponen en relación la costumbre de la comunidad de bienes entre los cónyuges con el mito de la primera pareja «*duo erunt in caro una*» (Carbonnier, 1974, p. 100)⁷.

Probablemente la dote visigoda desempeñase el papel del arra penitencial: ya en el siglo IV se confundía entre *dos* y *arra*, porque la entrega de arras acompañaba normalmente la promesa de dote y ésta era a su vez prueba irrefutable del compromiso asumido por el esposo. Merêa (1952)⁸ incide en el vocablo utilizado en los documentos originales al referirse a la mujer prometida como *recabdada* (*recaudada*, pero también *recatada*) palabra estrechamente ligada a las ideas de contrato y garantía, pero también de exigibilidad de pureza y honestidad sexual.

La dote es un requisito indispensable para la celebración del matrimonio entre nobles: sin dote, no hay matrimonio. Será la dote, por tanto, la negociación en torno a ella, la fijación porcentual, los modos de hacerla efectiva, es decir la posibilidad de diferir su pago y de extenderla a los bienes futuros del marido y en su caso a qué bienes, la aceptación de las arras como promesa de pago (que terminará también institucionalizándose), lo que vaya conformando a lo largo de la Edad Media el régimen de ganancialidad de los bienes.

Es posible, según afirma gran parte de la doctrina, que sean precisamente los pactos prenupciales, los que hayan dado lugar a la comunidad de bienes, por lo que se fueron desarrollando fórmulas notariales

⁷ CARBONNIER, J. (1974), *Derecho Flexible: para una sociología no rigurosa del derecho*. Dickynson.

⁸ MERÊA, M. P. (1952), *O dote nos documentos dos séculos IX-XII*. Estudos de direito hispânico medieval [Universidade].

que establecían como se realizaría ese reparto y cómo se distribuirían los frutos que éstos produjeran; la generalización de estas fórmulas (Prieto, 1976, p. 621) pudo dar lugar al establecimiento de un sistema de reparto que se fue instalando lentamente en la sociedad hasta que en el periodo de la Recepción del Derecho Común, recibió la definitiva confirmación basándose en la idea católica de la entrega mutua, solidaridad entre cónyuges y sacrificio propio en beneficio del otro (en lo bueno y en lo malo, en la riqueza y en la pobreza): en este sentido, debemos hacer hincapié en la enorme influencia de las tesis de S. Pablo y sobre todo de S. Agustín, quien difundió la idea de la comunidad patrimonial como medio de elevación de la condición de la mujer y de igualdad entre los cónyuges aunque el marido proveedor era siempre el «cabeza de familia».

Junto con esta política de pactos prematrimoniales, negociados por las familias, surgen otros pactos entre cónyuges, los pactos de hermandad que ya mencionaba Hinojosa, por los cuales se impedía que los herederos de uno de los cónyuges una vez que hubiera fallecido éste, despojaran al otro de sus ganancias, testando en su favor, asimilándolo a un hijo: son los pactos «*unitas viri et uxori*» y «*perfilatio*».

Según Cárdenas se trataría de un uso ilegal, una suerte de «usufructo viudal» que encontraría su origen en el derecho de uso del ajuar doméstico (parata, en derecho romano) y que se iría extendiendo posteriormente a otros bienes, llegando a ser tan amplio que en el siglo XIII las Siete Partidas de Alfonso X prohíben su suscripción hasta un año después de contraído el matrimonio.

Así, podemos ver como existía un amplio margen de acción libre de los cónyuges, que podían pactar previamente el reparto de sus bienes, derivado de la unilateralidad del sistema dotal. No obstante, estos pactos fueron mucho más frecuentes en León, donde imperaba la aplicación del *Liber Iudiciorum* (en adelante, LI), que, en Castilla, donde se imponían los fueros locales; en este sentido Font (1954) recoge una Carta dotal del Tumbo de Calanova (AHN, 916) en la que un noble cede a su mujer la parte de sus bienes aunque los tuviera por donación regia y lo que estos pudieran acrecer (presentes y futuros) «*quod te per lege gotorum non competebat*»⁹.

⁹ FONT RIUS, J. M. (1954), «La ordenación paccionada del régimen matrimonial de bienes en el derecho medieval hispánico», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm. 8, pp. 189-244.

Aunque se tiende a colocar al Fuero Juzgo (en adelante, FJ) como el origen indiscutible de la institución de gananciales, ya antes, Recesvinto, consciente de los problemas que conllevaba el reparto de bienes, otorga una ley, la *Dum Cuiuscumque* (LI 4, 2, 16) que si bien presume una concurrencia similar de bienes de ambos cónyuges, esta presunción desaparece si se acredita que la aportación es distinta: «... *quibus in amorum nomine inveniuntur scripturae confectae, iuxta conditionem ipsius scripturae, pertineat illis et divisio rei, et possessio iuris*». Probablemente el origen está en esas *scripturae* de las fórmulas anteriormente mencionadas, como la Fórmula XX de las visigóticas, fórmula *ad solemnitatem*, que, sin entrar en la polémica acerca de la veracidad de su origen, tal y como la conocemos, más bien parece recogida para facilitar una costumbre que se practicaba comúnmente, que para instituir nada.

Lo cierto es que a partir del FJ se va generalizando la institución en todo el territorio que se reconquista, y por ello, «encontramos en todos los estados cristianos de España la comunidad absoluta de bienes como régimen preferido para ordenar los de los esposos, con los nombres de «germanitas», «hermandad», «hermanamiento», «agermanament» y a veces «unitas» (Hinojosa, 1915), y además se recoge de manera invariable en todos los fueros municipales, bien sea con la partición proporcional que establecía el *Liber* o con la partición por mitad, introducida por los fueros:

«*Quantoquequier que el marido sea noble, si se casa con la muier como deue, é viviendo de so uno ganan alguna cosa (...) de su bona e de todas las cosas que acrecen o ganaren en uno, tanto deue aver demas en aquello que ganaron en uno, quanto avie demas del otro en su buena. (...) Mas si la una es mayor de la otra connocudamientre quando fuere mayor tanto deue aver mayor partida en la ganancia...*» (FJ 4,2,17).

No obstante, esta situación era una mera tendencia cuya aplicación se iría perfeccionando a lo largo de siglos, pues ya nunca se abandonó en el derecho castellano, que lo recogió al principio toscamente en los fueros municipales y posteriormente en obras con una vocación de permanencia y de aplicabilidad territorial mucho más amplia.

Es, de hecho, una constante en los Fueros la partición por mitad; lo mismo que la limitación de la dote, que para esta época y por extensión ha terminado por denominarse *arras*, no pudiendo exceder en el mejor de los casos de la décima parte del patrimonio del marido y la necesidad

de cumplir determinados plazos, normalmente un año de matrimonio para proceder a realizar otros regalos y donaciones que no pudieran considerarse simples liberalidades. Así, los Fueros de Alcalá y de Fuentes, por ejemplo (y podemos decir que todos), recogen que «*Toda bona de mueble o raíz que ganaren o compraren marido e mulier, pártanlo por medio*».

Son numerosas las menciones a la ganancialidad de los bienes maritales que se hacen en el Libro de los Fueros de Castiella (en adelante, LFC) que explícitamente en el Título 289 recoge

«Título del omne que casa o de la muger commo a la meatad de lo que ouyere el vno del otro – Esto es por fuero de Logroño: que el dia que fuere el omne con su muger casado aura la meatad de todo el mueble, marido de la muger, e la muger del marido. Et toda cosa que ouyesse cada vno dellos fecha por cabo cada vno ante que casassen, ambos ados lo abrian de pechar por medio. Et después que fuessen casado, otrosy.»

Y lo mismo se recoge en otras disposiciones de este cuerpo que aun referidas a particiones y herencias, presume la existencia de una hermandad (en el sentido que apunta Hinojosa) de los bienes; a saber, los Títulos 68, 69, 132, 133, 197 LFC.

Se trata por tanto de una introducción por costumbre, durante la Reconquista; aunque no deja de ser también la consecuencia lógica de la necesaria repoblación que tuvo lugar en los territorios reconquistados, enmarcándolo dentro del favorecimiento y las concesiones jurídicas que se daban para aumentar la población en estas zonas: ello explica, que la división por mitad se dé en toda la zona que va conquistando Castilla, y que el Reino de León, absolutamente apegado a la más pura tradición visigoda y la escrupulosa aplicación del *Liber Iudiciorum*, continuara largamente haciendo una partición proporcional determinada en el propio *Liber*. Aunque autores hay, como Cárdenas que, siguiendo a Hinojosa, ve una afirmación más del germanismo del derecho castellano: los fueros, expresión de voluntad popular, reafirman el derecho de reparto por mitad, frente a la ley escrita del *Liber Iudiciourum* que opta por un reparto proporcional, posiblemente influenciado por la división de patrimonios propugnada por el Derecho Romano.

Una vez introducida legalmente la tendencia ampliamente practicada por la población, el resto de los cuerpos legales únicamente la reconoce y la perfecciona, en lo referente a los bienes que la van a ir configurando. Así el Fuero Viejo de Castilla (en adelante, FVC), tendrá en

esta consolidación una gran incidencia al establecer en FVC 5,1,3 la ganancialidad de los bienes, pero también al establecer un sistema de tasación de la dote que permite ir engrosando el patrimonio de la mujer, al tiempo que se reconoce la privacidad de determinados bienes, el denominado *assuvar o ajovar* que reconoce a la mujer el derecho de retener y regir por sí los efectos de su ajuar, es decir lo aportado por ella (vestidos, lecho, ornamentos), es decir los bienes parafernales.

Desde el punto de vista técnico-jurídico se puede decir que ya aparece conformado el sistema de la ganancialidad en el reparto de los bienes. Prácticamente la totalidad de la doctrina está de acuerdo en que el origen de esta institución está en el derecho germánico, en el que la dote era un precio que el esposo pagaba a la familia de la esposa para llevársela a su casa, a su familia. De la ampliación de la dote, la entrega de las arras, y demás regalos o liberalidades, se deriva el reparto primero proporcional y luego por mitad de los bienes adquiridos, contenido fundamental del sistema ganancial. Con alguna disidencia, pues Prieto (1976, p. 628), apunta una posible relación con el derecho judío, llegando a la península a través de la cultura bizantina.

Sin embargo hay que mencionar una constante que subyace en esta formación: la pureza de la condición femenina que se intuye no sólo al asumir la *morgengabe* germana heredera de las instituciones orientales relacionadas con la entrega de regalos o bienes preciosos a la novia, sino que también se tiene en cuenta al institucionalizar la denominada ley del ósculo por la que la mujer adquiere los bienes o regalos que ha recibido del futuro marido si ha sido besada en público, pues dicho acto se considera ya como una entrega que la hace acreedora de esos derechos a modo de indemnización para el caso de que no se produzca el matrimonio y que informará la regulación de la promesa de matrimonio en el siglo XIX y XX, porque el novio sí está obligado a devolver los bienes y regalos si éste no se lleva a cabo, aunque se alce el derecho a la indemnización por ruptura de la promesa.

Esta costumbre, va a resultar muy influyente en el derecho castellano. Modesto Falcón (1901) recoge en su obra *El derecho Civil español común y foral* un resumen de la aplicación de la vieja norma romana a través del derecho visigodo que lo establecerá en FJ 3,1,5 y que se mantiene en el Derecho Foral Castellano cuyo máximo exponente es el FVC 5,1,4. También Alfonso X lo recoge en la Partida 4,11,3, que prevé para el caso de que no se llegue a constituir el matrimonio «*Si la hubiese besado non las debe tornar, salvo la mitad, é la otra mitad deben fincar a la esposa*». E incluso en las Leyes de Toro (en adelante,

LT), que en la número 52, asume la aplicabilidad de esta norma, mandando que se restituyesen al marido las cosas donadas, si el ósculo no hubiera mediado.

Este concepto de salvaguardar la pureza femenina antes del matrimonio, el recibimiento del premio por haberla mantenido o la indemnización por haberla perdido, denotan que en todo momento se considera la ganancialidad de los bienes como un derecho que el marido cediese a la esposa¹⁰ a la que hace partícipe de sus ganancias como pago por su honrado comportamiento: no es tanto una equiparación como pretendían los germanistas por estar a su lado tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra o un reconocimiento a la igualdad como propugnaba San Agustín, sino una mera negociación tácita, quizás no jurídica, una forma de asegurar la honorabilidad del marido y la legitimidad de su descendencia, depositaria de un patrimonio que terminará por pasar de generación en generación y que tendrá su máxima expresión en la transmisión directa de los bienes castrenses, que no fueron nunca gananciales en el Reino de Castilla.

De ahí que de la misma forma que se premia la pureza, se castiga la impureza. Mary Douglas en este sentido afirma que «las mujeres poseían capacidades de coquetería y manipulación muy desarrolladas para sacar el mejor partido de estas oportunidades, mientras que los hombres se empeñan en controlarlas mediante un código estricto de pureza sexual» (1996, p. 121): pero añade que «es típico de sociedades en las que se les da un elevado valor y un bajo estatus» (1966, p. 140)¹¹. Y prueba de ello es el hecho constatable en la legislación, hasta no hace mucho, de la pérdida de los bienes si se dan situaciones no sólo de adulterio o vida disoluta, sino incluso de segundas nupcias o abandono del hogar conyugal: no son un derecho de la esposa, sino una donación (en sentido amplio, no estrictamente jurídico) hecha bajo condición.

Es más: aún en el caso de absoluta honorabilidad en el comportamiento de una viuda que vaya a contraer matrimonio *cuemo deue*, la valoración de la dote que se le entrega será sensiblemente inferior a la de la mujer que casa en primeras nupcias, porque se presume que no es virgen. La actitud de la esposa que pueda ser considerada deshonrosa determina inmediatamente su culpabilidad y por tanto su exclusión del

¹⁰ *Decretales de Gregorio IX*: «Disuelto el matrimonio está obligado el marido a dividir con la esposa los gananciales que hubiere.»

¹¹ DOUGLAS, M. (1966), *Purity and Danger: An Analysis of Concepts of Pollution and Taboo*. Routledge and Keegan Paul.

reparto ganancial e incluso la confiscación de sus bienes propios, si ya se ha producido el reparto. Así, ya desde el derecho germano el repudio de la esposa era correspondido con la enemistad jurídica de su familia, salvo en caso de adulterio, que daba incluso derecho al uxoricidio o a la venta de la mujer como esclava, ganando además su dote.

El Derecho Castellano también aplicó penalizaciones de este tipo: en FJ 5,2,5, se establece que si la mujer *«faze adulterio, ó se casa cuevo non deue, deue perder quantol diera el marido ó á sus herederos.»* Y la legislación foral, va más lejos, desechando el mero castigo pecuniario que supone la privación de los bienes, y alentando el uxoricidio: *«Mas quando atal cosa aviniere que fallar a otro yasiendo con su muger quel ponga cuernos, sil quisiere matar e lo matar, deue matar asu muger.»* (LFC 116 *Titulo de vna fasannia de vn cauallero de Çiubdat Rrodigo que fallo a otro cauallero yasiendo con su muger*).

Pero la tónica general es siempre la de la privación de los bienes: ello demuestra, que la ganancialidad para la mujer es una contraprestación, a la que además se puede añadir un castigo en caso de no cumplir las expectativas, como es la pérdida de los bienes propios —la viuda, además, para conservar sus bienes debía llevar manto y velo y asistir ciertos días a la iglesia para hacer ofrendas y llorar sobre el sepulcro de su marido (Cárdenas, 1984, pp. 63-116). El FVC concede a la mujer casada la propiedad de hasta un tercio de los bienes del marido y mil maravedíes en usufructo, que conserva permaneciendo viuda o viviendo honestamente, porque si repite matrimonio o se le prueba vida deshonesto, los bienes pasan a los herederos del marido.

Esta tesis de que las arras provienen de la generosidad y alientan la virtud, se ve afianzada por la ley del Fuero Real (en adelante, FR) 3,2,6, que establece

«Si alguna muger fiziese adulterio e probado le fuere, pierda las arras si en el marido quisiere. Otrosi: si la muger se fuere de casa de su marido, e se partiese del por razón de fazer adulterio, pierde las arras maguer no les sea probado que cumplió la voluntad que quiso por algún embargo» (También FR 4,5,5; 4,7,2; 3,2,6 y 3,12,9).

La legislación de Partidas, en la misma línea, establece que si la mujer comete adulterio perderá los gananciales. De esta situación se hacen eco las Cortes de Nieva de 1473 que, tras establecer la ganancialidad de los frutos de los bienes castrenses y la propiedad de estos a favor de los herederos del causante, establecen que *«... si la muger*

fincare viuda, y siendo viuda viviere lujuriosamente, que pierda los bienes que hubo por razón de su mitad de los bienes: que fueron ganados y mejorados por su marido y por ella»¹².

2.2. *Las Siete Partidas. Comparación con el Código de Justiniano. La importancia del Derecho Canónico. La glosa de Gregorio López*

Será precisamente con la introducción de conceptos romanos a través del derecho justiniano operada por la obra de Alfonso X, cuando se tome conciencia de la existencia real de un patrimonio femenino autónomo que por las distintas circunstancias históricas se había supereditado al patrimonio común del matrimonio, es decir los bienes gananciales; pero del mismo modo que en esta época el patrimonio masculino representado por los bienes castrenses queda fuera de un eventual reparto ganancial, Alfonso X asume la autonomía del patrimonio femenino, al que denomina «*paraferna*» pero que trata realmente como «*peculio*».

La institucionalización que de hecho se hace en Partidas, determina que se considere este cuerpo legal como base del estudio de los bienes parafernales en derecho español; y lo es, si tenemos en cuenta que la doctrina posterior trabaja para tergiversar lo que las Partidas proponen, al servicio de unos intereses político-jurídicos muy distintos. No hay que olvidar que, durante RDC, coincidente con la Baja Edad Media y el Humanismo Renacentista, se hizo un trabajo ingente para separar a la mujer de la vida pública, para vituperarla como género estimándola con una consideración tal de delicadeza, que la imposibilitara para el ejercicio de actividades mundanas, que finalmente es lo que interesaba.

Pero el Código de las Siete Partidas tratará el tema de la ganancialidad desde otra perspectiva. Ya antes, el Fuero Real es muy prolijo en disposiciones que regulan la ganancialidad de los bienes: otorgado por Alfonso X para unificar el Derecho Castellano, tratando de continuar con la labor unificadora comenzada de forma incipiente por su padre Fernando III, se podría decir que trata de refundir el derecho consuetudinario castellano recogido en los fueros municipales en una norma de índole estatal y darlo a las poblaciones nuevas para su gobierno: es el mismo derecho foral, investido de la autoridad regia para legislar. Así en FR 3,3,1 manda que «*toda cosa que el marido e la muger ganaren o compraren de consuno, háyanlo ambos de por medio*» y desestima

¹² *Cuadernos de Cortes*, Santa María de Nieva, 28 de octubre de 1473.

seguidamente la partición proporcional visigoda, sentando la aplicación de la mitad como norma general.

Todo ello no tiene sin embargo su culminación en las Partidas, en las que para Domingo Ramón Domingo de Morató, «se trata extensamente del matrimonio como base de la Sociedad doméstica» y sus disposiciones «se hallan copiadas del Derecho Canónico. (...) Esta indicación basta para conocer los principios del Código del Rey Sabio sobre el particular» (Domingo de Morató, 1884)¹³. En efecto, también el jurista Felipe Sánchez Román, contemporáneo de Domingo de Morató, estima que las disposiciones de las partidas sobre el particular son «reproducción de principios del Derecho romano y del Derecho canónico» (Sánchez Román, 1898)¹⁴, lo que propiamente se denomina Derecho Común, y se refiere al Derecho Romano postclásico, tardorromano y justiniano, no al generado durante la República.

Pero la particular tendencia de Alfonso X a introducir en Castilla el derecho nuevo que ya se estaba aplicando en el vecino reino de Aragón, para modernizar su reino y seguramente también con intención de otorgar un Código válido para el Imperio al que era aspirante, lo llevó a introducir instituciones ajenas al derecho territorial castellano, el consuetudinario de origen germano, e incluso a introducir seria confusión en la utilización de algunos términos (como dote, arras o *donatio propter nuptias*).

La enorme incidencia que había tenido en Castilla la inclusión de la ganancialidad en el derecho patrimonial de los cónyuges, hace que el Rey Sabio tenga que legislar manteniendo un equilibrio que le permita conjugar una institución castellana (la ganancialidad de los bienes) que es totalmente opuesta con el concepto que del patrimonio conyugal tenía el Derecho Romano postclásico y justiniano del que se pretendía dotar al Reino; esa sería una de las razones que le llevarían a introducir la dote romana, pues mientras que la germana sería heredera de ancestrales costumbres indoeuropeas¹⁵ basada en la adquisición por compra, la romana estaría informada por el deseo de no desheredar a las hijas

¹³ DOMINGO DE MORATÓ, D. R. (1884), *Estudios de ampliación de la historia de los los códigos españoles*. Imprenta y Librería Nacional y Extranjera de Hijos de Rodríguez.

¹⁴ SÁNCHEZ ROMÁN, F. (1898), «La constitución de la Sociedad Conyugal». *Estudios de Derecho Civil. Tomo V Derecho de Familia* (Capítulo V).

¹⁵ UREÑA SMENJAUD, R. de (1897-1898), *Sumario de las lecciones de Historia Crítica de la Literatura Jurídica española dadas en la Universidad Central durante el curso 1897-1898 y siguientes (Intento de una historia de las ideas jurídicas en España)*. Imprenta de la Revista de Legislación.

que al contraer matrimonio *cum manu* salían del dominio de su progenitor, o más concretamente se incorporaba al del *paterfamilias* al que estuviera sometida, y por tanto no acudían al reparto de la eventual herencia del mismo por ser extraña a la familia de origen después de haber contraído matrimonio.

Del mismo modo influiría la otra vertiente que formó el Derecho Común, el Derecho Canónico, que inspirado —como se ha visto— en la Patrística y en su concepto de igualdad de todas las criaturas, propugnó una suerte de equiparación de los sexos que favoreció doctrinalmente a la mujer, o al menos trató de mejorar su situación: ambas tendencias se recogieron en Siete Partidas que, no obstante, en su afán de aplicabilidad generalizada, permitieron que se respetaran las excepciones de aplicación en lugares o situaciones determinados en función de las diversas costumbres; así SP 4,11,24 se refiere a que «... *manera ayan lo que ganaren de consuno pertenece después que son casados acaece, que vienen a morar a otra tierra, en que vsan constumbre contraria de aquel...*», lo que el glosador Gregorio López en 1565 interpretó en su glosa como la «... Costumbre de Córdoba, según la cual la mujer no tendrá nada de estas ganancias» (Sanpots, Martí de Eixalá y Ferrer, 1844)¹⁶, aunque no debería referirse solamente a la costumbre cordobesa, si tenemos en cuenta que las Siete partidas son un cuerpo legal que podría tener vocación de aplicabilidad en un imperio europeo, mucho más amplio. La situación aparente es, por tanto, la misma a lo largo de los siglos XIII y XIV: ganancialidad de los bienes adquiridos constante matrimonio, pero con la introducción de excepciones, que primero vendrán dadas por la vía de la costumbre y posteriormente de la renuncia.

Así lo recoge la Ley de Estilo 223:

«Si el marido fuese mayordomo, cogedor ó arrendador, lo será también su muger; y los bienes de ésta obligados como los de él; salvo si ante hombres buenos tomo recaudo de haber dicho, que ella no quería ser obligada á cosa alguna de las que hubiese su marido por dichas razones, ni recibir beneficio ni daño de ellas» y la 203: *«Las cosas que han marido y muger se estiman ser de ambos por mitad: salvo lo que cada uno pruebe ser suyo»*.

Hacia mediados del siglo XV el régimen económico matrimonial ganancial es una institución adoptada y utilizada en todo el Reino de

¹⁶ SANPOTS Y BARBA, I.; MARTÍ DE EIXALÁ, R., y FERRER Y SUBIRANA, J. (1844), *Siete partidas del rey Don Alfonso el IX, con las variantes de mas interés, y con la glosa*. A. Bergnes.

Castilla, aunque comienzan a distinguirse claramente los llamados bienes castrenses; en 1465 en el Cuaderno de las Cortes de Salamanca, figura una petición (la número 26) por la que se solicita al Rey que declare los límites de la ganancialidad de los bienes del marido, pues las viudas «persuadidas de que, según Derecho, además de su dote y arras les corresponde la mitad de todos los bienes del marido, en consideración de gananciales» los niegan a los herederos y sucesores del marido quienes «dicen que los bienes que tales personas dejan a su óbito son castrenses o cuasi castrenses y afirman y defienden que ellos los deben heredar, pues sus predecesores los obtuvieron por oficios o por ir en hueste o en guerra». El Rey establece así una nueva categoría de bienes, los castrenses y cuasicastrenses, posteriormente reconsiderados por Enrique IV, quien en las Cortes de Santa María de Nieva en octubre de 1473 establece la ganancialidad de los frutos derivados de estos bienes, aunque la propiedad se sigue atribuyendo a los herederos varones directamente.

2.3. *La aplicación del Derecho Germano: las Leyes de Toro y su influencia en la doctrina sobre los bienes parafernales. El desarrollo del concepto por los comentaristas.*

La inestabilidad política generada tras la muerte del Rey Sabio contribuyó a que el derecho privado se mantuviera casi inmutable durante de los siguientes siglos, al menos en la norma escrita: ganancialidad de los bienes adquiridos constante matrimonio con mantenimiento de la dote romana, propiedad de la esposa, pero con la introducción de excepciones y las actuaciones al margen de la ley por vía notarial.

Tal era la dispersión normativa que habían traído las SP, cuerpo legal que nunca estuvo totalmente vigente, que los sucesivos Ordenamientos de Alcalá (1348, durante el reinado de Alfonso XI) y de Montalvo también conocido como Ordenanzas Reales de Castilla encargado por los Reyes Católicos en 1484, tuvieron que hacer una recopilación de las normas jurídicas vigentes en el Reino de Castilla en materia de familia.

Pero esta situación se hace insostenible ya a finales del siglo xv y la aprobación de las Leyes de Toro en 1505 viene a esclarecer las normas relativas a la ganancialidad de los bienes, el sistema dotal y su cuantía y numerosas disposiciones en materia sucesoria que a través de la Nueva Recopilación (1567) y la Novísima Recopilación (1803) se

mantienen vigentes hasta la codificación y aún muchos de sus conceptos normativos terminan recogiendo en el Código Civil de 1889.

La nobleza castellana, saturada por la inseguridad jurídica que generaba un sistema tan disperso como el que hemos descrito (en el que hay cientos de normas que podrían resultar aplicables a casos concretos sin ninguna seguridad jurídica puesto que pueden abstraerse de ella en vía notarial o aplicación de fueros), demandan de los Reyes Católicos el establecimiento de una normativa concreta para saber a qué atenerse en aspectos tan cotidianos y a la vez tan relevantes como lo era el derecho de familia. En 1499 encargan a la Real Chancillería de Valladolid que elabore un informe acerca de la situación del derecho matrimonial y de familia de todo el Reino de Castilla y en las Cortes reunidas en 1502 en Toledo y su continuación en 1503 en Alcalá de Henares, los reyes se comprometen a redactar un cuerpo legal que termine con la confusión y establezcan de manera inequívoca el derecho aplicable, comenzando así su redacción.

A finales de ese año de 1504 fallece Isabel la Católica, sin haber promulgado las Leyes a las que se comprometió y sin que su heredera, su hija Juana, de la que duda cada vez más, se encuentre en Castilla; por lo que días antes de su óbito redacta un nuevo testamento, que en lo relativo a la sucesión se plantea en los siguientes términos: la familia real es titular de la heredad que genera su fallecimiento. Y con ello hace reconocimiento explícito del sistema de monarquía orgánica o corporativa frente a la monarquía personal de raíces germánicas que existió durante la Edad Media y que Alfonso X también trató de abolir con el régimen sucesorio recogido en SP. La Reina en su testamento establece el orden sucesorio de los miembros de la familia: comenzando con Juana a quien nombra heredera universal con plenitud de derechos y con el único reconocimiento hacia Felipe como su marido, es decir como consorte.

Un testamento, por mucho que sea el de Isabel la Católica, no es una disposición con fuerza de ley por lo que este sistema sucesorio, se recogerá en las Leyes de Toro para llegar a ser de aplicación general, determinando así el reparto de los bienes hereditarios y los derechos del cónyuge superviviente. Se trata de un conjunto de 83 normas (leyes) que vienen a modificar en algunos casos y a aclarar en otros, las instituciones del derecho de familia en el Reino, revelándose casi como un *corpus* de Derecho de Familia.

Así, la Ley 40 organiza la sucesión del mayorazgo en orden a los principios de primogenitura y representación, con preferencia del varón

sobre la mujer y del grado más cercano al más lejano del causahabiente; principio que, a través de la legislación, se mantiene hasta nuestros días tanto para la sucesión de la Corona (art. 57.1 de la Constitución Española de 1978) como para la sucesión civil en lo relativo al principio de representación, desmarcándose de la sucesión germánica y consagrando también la prevalencia de la descendencia matrimonial o legítima frente a la natural o ilegítima, a la que, sin embargo, la Ley 10 reconoce derecho de alimentos y la Ley 11 formas de legitimarla. La regulación sucesoria de SP que tantos enfrentamientos trajo en su momento y que nunca se llegó a aplicar completamente, triunfa y se consagra con las Leyes de Toro.

Además de la necesaria prelación de fuentes que la Ley 1 establece para ordenar el disperso derecho castellano, las Leyes de Toro son pieza fundamental en la consolidación del régimen económico matrimonial castellano, tanto por la regulación que hace del derecho sucesorio, como por la que hace del patrimonio femenino y los derechos patrimoniales de las mujeres.

La legitimación de este régimen comienza con el reconocimiento del carácter sacramental del matrimonio en la Ley 49, lo que indefectiblemente supone la legitimidad de la prole habida dentro del matrimonio y por lo tanto legítima heredera del patrimonio de sus progenitores y se define por contraposición a los ilegítimos (ley 10 y 11 y en todas las disposiciones hereditarias del *corpus*). La Ley 13 también se preocupa de dotar de personalidad jurídica al *nasciturus*, al reconocer los derechos que tendrán los que están por nacer, a través de los de sus progenitores. Asimismo, confirma el sistema ganancial y limita la dote al 10% de los bienes del marido y en cualquier caso al valor del mayorazgo, sin poderlo extralimitar. El sistema de regulación de las Leyes de Toro con respecto al derecho matrimonial se articula en tres fases:

1. Antes del matrimonio, regulando los intercambios patrimoniales nupciales entre cónyuges, configurando legalmente las *donatio propter nuptias* (Ley 53) y distinguiéndolas de las arras (Ley 29), cuya cuantía (Ley 50) y destino (Ley 51) también se concreta atribuyéndolo a levantar las cargas familiares, y ajustando la regulación de la dote femenina que deberá estar garantizada (Leyes 17, 29 y 53). Así mismo acometen la regulación de la promesa matrimonial a través de las donaciones esponsalicias y la elevación a norma legal de la ley del ósculo (Ley 52), asegu-

- rando la sostenibilidad económica de las mujeres si no llegase a producirse el matrimonio.
2. Durante el matrimonio, regulando el régimen económico matrimonial de la sociedad conyugal al fijar el de bienes gananciales como legal (Ley 16 y 53), y determinando a quién y cómo le corresponde la administración y el reparto de responsabilidades por esta administración: así define el contorno de la capacidad de obrar de la mujer casada (Ley 60) y las actividades de ésta que requieren licencia marital (Leyes 54 a 59) así como las consecuencias del adulterio femenino (Leyes 80, 81 y 82), negando el despojo de su patrimonio propio y proscribiendo el uxoricidio.
 3. Después del matrimonio, la liquidación y disolución del patrimonio ganancial (Ley 14) regulando el derecho de la viuda a recuperar su dote que ha de llevarse a colación en el reparto hereditario: la mujer viuda no verá reducido su patrimonio por fallecimiento del marido, puesto que el derecho de reclamación de los herederos de éste tiene como límite por un lado los bienes exclusivos del padre y por otro lado el mayorazgo, que se transmite de forma patrilineal, diferenciados de los bienes de la esposa que tendrá garantizado un patrimonio mínimo, el suyo, del que no se le puede privar.

En resumen, el derecho económico matrimonial que diseña el ordenamiento de Toro recoge una aportación económica al matrimonio por ambos cónyuges posiblemente no de forma igualitaria pero sí ordenada; así, los bienes que se otorgan antes del matrimonio pueden ser de dos tipos: las arras aportadas por el varón para garantizar la dote y destinado al levantamiento de las cargas familiares, lo mismo que la dote femenina; y las *donatio propter nuptias*, hechas «con ocasión del matrimonio» como regalos entre cónyuges y el resto de donaciones esponsalicias, como la donación de la mañana (antigua *morgengabe*), que no están instituidas, aunque tampoco prohibidas, pero se abstraen de la consideración de bienes conyugales, pasando a engrosar los bienes parafernales, y por lo tanto no están afectos a levantar las cargas de la familia.

Las Leyes de Toro, constituyen un completo cuerpo legal en defensa del patrimonio de las mujeres, aunque de una lectura superficial pueda parecer que no. Pero una vez contextualizadas en su momento histórico se ve hasta qué punto lo hacen: la misma ley del ósculo (Ley 52) o la regulación del adulterio femenino son claro ejemplo de ello.

Tradicionalmente el Derecho Castellano aplicó penalizaciones al adulterio. Sin embargo, la legislación de Toro, hace una mención genérica a la comisión del delito en su Ley 81, admitiendo que el adulterio hará perder a la esposa su mitad de gananciales, sí; pero obliga a que la acusación se extienda también al amante en la Ley 80 e incluso establece casos en los que el esposo no podrá acceder a los bienes de ella cuando haya cometido uxoricidio; no se centra exclusivamente en el adulterio sino que regula también el destino de su patrimonio y se aparta definitivamente de la pérdida de los bienes por contraer segundas nupcias basado en el reproche de culpabilidad por vida disoluta o deshonrosa aunque resulte improbadada.

Otra de las normas fundamentales para salvaguardar el patrimonio femenino es la Ley 60 que recoge la posibilidad de renuncia a los bienes gananciales, precepto que dará lugar a múltiples y variadas interpretaciones, pero en cuya literalidad sólo puede verse la posibilidad de renuncia de la mujer para evitar responsabilidades que no la incumben al derivarse muchas veces de negocios jurídicos en los que no ha intervenido: *«Quando la muger renunciare las ganancias no sea obligada a pagar parte alguna de las deudas que el marido oviere hecho durante el matrimonio»*.

La masiva e indiscriminada utilización de cláusulas notariales aplicadas en fraude de ley para vaciar de contenido las leyes aplicables en determinados negocios jurídicos, sobre todo de índole patrimonial y económica, hizo que los tratadistas de la época moderna estudiaran a fondo y se establecieran distintas corrientes de opinión acerca de la renuncia, con el fin de hacer notar también a las autoridades que la pretensión de salvaguardar los derechos de las partes quedaba inutilizado por la prestación de un juramento de parte que se autoeximía de reclamar los derechos que le pudieran asistir.

Era común la renuncia general de la mujer a la aplicación del senadoconsulto Velejano, auténtico antecedente de la Ley 60 de Toro, por el que la mujer no podía garantizar los negocios del esposo con su patrimonio, lo que *de facto* supone que el marido administrador no puede utilizar los bienes de la esposa de los que es depositario en negocios propios. En esta época (siglo XVI), la mujer noble era propietaria de un importante patrimonio: los denominados bienes parafernales, las donaciones hechas por razón de matrimonio, la dote (constituida por el padre o por el familiar que correspondiera, después de las Siete partidas), las arras o contradote (antigua dote germánica, que llegó a ser hasta la tercera parte de los bienes del marido y que se entregaba nor-

malmente al momento de pactar el matrimonio), las eventuales herencias y donaciones que pudiera poseer por otros títulos, y, además, la mitad de gananciales que le correspondía por su decorosa aportación al matrimonio.

Y ese patrimonio era susceptible de ser controlado por el marido por la simple renuncia privada a una norma, el Senadoconsulto Velejano, lo que resultaba fácil, dado el control y anulación al que vimos que se había sometido a la mujer renacentista. También tuvo aquí gran importancia la doctrina de la Iglesia, que impidió que la ley o los tribunales civiles pudieran negar validez a un acto de contenido eminentemente religioso como era el juramento, por lo que en la práctica se continuó renunciando a los derechos.

Pero la desvirtuación del sistema jurídico, propiciada por estas renunciaciones, llevó a establecer la invalidez de una renuncia general a todo el ordenamiento, para tiempo presente y futuro, para la renunciante y sus herederos y herederas; no obstante, la renuncia particular hecha de forma clara y expresa, delimitada en el tiempo y a determinada ley, no se prohibió, por encontrarse dentro de la esfera de los derechos subjetivos particulares en virtud de la autonomía de la voluntad.

La posibilidad de renuncia que recoge la ley 60 de Toro, es puntual y concreta, excluyendo de la legalidad la «*general renunciación*» (Pérez-Prendes, 1993, p. 85)¹⁷, práctica muy extendida en la época bajo medieval y moderna como una reacción a la RDC, y una suerte de afirmación del «*ius proprium*».

La Ley 60 de Toro nace precisamente para evitar los abusos y tropelías que se estaban cometiendo por la vía de la renuncia legal, contra los derechos patrimoniales de la mujer, aunque la doctrina hasta la codificación haya hecho correr ríos de tinta sobre el tema para justificar la aplicación torticera del precepto. Así, Domingo de Morató, que alaba el sistema ganancial propugnado por las Siete partidas, se separa no obstante de la visión moralizante que informa el discurso de otros autores contemporáneos como Navarro Amandi y se adelanta a la consideración que de la renuncia a favor del marido tendrán autores posteriores como Manresa y Navarro haciendo una crítica bastante vanguardista de la renuncia, denunciando que fue aprovechada durante siglos para apartar a la mujer de la negociación jurídica y clamando contra el debate mismo

¹⁷ PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, J. M., «General Renunciacion “non vala”. Sobre doctrina y práctica en tiempos del Ius Commune», *Glossae. Revista de Historia del Derecho Europeo*, 5-6 (1993-1994) (75-114).

que sobre la legalidad de la renuncia ante o post matrimonio se desarrollaba, declarando que, dada la capacidad jurídica de la mujer en esa época, se utilizaba exclusivamente para establecer un obstáculo legal para su intervención y advirtiendo que la única lectura de la Ley 60 es la del favorecimiento de la mujer casada y la protección de su patrimonio frente a «la exclusiva dirección de los negocios de la sociedad legal (por el marido), sin dar participación en esta dirección a la mujer» y añade: «no sería en manera alguna justo, que esta se viese obligada a responder de los descalabros de la sociedad con sus bienes particulares, sino tan solo con los gananciales» (Domingo de Morató, 1884).

Se inclina, por tanto, por la validez de la renuncia durante el matrimonio, sin poderlo considerar como una donación, ya que se hace en virtud de la aplicación de una norma especial, la Ley 60 de Toro, que se refiere exclusivamente a una situación determinada, extremos que por otro lado se ajustan a la legalidad de las renunciaciones que se han analizado más arriba.

Efectivamente los tratadistas de la época moderna y los comentaristas de las Leyes de Toro, se debatieron en determinar si esta renuncia podía hacerse durante el matrimonio, en cuyo caso sería una donación encubierta entre cónyuges, tesis sostenida por la glosa de Gregorio López y posteriormente por el jurista Sancho de Llamas y Molina, quien consideraba permitida la renuncia una vez disuelta la sociedad de gananciales y opinaba que en cualquier caso los frutos de los bienes de la mujer extraídos de la sociedad de gananciales por renuncia, sí revertirían en el patrimonio del marido, pues renuncia a las ganancias, pero no a los gastos de sostenimiento de la sociedad de gananciales (Llamas) en contra de la opinión de otro jurista decimonónico, José Nicolás Matienzo, para quien el marido no podía lucrarse de los frutos de los bienes de la mujer si esta había renunciado a las ganancias.

Aún recogido en el artículo 1.394 del Código Civil de 1889, autores como Manresa y Navarro (1914)¹⁸, ya a principios del siglo xx, interpretan que solo podría ser válida la renuncia una vez disuelta la sociedad de gananciales, inclinándose por lo que él llama una «opinión restrictiva» con respecto al espíritu de la Ley 60 de Toro.

¹⁸ MANRESA Y NAVARRO, J. M.^a (1914), *Comentarios al Código Civil español*. Hijos de Reus.

2.4. *La perpetuación de la doctrina ganancial mediante la Nueva y Novísima Recopilación*

Las recopilaciones posteriores a la del año 1505 son meras transcripciones de leyes antiguas; constituyen un tratamiento asistemático de las instituciones que ya existen y prácticamente no aportan nuevos datos en su ámbito de aplicación. A partir de la época moderna, comienzan a hacerse estudios y tratados doctrinales jurídicos que faciliten la aplicación o al menos el entendimiento del Derecho, y la doctrina jurídica presenta sus tesis y discute acerca tanto del origen, como del ámbito al que se extiende la ganancialidad de los bienes.

Así, terminaron distinguiéndose distintos tipos de bienes según fuera su procedencia y su destinatario, lo que se mantuvo hasta la Codificación, a saber: bienes parafernales, dotal, castrenses y cuasicastrenses, gananciales y hereditarios. Para todos los autores civilistas decimonónicos hay un eje principal en torno al cual gira la institución: los bienes parafernales y dotal de la mujer frente a los bienes gananciales del matrimonio, con administración exclusiva del marido.

Hay una evidente inmutabilidad del derecho positivo en cuanto a régimen económico matrimonial durante los siglos XVII y XVIII, pues tanto la Nueva Recopilación durante el reinado de Felipe II como la Novísima en época de Carlos IV, trasponen de forma prácticamente literal las normas de Toro sin mencionarlas, pero refiriéndose a la regulación de las Partidas, aunque por vía jurisprudencial se va perdiendo el espíritu que las informó.

Por eso a lo largo del siglo XVIII alentadas probablemente por el espíritu de la ilustración y movidas por un evidente sentido de la justicia, las mujeres castellanas protestan contra la administración de sus bienes por parte de sus maridos, porque alegando malas cosechas y otras circunstancias, enajenaban sus dotes, aunque jurídicamente no pudieran hacerlo mostrando «lo arraigado que estaba el derecho de posesión sobre la dote y la dificultad que tenían ellos en aceptar que sólo eran usufructuarios»¹⁹.

A falta de recopilaciones legislativas estatales, proliferan las privadas, siguiendo la estructura enciclopédica propia de la época. La primera que encontramos está a cargo de José Febrero, Escribano Real y

¹⁹ ORTEGA LÓPEZ, M. (1997), «Protestas de las mujeres castellanas contra el orden patriarcal privado durante el siglo XVIII». *Sobre la mujer en el Antiguo Régimen: de la cocina a los Tribunales. Cuadernos de Historia moderna*, núm. 19, Universidad Complutense (39-64).

Agente de Negocios de los Reales Consejos en su obra *La Librería de Escribanos e instrucción jurídica teórico-práctica de principiantes*, publicada en sucesivas ediciones entre 1783 y 1818: desarrolla un discurso conservador, apegado a la tradición jurídica de las Partidas y de los comentaristas de la época moderna, distinguiendo entre bienes gananciales (es decir, comunes) y propios de cada cónyuge (es decir, parafernales y castrenses) y siguiendo la glosa de Gregorio López que recoge la aplicación de la costumbre en la partición de los bienes gananciales según la tradición del lugar en que se contraiga el matrimonio, es decir, respetando no solo los derechos forales, sino también la comunicabilidad absoluta propugnada por el Fuero de Baylío o la negación de estos a las mujeres existente en esa fecha en Córdoba, a través de las denominadas Costumbres Holgazanas (Pérez de Villar, 2014). Propugna la adquisición de los frutos de los bienes parafernales por la sociedad de gananciales para sostenimiento de los gastos de la misma y la privacidad absoluta de los bienes castrenses y cuasicastrenses, así como la validez de la renuncia ante o post matrimonio, pero no constante el mismo, para evitar problemas de donación entre cónyuges.

La obra de Febrero fue reeditada en diversas ocasiones y en algunas de ellas mejorada por el propio autor, aunque existen otras 31 obras firmadas por otros autores, basadas en ella, mejoradas en su metodología y enriquecidas doctrinalmente con las novedades jurídicas que tuvieran lugar en cada momento histórico.

En 1825, la 6.^a edición de la obra de Febrero «*pero mejorada con su método*», a cargo de José Marcos Gutiérrez introduce una interpretación divergente con respecto al autor primario: presenta una teoría acerca de la renuncia a los bienes gananciales válida en cualquier momento del matrimonio y que eximiría a la mujer del pago de las deudas. Se muestra absolutamente favorable a la sociedad de gananciales como regidora de la economía matrimonial, denostando la existencia de costumbres (como la cordobesa, felizmente abolida para los autores de esta época) que propugnan otro tipo de repartos.

Todavía entre 1828 y 1837 Eugenio de Tapia hizo otra versión de la obra de Febrero, denominada «Febrero Novísimo», en la que ya define los bienes gananciales como: «aquellos que el marido y la mujer o cualquiera de los dos adquieren o aumentan durante el matrimonio por compra ú otro contrato o mediante su trabajo é industria, como también los frutos de los bienes propios que cada uno llevó al matrimonio y de los que subsistiendo éste adquirieron para sí por cualquier título». Así

cuando no se acredite cuáles o cuántos llevó cada uno, todos se reputan gananciales.

Con un discurso mucho más moderno que Gutiérrez y por supuesto que Febrero, de Tapia aboga por la ganancialidad de los frutos derivados de los bienes castrenses y cuasicastrenses e incluso de los propios bienes castrenses si han sido ganados en una campaña financiada por el caudal común y por supuesto si este era privativo de la mujer. Dentro de los cuasicastrenses, recoge todos los beneficios derivados de oficios de nombramiento real, como juez, abogado o escribano y basa su comunicación ganancial en el hecho de que es el medio de vida del matrimonio, es decir, tiene en cuenta no tanto el honor militar o del oficio real, sino un concepto más cotidiano y mucho más moderno, el de la profesión u oficio civil que se realiza para ganarse la vida.

Desde principios del siglo XIX asistimos a una auténtica moralización del régimen económico matrimonial ganancial, distinta no obstante de la operada en la época moderna que, mediante el reproche culpable, establecía una especie de pena pecuniaria a la mujer (la pérdida de los gananciales), para exaltar ahora la dedicación doméstica y «el mérito de las mugeres virtuosas que han cumplido con la obligación de acrecentar el patrimonio de la familia, de que son un agente principal». (Gutiérrez)

En esta época, primer cuarto del siglo XIX, en plena polémica en torno a la Novísima Recopilación y ya en ciernes la labor codificadora, advertimos un profundo cambio en la mentalidad, que se expresa fundamentalmente en el hecho de que ya no se discute tanto sobre los bienes raíces adquiridos por herencias y dotes, patrimonio de una nobleza ya en decadencia, sino sobre unos bienes de una movilidad mucho más destacada: los sueldos, no en el sentido castrense, sino meramente laboral del término y los beneficios empresariales, por tanto, aplicado a una incipiente clase media y trabajadora que no hereda ni recibe dotes patrimoniales que pudieran ser codiciadas.

En este mismo sentido tanto Rafael de la Escosura (1852-1854) como Joaquín Escriche (1831, 1838), autores de las otras dos obras continuadoras en el tiempo de la de Febrero, definen lo que son los bienes gananciales, qué bienes lo son y cuáles no y finalmente cuál es la consideración y comunicación de los bienes castrenses y cuasicastrenses. Pero en esta época el concepto ha evolucionado, el contexto socio político es diferente y se van abandonando las posturas medievales y modernas en favor de las liberales, con un código ético diferente.

Los sucesivos proyectos de Código Civil y la «Ley de Matrimonio Civil de 1870» no acometen la reforma del Régimen Económico Matrimonial. Por eso, y después de profundos debates doctrinales ligados las más de las veces a la naturaleza del matrimonio, el régimen económico ganancial no solo permanece inalterable, sino que se ve reforzado.

2.5. *Pre-codificación: El Régimen económico matrimonial. Los Bienes parafernales en La Ley de Matrimonio Civil de 1870*

En los dos últimos tercios del siglo XIX asistimos al desarrollo de una doctrina ingente en torno al contenido del Proyecto de Código Civil de 1851 y posterior de 1889, época en la que los autores establecen distintas corrientes de pensamiento jurídico; estos autores, en su mayoría defienden la institución de la ganancialidad como la más idónea para el reparto del patrimonio conyugal y sin embargo les resulta más complicado en general afirmar la absoluta preeminencia del esposo para gobernar los bienes parafernales.

Desde una postura más romanista o germanista se erige en necesidad jurídica la ganancialidad de los bienes, mediatizada por la profunda consideración religiosa que sobre este tema comenzó a extenderse desde la Recepción del Derecho Canónico. En ese momento, siguen siendo argumentos recurrentes la privación de gananciales por culpabilidad de la mujer o la renuncia como medio de protección a su inferior capacidad (no solo jurídica, según el criterio de la época) para negociar. Se reconoce su derecho no sólo a la ganancialidad de los bienes, sino también al rescate de su dote y bienes parafernales, pero siempre como premio a la dedicación y honorabilidad que con su actitud recatada aporta a la familia.

En este marco de imposición de la ganancialidad de los bienes, se produce no obstante una suerte de subsistencia de los bienes privativos de los cónyuges, y comienza a cuestionarse la incursión de la administración masculina en los bienes propios de la esposa, fruto de aquellos cuerpos legales de origen real, y no tanto en los fueros locales de aplicación popular.

Por lo que respecta a los bienes patrimoniales del varón (Pérez de Villar, 2014, p. 94), sigue observándose una cierta tendencia a la reserva de los bienes castrenses y cuasicastrenses a favor del hijo varón de mayor edad, con exclusión absoluta de la esposa viuda.

Siguiendo con la recopilación de carácter privado, en 1831 aparece el diccionario dirigido por Joaquín Escriche, Magistrado honorario de

la Audiencia de Madrid, en la que se mencionan los bienes castrenses y cuasi-castrenses, declarando la pertenencia exclusiva y expresa al patrimonio privativo del marido, es decir que no se consideran gananciales ni aun habiéndose «ganado» constante matrimonio, apoyado en la legislación vigente de la época (NvR 10,4,2 y 5).

Unos años más tarde, en 1854 Rafael de la Escosura publica una obra también en forma de diccionario enciclopédico, en la que los bienes castrenses y cuasicastrenses son ya una voz independiente. Mediante nota histórica explica la evolución de los bienes gananciales y recoge la petición hecha respecto de los bienes castrenses en las Cortes de Salamanca de 1465, y lo hace extensivo a «los oficios y por ser Oficiales de V.A., como en el ejercicio de la Abogacía, o por ir en hueste, yendo á soldada y lo que con el producto de esto compraren»; y por supuesto se hace eco de la modificación que se operó en 1473 en Nieva, por la cual la propiedad de dichos bienes se hacía recaer en los hijos del difunto marido, como herederos.

Escosura considera bienes castrenses y cuasicastrenses «los que el hijo de familia» adquiere estando bajo la patria potestad, «por razón del servicio militar o por razón de ciencias, cargo público o donación del príncipe o de otro señor, respectivamente»; y remonta el origen de este tipo de bienes, el peculio castrense que se derivaría del Derecho Romano. Si bien no habla de la comunicabilidad de estos bienes, entendemos que no la considera posible, pues habla de ellos como si se transmitieran de padres a hijos varones en exclusividad y además se limita a citar la Novísima Recopilación como cuerpo en que se regula la materia de gananciales y a la vigencia del derecho histórico recogido en ella, que no comunicaba los castrenses.

Eugenio de Tapia en una obra también enciclopédica de características similares a las anteriores publicada en sucesivas ediciones entre 1828 y 1837, introduce un concepto nuevo, el de trabajo e industria, que ya se maneja con toda soltura en el mundo jurídico al tratar de los gananciales. Sin embargo, aún queda un resto de privacidad de los bienes del marido, los castrenses, que, en voz independiente, Marcelo Martínez Alcubilla (1862), también define como «los que adquiere el hijo de familia».

El cambio cualitativo de las consideraciones de Alcubilla en posteriores ediciones es muy significativo: en la 6.^a edición publicada desde 1914 a 1925, recoge, como no puede ser de otro modo, la regulación de los gananciales que se aprobó con el Código Civil de 1889 y, al referirse a los castrenses, dice que son:

«Las adquisiciones hechas en guerra o por razón del servicio militar [y que] disfrutaban en el Derecho Histórico de ciertos privilegios que subsisten: la ley 5.^a, título 4.º Libro X de la NvR, declaró que pertenecían privativamente al marido y no entraban a formar parte de los gananciales y la ley 6.^a Título 12.º partida 4.^a autorizó al hijo para disponer libremente de ellas, reconociéndole las mismas los derechos de propiedad, usufructo y administración».

Sólo dejaron de considerarse privativos cuando se asimile jurídicamente que los bienes cuasicastrenses, los provenientes de oficios reales, es decir, en esta época, los emolumentos percibidos por el desempeño de cargos u oficios públicos son equivalentes al salario del proletariado o a las ganancias de los comerciantes y por tanto han de ser gananciales para ambos cónyuges.

Esta es la línea interpretativa que se mantuvo en el proyecto de código de 1821 y en el posterior de 1851. Por su parte, la tan denostada «Ley de Matrimonio Civil de 1870» concentró toda la crítica de la oposición conservadora y eclesiástica en la naturaleza del matrimonio y en la pérdida de poder adquisitivo y fiscalizador de la Iglesia: no se movió un ápice la regulación sobre el patrimonio conyugal que siguió anclado en el sistema ganancial, línea que desembocó en la posterior regulación contenida en el Código Civil de 1889.

Ahora bien, si existe un régimen de comunidad de bienes, establecido por las normas jurídicas y bendecido por la Iglesia por ajustarse a la doctrina cristina y que por tanto aconseja la inexistencia de bienes propios de la mujer o al menos tiende a difuminar hasta el extremo de hacer desaparecer las posibilidades de que la mujer ejerza la propiedad sobre sus bienes, nos debemos preguntar cómo es posible que existan unos bienes propiamente masculinos de los que se excluye completamente a la esposa. No se aplica recíprocamente la obligación de los cónyuges de compartir sus bienes, pues las viudas del siglo xv se vieron en la necesidad de solicitar que se les reconociera el derecho a disponer de su parte en esos bienes, pero se acordó el derecho a favor de los hijos varones: son bienes exclusivos del marido de los que la esposa no puede disponer, porque no es propietaria y por lógica tampoco tiene la administración. Quiebra entonces la regulación del Código de Justiniano que aconsejaba que los bienes parafernales fueran puestos a disposición del marido, y que los autores de la recepción utilizaron para justificar el tratamiento que se hace de la RDC, basándolo ya no tanto en la necesidad de compartir los bienes sino en la necesidad de que la mujer reconozca en el marido la cabeza de la

familia, como Cristo lo es de su Iglesia, a través de sus prerrogativas económicas.

Se inicia una corriente desarrollada fundamentalmente por autores como Sabino Herrero (1872), Sánchez de Molina (1873) y Antonio Bravo (1885), quienes, tratando de objetivar la cuestión, se limitan a poner de manifiesto un esquema sistematizado de los distintos puntos que se analizan en la institución: definición, bienes que la conforman, obligaciones, administración, culpabilidad y renuncia. Lo relacionan generalmente con las Sentencias anteriores del recién instituido Tribunal Supremo sobre las distintas materias.

En derechos forales, hace lo mismo Gustavo Laiglesia (1903). Otros, realizan un trabajo más personal y, aunque el Proyecto sea el fondo de su discurso, vierten sus propias opiniones y tratan los temas desde un punto de vista más amplio, parcelándolos por materias, no por artículos. El hilo conductor de la doctrina propugnada por todos estos autores puede reducirse a un esquema que se repite en casi todos ellos: después de hacer un recorrido histórico, más o menos profundo, están de acuerdo en que la institución es de origen germano, derivada de la entrega de la dote y posteriormente de las arras; se hace una división de los bienes que lo conforman y se establece la necesidad de considerar ganancial un patrimonio que no solamente produce frutos o rentas, sino que está abocado de forma inmediata al sostenimiento de las cargas derivadas del propio matrimonio y de la familia (por eso, en la redacción final del código de 1889 se incluyó en el libro IV, Obligaciones y Contratos); posteriormente, se analizan las situaciones especiales derivadas de la renuncia voluntaria (en el ámbito de la administración de la sociedad conyugal) o de la renuncia obligatoria, es decir, de la privación de los bienes por vida disoluta (culpabilidad) de la mujer.

Se puede hablar de autores pre-críticos entre los que se encontrarían Domingo de Morató y Navarro Amandi, según los cuales a la Sociedad de Gananciales la separan diferencias irreconciliables de la sociedad convencional, pues mientras que esta solo tiene afán de lucro, la ganancial tiene aspiraciones moralmente superiores que dejan de tener aplicación cuando la mujer (viuda o no) haga vida disoluta o cuando case «*cuemo non deue*». Podemos considerarles como la culminación del largo camino que recoge la tradición del sistema dotal, pero refinándolo hasta el punto de considerarlo una liberalidad o un premio a la aportación femenina al matrimonio en forma de castidad y sumisión. Domingo de Morató, se hace eco de las doctrinas más conservadoras de Sala, Acevedo y Febrero y se declara partidario de la regulación de las

Partidas y la Novísima Recopilación, aunque como hemos visto se desmarca en el tema de la renuncia.

Por el contrario, Navarro Amandi no será tan tajante ni en el tema de la renuncia, ni en ningún otro; basándose en los artículos del Proyecto de Código de 1889, se remite a las normas anteriores que, como precedentes, han dado lugar a un determinado artículo y luego procede al comentario. Germanista en lo que se refiere al origen de los gananciales y apegado a la tradición de las Siete Partidas en la regulación, se decanta por la comunicabilidad de los bienes en aras de una visión moralizante muy marcada, pues opina que «el régimen de gananciales, en la manera que se conserva en nuestras leyes, perfectamente armonizado con el sistema dotal es el más conforme con nuestras costumbres, sin que por esto prejuzguemos en contra algunas reformas propuestas por diversos autores». Por ello resulta inflexible en la privación de los bienes gananciales a la mujer por causa de adulterio o vida disoluta en la viudez, lo que según él se contempla en el Código a pesar de la opinión de otros autores que propugnan una visión más relajada. Navarro aboga, además, por la privacidad de los bienes castrenses (que otros autores de su época ya ni mencionan) aunque se comuniquen sus frutos y en cierto modo los asimile a los cuasicastrenses.

Modesto Falcón (también pre-crítico) abandera la preeminencia del marido en la legislación de la época y hace un estudio histórico del origen de los bienes gananciales. De convicciones doctrinales germanistas critica de manera sangrante el Derecho Romano: «Esta sociedad [la de gananciales] supone una igualdad absoluta de condiciones entre el hombre y la mujer. Donde esa igualdad no existe, la sociedad es imposible»; según su argumentación donde no existe la igualdad, la sociedad se constituye de manera bien diferente, «por eso no la conocieron los romanos», sistema (de separación patrimonial) del cual llega a decir que «está reñido con la naturaleza»:

«Gutiérrez, tomándolas de Febrero, expone las siguientes diferencias: 1.^a La sociedad convencional, formada con una idea de especulación, busca sólo beneficios, y cuando no los haya, disminuir las pérdidas: la legal, fortalecida por el cariño, une a los cónyuges para cumplir mejor las cargas y atenciones de su estado. 2.^a En una sociedad que no tiene por fin principal el lucro, las utilidades no se prorratan, se parten; y este resultado, el que más armonía guarda con los deberes conyugales, constituye una nueva diferencia. 3.^a Como la comunidad de productos en los bienes aportados al matrimonio no confunde la propiedad, y todo lo administra y de todo parece dueño el marido, no se opone á este régimen que cada cual conserve su dominio exclusivo; sin ser una

injusticia, es una excepción el que la mujer no comprometa su dote, mientras el marido puede perder su capital. 4.^a Para eso, mientras la sociedad subsiste, hay desigualdad de derechos: en rigor ninguno tiene la mujer, al paso que el marido cual si fuera señor absoluto, no debe a nadie cuenta de sus actos, sino en el único caso que se le pruebe la intención manifiesta de defraudar las justas esperanzas de su consocia. 5.^a quedan fuera de comunidad los bienes adquiridos por título lucrativo; y aunque bajo este aspecto se asemeje a la sociedad general o de ganancias, se distingue de ella en que también se comunican los bienes adquiridos por título oneroso. 6.^a y última. En una sociedad tal como nosotros la conocemos, obra exclusiva de la ley, se aceptan, pero no se estipulan las bases; de modo que tiene las suyas particulares en cuando a las causas de disolución y el modo de liquidar y distribuir las ganancias» (Navarro Amandi, 1880 p.178).

Su postura a este respecto no deja de ser radical a lo largo de las distintas ediciones de su obra. En la publicación de 1878, se refiere a la visión religiosa y moralizante de la institución del matrimonio como expresión máxima y sacramental de la unión de los sexos y como justificación de esta, lo que se pone en relación con el hecho de que de esta unión se derive la unidad de patrimonios y el reparto de las ganancias: según él, el matrimonio forma la familia, uniendo al hombre y a la mujer con vínculo perpetuo e indisoluble; ha sido instituido por Dios para la perpetuidad de la especie humana; y por su institución el hombre quedó asociado a Dios en la obra grandiosa de la creación. Inspirado por la naturaleza, ha recibido de la ley civil sus condiciones más importantes, y de la ley religiosa su santificación y sus virtudes: «La ley civil vino en auxilio de la ley natural, no para contrariar los votos de la naturaleza, sino para regularizar sus movimientos y fortalecer el vínculo conyugal.» (Navarro, 1878: Tomo I, p. 130).

Modesto Falcón, en su publicación de 1901, ya vigente el Código Civil, no abandona esta actitud, casi beligerante contra lo que no respeta la moral cristiana de la época, y asume como normal la preeminencia del padre, sobre la madre y la prole, pero la funda en el amor y la compara con situaciones como la romana que, basadas en el paganismo, atentaban contra la dignidad de los sometidos, cosa que no ocurre con el cristianismo pues la situación se dignifica por la «admirable unidad y el recíproco amor» (Falcón, 1901, p. 139). Proclama la sociedad del matrimonio desde la época germana, la administración conjunta de los bienes por el marido por la preeminencia de su sexo, por sus aptitudes y por su mayor experiencia en los negocios, gozando la mujer de lo que él denomina «privilegio de la irresponsabilidad» por la debilidad de su

sexo, aunque reconoce que «como este principio ya no es absoluto» el Código deja a los contrayentes la libertad de pactar.

Esta igualdad tan natural y cristiana entre los cónyuges no obsta para que autores posteriores como Manresa y Navarro (1914) defiendan el hecho de que «todas las legislaciones han convenido siempre en que la sociedad conyugal (...) debe tener como jefe y representante al marido», sin duda «cumpliendo cada cual dentro de la familia su respectiva misión», siguiendo la doctrina de Falcón.

Una postura mucho más tolerante, aunque nunca crítica, manifiestan Amalio de Marichalar (1868) y Cayetano Manrique (1915), quienes, después de hacer el consabido recorrido histórico y propugnar la validez absoluta del sistema ganancial, lo consideran no tanto como un premio, sino como un derecho reconocido a la mujer como parte integrante de la sociedad conyugal y que por tanto aporta bienes, patrimonio y trabajo.

Capítulo 3

■ Matrimonio, divorcio y régimen económico matrimonial en el contexto del Código Civil de 1889

I. De la codificación a la II República

1. MATRIMONIO, DIVORCIO Y RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1889

Autores como Manresa, Felipe Sánchez Román, Modesto Falcón, Laureano Prada o Domingo de Morató, van elaborando con sus críticas una nueva doctrina civilista en torno a las nuevas disposiciones que están por llegar con el nuevo código, siempre en torno a la sacralidad de la institución matrimonial. De entre las posiciones más conservadoras destaca la de Modesto Falcón que se refiere con visión religiosa y moralizante al matrimonio como expresión máxima y sacramental de la unión de los sexos y como justificación de esta, como hemos visto más arriba.

Sin embargo, en su obra posterior (*El Derecho Civil español, común y foral. Continuación de la Exposición doctrinal del derecho civil español*, Barcelona, 1901) rebaja la crítica moral que propugnaba en la mencionada edición de 1878, y si bien se mantiene la postura moralizante, no es tan radical; lo mismo se puede decir de Laureano Fernández de Prada, que defiende la imposibilidad de separar la moral y el derecho del catolicismo, haciendo una crítica al Derecho Civil moderno que propugnaban las nuevas leyes y el propio Código de 1889, desarrollando su discurso y analizando el derecho civil (ley humana) desde una perspectiva religiosa (la Ley Divina según la doctrina de la Iglesia Cató-

lica) al dotar al matrimonio de la condición de institución de Derecho Natural¹.

El Código Civil se aprueba en Cortes y se publica el 24 de julio de 1889. Un código que en su artículo 42 reconocía dos formas de matrimonio, el canónico que deben contraer todos los que profesen la religión católica y el civil que se celebrará del modo que el propio código establezca, y que con alguna excepción temporal (la II República) estará vigente hasta los años 70 del siglo XX.

Desde una perspectiva jurídico-civil, hay que destacar el carácter eminentemente religioso del matrimonio regulado en el Código, basado en la confesionalidad del Estado y por lo tanto estableciendo un sistema subsidiario en el que el matrimonio canónico opera automáticamente si no se solicita formalmente lo contrario; el sistema tridentino está presente a lo largo de toda la regulación que se hace del matrimonio: comienza regulando los esponsales y continúa regulando la necesidad de licencia para contraerlo, absoluta para los menores de edad y para la viuda que pretenda volver a casarse antes de 301 días de haber enviudado. En el resto de los casos se establece la obligación de «solicitar el consejo de las personas a quien corresponda» cuya omisión derivará, sobre todo, en consecuencias de carácter económico, pero no personal: es decir el matrimonio será válido, pero se puede despojar de la dote o de la herencia a los insumisos.

El matrimonio regulado por el código de 1889 es perpetuo, sólo se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges (art. 52, en sede de disposiciones generales, válidas para ambos tipos de matrimonio); por eso cuando más abajo en el artículo 67 habla de *divorcio* se refiere realmente a una separación física de los cónyuges, que no les desvincula de su nexo marital, y por lo tanto les imposibilita para contraer nuevas nupcias que sólo podrán llevarse a cabo mediante el fallecimiento de uno de los cónyuges o si se acordara la nulidad eclesiástica.

La culpabilidad está muy presente en la regulación de la separación: si el marido es culpable, perderá sus derechos sobre los bienes de la mujer y deviene además obligado a otorgar alimentos a la familia que generalmente queda al cuidado de la esposa. Ahora bien, si la culpable es la esposa, perderá sus bienes dotales y a sus hijos varones mayores de tres años que quedan al cargo del padre y de la familia paterna; los

¹ FERNÁNDEZ DE PRADA, L. (1894), *Principios generales del Derecho o introducción al estudio del Derecho civil español. En la que exponen su naturaleza, partes, fuente y otras nociones preliminares necesarias al conocimiento del mismo*. Valladolid.

menores de esa edad quedarán a su cargo hasta que la alcancen y las hijas, generalmente siempre, aunque el padre siga teniendo la obligación de dotarlas. Existe una intención clara de salvaguardar la legítima herencia tanto genética como patrimonial, además del castigo público para la esposa culpable.

En cuanto a las formas de contraer, se instituye la canónica, con arreglo a las disposiciones de la Iglesia Católica, Apostólica y Romana, es decir las establecidas en el Concilio de Trento; y la civil subsidiaria que se regula en el Capítulo III profundizando sobre todo en aspectos formales relativos a la competencia de las autoridades civiles. El matrimonio canónico produce efectos civiles en orden personal y económico. El sistema matrimonial es claramente religioso, católico, imbuido de los principios morales de la Iglesia Católica.

No obstante, a lo largo de su vigencia hasta la II República, existen momentos de mayor laxitud o radicalidad en la aplicación del principio; así la Real Orden de 28 de diciembre de 1900, señalaba que, para contraer matrimonio en forma civil, bastaba con que uno de los contrayentes declarara ante la autoridad competente la no profesión de la religión católica. Posteriormente, se dicta la Real Orden de 27 de agosto de 1906, con la que se produce un cambio de postura con respecto a la Orden de 1900 al disponer que no era exigible declaración alguna en orden a la religión que profesan los contrayentes para la celebración del matrimonio en forma civil. La disposición, redactada con este contenido, alteraría el sistema matrimonial que introdujo el Código Civil de 1889 puesto que, si la declaración de acatolicidad no era necesaria para contraer matrimonio en forma civil, quedaba abierta la posibilidad de que los contrayentes pudieran celebrar indistintamente matrimonio en forma civil o canónica, con independencia de la religión que profesaran, dotando así a la institución de un carácter eminentemente civil, aunque con forma religiosa, vulnerando lo dispuesto en el artículo 42 del Código.

Con el objetivo de restablecer la plena vigencia y eficacia de este artículo, se dictó la Orden de 28 de febrero de 1908, que derogaba la anterior de 27 de agosto de 1906, señalando la exigencia de prestar declaración de acatolicidad ante la autoridad competente, de al menos uno de los contrayentes, para que se hiciera posible la celebración del matrimonio civil.

En este matrimonio se refuerza la preeminencia del marido que debe proteger a su esposa, mientras que ésta debe obedecerle (art. 57). Y no sólo: debe seguirle allá donde fije su residencia, es el administra-

dor único exclusivo y excluyente de la sociedad conyugal (que, obviamente, es la de gananciales), de los bienes dotales de la esposa y de los frutos obtenidos de los parafernales (art. 58 y siguientes) y además es su representante, por lo que no puede comparecer en juicio por sí misma. Escaso ámbito de actuación para las mujeres casadas, que, por vía de hecho, solo pueden obedecer. Esta regulación, es la que se mantiene en España hasta 1981, con la excepción relativa de la aplicación de la Ley de Matrimonio Civil de 1932.

Pero la posibilidad del divorcio ha calado ya en la intelectualidad, que inexorablemente compara la situación legislativa que se vive en España con la que se conoce del resto de países de nuestro entorno. La sociedad burguesa intelectual de finales del siglo XIX es protagonista de importantes tertulias y debates que tienen como objetivo la discusión en cuestiones sociales, jurídicas, literarias o artísticas. Y el divorcio es un tema muy interesante por la cantidad de matices de carácter ético y religioso que llevaba suscitando desde la aprobación de la Ley de 1870.

Carmen de Burgos publica en 1904 bajo su pseudónimo Colombine un *librito*, *El divorcio en España* en el que intenta recoger opiniones de intelectuales de la época, mujeres y hombres, juristas, escritoras y escritores, periodistas, profesionales liberales, alto funcionariado, etc. acerca del divorcio. Con respecto a esto llaman la atención dos cuestiones:

1. Algunos intelectuales de la época tenidos por progresistas, o cuando menos liberales manifiestan no tener opinión al respecto.
2. Se vincula, no pocas veces al movimiento feminista; es decir se ve como un derecho en favor de las mujeres porque a ellas es a las que se les considera sometidas (literalmente) al vínculo.

Así, María Echarri, escritora, articulista, conferenciante y propagandista social-católica española, comprometida con causas feministas, que se declara católica practicante, manifiesta estar radicalmente en contra por considerar al matrimonio como un sacramento (Burgos, 1094, p. 37) lo cual resulta muy coherente. Sin embargo, las opiniones (o ausencia de ellas) de otras intelectuales son llamativas: Emilia Pardo Bazán, a pesar de estar separada de hecho y ser una activista feminista de gran relevancia, manifiesta que no tiene opinión (p. 71); otros, generalmente varones, aluden a que son *las interesadas* (mujeres adultas casadas) quienes deben manifestar su parecer; o que ha de permitirse siempre por amor y justificado. Parte de la intelectualidad piensa que

en España es una utopía (p. 46) y siempre, se hace girar en torno a la culpabilidad. Llama también la atención la opinión de Unamuno (p. 84) que lo pone en concordancia con el feminismo y lo mismo hace Jesús Pando y Valle intelectual de la RAE, que se refiere al debate en torno al divorcio en Argentina del que comenta específicamente el júbilo que las mujeres que se reúnen para conseguir el derecho de sufragio (cosa que no ocurre hasta 1947) manifiestan al debatir sobre el divorcio, vinculando de alguna forma ambos conceptos.

Pero llaman aún más la atención, las opiniones de una mujer, Daria Bünsen, que considera que nunca deberá ser propuesto por la mujer, «porque si no se olvida de su sexo, llamado ciertamente a más altos fines y a más elevadas virtudes, debe poseer conformidad, si es desgraciada, y callar cuidadosamente su falta si es culpable» (p. 174), lo que indudablemente nos da una idea de lo arraigado que está ese modelo de mujer invisible y callada, sumisa, culpable.

Algunas posturas, basándose en un concepto estrictamente contractual abogan por la rescisión del contrato como si de cualquier otro se tratara. Pero en todas las opiniones pivotan varias cuestiones: la culpabilidad como causa, la contextualización en el amor romántico y la consideración de la familia como el pilar fundamental del estado y por ende su destrucción si la familia se tambalea (art. 43 del Código Civil «La familia está bajo la salvaguarda especial del Estado»).

Habrà que esperar al cambio radical en la estructura política del Estado; no será por tanto hasta 1932 durante la vigencia de la II República cuando, regulado un verdadero matrimonio civil al amparo de la laicidad del Estado proclamada en la Constitución de 1931 se regule el divorcio en una ley que fue ampliamente aplaudida y reproducida, aunque con una vigencia aún más escasa temporalmente que la anterior de 1870.

El régimen económico matrimonial en el Código Civil de 1889 se regula en el Título III del Libro IV en sede de Obligaciones y Contratos, a partir del artículo 1.315 que predica la subsidiariedad del régimen ganancial. No prohíbe otro tipo de regímenes, pero los dificulta, pues solamente podrá ejercitarse el derecho de opción en escritura pública antes de celebrarse el matrimonio. Mantiene la garantía hipotecaria de la dote, que se pagará a su vez con cargo a la sociedad conyugal de los progenitores de la contrayente prioritariamente y a cargo de los privativos de cualquiera de ellos si el patrimonio conyugal resultase insuficiente.

El marido se constituye en administrador único y exclusivo de los bienes de la dote de la esposa, así como en usufructuario de esta: si la dote es inestimada² el esposo sólo deberá hacerse cargo del deterioro o pérdida de los bienes si se prueba negligencia o mala fe y en cualquier caso deberá devolver dichos bienes si se disolviera el matrimonio o se declarase nulo.

El artículo 1.392 proclama que «el marido y la mujer harán suyos por mitad, al disolverse el matrimonio, las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos», reputándose tales todos aquellos de los que no se pueda probar un origen diverso. También son gananciales los frutos y rentas que se deriven de los bienes de cada uno; pero no hay que olvidar que la administración la tiene el esposo. Es decir, se comunican las ganancias (y las pérdidas) a la esposa de lo derivado de una gestión en la que no interviene, puesto que el marido (art. 1.412) es el único administrador legal: puede enajenar bienes de la sociedad sin consentimiento de la esposa (art. 1.413), decisión que, sin embargo, no puede tomar ella ni siquiera respecto de sus propios bienes (art. 1.416).

En lo relativo a los parafernales, regulados en los artículos 1381 y siguientes el código opta por la definición clásica, es decir los que posee o adquiere la mujer fuera de dote, sobre los que conserva su dominio y administración, salvo que exprese su voluntad de que sea el marido quien los administre; en cualquier caso, los frutos y rentas de los parafernales son gananciales, sujetos al levantamiento de las cargas y administrados (los frutos) por el marido. Decir que la mujer puede administrar por sí misma sus bienes parafernales es algo vacío de contenido si tenemos en cuenta que a reglón seguido, en el artículo 1.387 se le prohíbe expresamente enajenar, gravar o hipotecar sus propios bienes, ni tan siquiera comparecer en juicio por sí misma para litigar sobre ellos. Es decir, se sigue la teoría clásica y se evita la administración efectiva de la mujer sobre su propio patrimonio.

La aprobación del código en 1889 supuso una vorágine de opiniones doctrinales acerca de los bienes gananciales hasta bien entrado el siglo xx. Como institución, no solo se asume por la doctrina, sino que se defiende; sin embargo los autores de esta época, de marcado carácter

² *Nota de la autora:* La dote inestimada es una dote sin cuantificar en escritura pública. No hay ninguna cláusula que obligue a cuantificar la dote, situación en la que el Código sí prevé el establecimiento de su valor; es decir depende de la voluntad de las partes estimar o no el valor de la dote.

crítico, comienzan a plantear en los distintos foros jurídicos la inferioridad de la posición de la mujer en una institución de contenido eminentemente patrimonial que la afecta por aplicación de la licencia marital y por la vía de la exclusión de la administración de los bienes, y a solicitar la apertura jurídica e incluso moral que le permita gobernar esos bienes al ser parte integrante de la sociedad conyugal por las implicaciones económicas que para ella tienen, pues una mala gestión del marido la podía dejar en la más absoluta ruina.

Hinojosa, en el discurso leído ante la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, «*Sobre la Condición jurídica de la Mujer Casada*»³, ya abogó por esta apertura denunciando la posición desventajosa de la mujer y solicitando que se tuvieran en cuenta legislaciones de derecho comparado como la alemana o la suiza que propugnaban una equiparación mayor en las relaciones personales entre cónyuges, haciendo una crítica constructiva de nuestro Código Civil por no tener en cuenta esta situación.

Evidentemente, los integrantes de la Comisión Codificadora hicieron caso omiso de las peticiones aperturistas de Hinojosa, aunque autores hubo como Laureano Prada (1894), catedrático de Derecho civil y de Historia del Derecho en la Universidad de Valladolid, que se sintió defraudado por las decisiones de la comisión por lo que él consideró «un abandono de la tradicional moral castellana», y criticó la separación operada entre moral y derecho con la promulgación del Código Civil de 1889. Por lo que se refiere al régimen económico del matrimonio explica:

«Tratamos en los efectos civiles del matrimonio: los peculios, dotes, arras, donaciones esponsalicias y gananciales, porque así las tratan algunos autores fundados en las partidas, y porque realmente son instituciones íntimamente unidas al matrimonio, con el cual forman un todo, existiendo entre ellas y aquel la relación causa-efecto: además están caracterizadas como instituciones matrimoniales y son requisitos previos y medios con que cuenta la nueva sociedad para atender a sus necesidades y aunque algunos derechos en la familia sean reales, sin embargo, creemos que proceden directa e inmediatamente del carácter de la persona que lo ejerce y de la sobre que se ejerce, y dependen del carácter de padre, madre, hijos, esposos, marido y mujer. No son contratos propiamente dichos, y por ello se refieren a un epígrafe distinto «Contratos sobre bienes con ocasión del matrimonio» (Prada, 1894).

³ HINOJOSA Y NAVEROS, E. (1907), «La condición jurídica de la mujer casada», *Obras, Tomo II*. Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas.

Felipe Sánchez Román (1889-1911) también critica la regulación de los bienes gananciales en el Código Civil de 1889. Sobre todo, por lo que se refiere a la administración, que recae exclusivamente en el marido, así como la posibilidad de gravar los bienes parafernales con las cargas de los bienes gananciales o los negocios jurídicos en que intervenga el marido por sí mismo o en representación de su mujer. En este sentido, se muestra especialmente crítico con la posibilidad de fraude a la mujer a que se refiere el Código, abogando por posibilitar la denuncia de la mujer o sus herederos, aunque de forma poco explícita y, sobre todo, remarcando que, a diferencia de lo que ocurría en la Novísima Recopilación, ni siquiera se anula el negocio jurídico fraudulento, sino que se tiene en cuenta la pérdida para contabilizar los gananciales que correspondan eventualmente a la mujer al momento de la liquidación.

En lo relativo a los bienes privativos de los cónyuges, Manresa inicia el estudio de los bienes parafernales en su análisis sobre el Derecho Civil español (Manresa, 1914) en el que argumentará a favor de la administración personal y no tutelada de la mujer casada sobre sus propios bienes, argumentando: «Puede decirse que existen los bienes parafernales desde que se reconoció en la mujer el derecho de tener algo propio». Adoptó una postura defensora de los derechos de la mujer en un debate que se desarrolló en España durante siglos, y que sólo terminó cuando en 1981 mediante la «Ley 11/81, de 13 de mayo» se reformó el Régimen Económico Matrimonial. Pero Manresa hace esa apreciación porque como ya se ha analizado, el régimen ganancial es el que impera históricamente en España, y la aportación de la mujer suele diluirse en el patrimonio común por la vía de la administración del esposo, la asimilación de los frutos y rentas y la necesidad de contar con licencia marital para cualquier disposición de sus bienes.

Continúan también muy vigentes las obras enciclopédicas, y así la primera edición de la Enciclopedia Jurídica Española (1910) recoge aquella doctrina que, iniciada por Eugenio de Tapia y continuada por Rafael de la Escosura y Marcelino Martínez Alcubilla, consideraba los bienes castrenses y cuasicastrenses como propiedad del «hijo de familia», privativos del marido, no solo la nuda propiedad, sino también el usufructo, aunque contempla la controversia doctrinal al respecto y menciona algunos autores que opinan que ese tratamiento debe regirse por el derecho histórico. Alcubilla, además recoge otras voces, como bienes de la sociedad conyugal, bienes del marido, bienes dotales y parafernales y finalmente bienes gananciales.

Es decir, que no conforma una doctrina al respecto, pero sí da idea de la formación del patrimonio conyugal a base de bienes de distintas procedencias y asume la comunicabilidad de los frutos de los bienes que aporta la mujer para el sostenimiento de las cargas del matrimonio, salvaguardando la integridad de los aportados por el marido, si son castrenses o cuasicastrenses. En sucesivas ediciones (y la última ya es de la década de los años 50) mantiene esa misma perspectiva.

2. NOVEDADES LEGISLATIVAS DURANTE LA II REPÚBLICA

Durante la II República se acomete una nueva legislación sobre el matrimonio a través de dos normas legislativas de gran relevancia: «La Ley de Matrimonio Civil de 28 de junio de 1932» y la «Ley relativa al Divorcio de 11 de marzo de 1932».

El 9 de diciembre de 1931 se aprueba la nueva Constitución que proclama que España es una República democrática y constituyente. El 1 de octubre de 1931 se había aprobado tras un arduo y largo debate parlamentario, la integración del artículo 36 con la siguiente fórmula: «Los ciudadanos de uno y otro sexo mayores de 23 años tendrán los mismos derechos electorales conforme determinen las leyes». El reconocimiento constitucional del derecho de sufragio femenino constituye un enorme avance en los derechos de las mujeres porque supone reconocerlas su condición de ciudadanas y el afianzamiento de otros derechos que les permite ejercer sin límite la ciudadanía, como el acceso a la educación, regulado implícitamente al no hacer ningún tipo de distinción entre la educación masculina y la femenina: *de facto* se mantiene en muchos lugares la separación por sexos de los alumnos, pues sigue vigente la «Ley Claudio Moyano» y la competencia es municipal, pero se reconoce la categoría de funcionarios y funcionarias a los profesores y profesoras sin distinción de sexo.

El artículo 40 recoge el derecho de acceder a cargos públicos y al funcionariado sin límites (salvo el principio de mérito y capacidad); el artículo 53, el sufragio femenino pasivo (que ya se venía practicando *de facto* anteriormente); el 46 el derecho al trabajo que se regula también como una obligación social, y se desarrolla en la «ley de Contratos de Trabajo de 21 de noviembre de 1931», recogiendo una especial protección de la maternidad de las mujeres trabajadoras; el 43 por su parte, regula el matrimonio: «El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos, y podrá disolverse por mutuo disenso o a peti-

ción de cualquiera de los cónyuges, con alegación en este caso de justa causa» desarrollado en la «ley de Matrimonio Civil de 28 de junio de 1932».

Esta ley, recoge una institución de carácter civil sometida por lo tanto a la jurisdicción civil. En aras de la laicidad estatal proclamada por la «Constitución de 1931», se anula toda competencia eclesiástica en lo relativo a las causas de separación y nulidad y se somete el vínculo exclusivamente a los criterios jurídicos que recoge la ley, todo ello sin perjuicio de las creencias religiosas que no están prohibidas, sino que salen de la esfera pública.

Se trata de una ley muy concisa, solo tiene seis artículos en los que hace constantes referencias al Código Civil vigente. La más llamativa es la referencia al artículo 100 del código, para decretar a reglón seguido las modificaciones oportunas. Dicho artículo establecía:

«Se celebrará el casamiento compareciendo ante el Juez municipal los contrayentes, o uno de ellos y la persona a quien el ausente hubiese otorgado poder especial para representarle, acompañados de dos testigos mayores de edad y sin tacha legal.

Acto seguido, el Juez municipal, después de leídos los artículos 56 y 57 de este Código, preguntará a cada uno de los contrayentes si persiste en la resolución de celebrar el matrimonio y si efectivamente lo celebra, y respondiendo ambos afirmativamente, extenderá el acta de casamiento con todas las circunstancias necesarias para hacer constar que se han cumplido las diligencias prevenidas en esta sección. El acta será firmada por el Juez, los contrayentes, los testigos y el secretario del Juzgado».

Las modificaciones a que se refiere la ley son las siguientes: queda sin efecto la autorización parental que deviene innecesaria salvo para los menores de edad, la prohibición de contraer matrimonio para los que se habían ordenado clérigos y la obligación de obediencia de la esposa, contenida en el artículo 57.

En el artículo 4, se dispone la absoluta exclusividad de la jurisdicción civil para resolver todas las cuestiones que pueda suscitar «incluso las relacionadas con la validez o nulidad del vínculo», de todos los matrimonios, aunque se hayan contraído con anterioridad bajo la forma católica. Es decir, proclama, desde la laicidad estructural del sistema estatal, la absoluta competencia del Estado en todos los aspectos relativos al matrimonio. Se trata, ahora sí, de un matrimonio puramente civil, superando así todo el debate relativo a la doble naturaleza del matrimonio.

Consecuentemente, se aprueba el 11 de marzo de 1932 la Ley del Divorcio y se publica en la Gaceta el 25 del mismo mes y año; se prevé el divorcio por mutuo disenso y a instancia de una de las partes; pero es un divorcio causado (art. 3): el adulterio, la bigamia, la tentativa de prostitución, el desamparo, el abandono culpable, la ausencia durante más de dos años, la tentativa de homicidio, la violación de los deberes matrimoniales, la enfermedad contagiosa o grave, la condena penitenciaria por un tiempo superior a diez años, la separación de hecho libremente consentida durante tres años y la enajenación mental. Todas estas causas, aunque muy numerosas nos hablan de un divorcio muy limitado porque no se prevé el divorcio incausado; incluso el divorcio por mutuo disenso, que solo podrá solicitarse tras dos años de matrimonio y en el que el magistrado puede fallar en contra de los cónyuges y no decretarlo, aparece limitado por la existencia de causa justa.

En cualquier caso, aunque el lenguaje formal es igualitario al hablar de cualquiera de los cónyuges, la culpabilidad sigue estando muy presente, pues según el artículo 5 solo podrá pedirlo el cónyuge inocente: además el desarrollo del articulado nos hace pensar que se hace recaer sobre el marido, lo que implícitamente supone reconocer una situación social evidente de dependencia de la esposa. La culpabilidad de la esposa también se prevé en torno a lo que únicamente importa: el adulterio, que compromete la legitimidad de la prole y la honorabilidad del marido por lo que le faculta para solicitar el divorcio y despojar a la esposa culpable de bienes y derechos.

El asunto del domicilio es un tema de enorme importancia durante la vigencia del ordenamiento jurídico republicano. A lo largo de toda la regulación civil, la capacidad para fijar el domicilio recae en el esposo, cabeza de familia; y se establece legalmente la obligación de la esposa de residir en él. Existe una reminiscencia histórica de traslado de la esposa al domicilio del marido, como una forma externa de constituir estado. Esta situación despoja a la esposa del derecho a tener un domicilio propio, aunque compartido con el esposo y la supedita a estar en la esfera del marido, al impedir la titularidad femenina porque el esposo es el único con capacidad de ser titular de la *casa*.

El artículo 44, en sede de medidas que ha de adoptar el juez que conozca de la causa de divorcio, recoge que habrá de concretarse el domicilio en que se ha de establecer la esposa divorciada: esta figura, denominada *depósito legal de la esposa*, se sigue contemplando. Deberá quedar consignado judicialmente el lugar exacto en el que la esposa ha de vivir con los hijos e hijas menores de 5 años en una especie de

vigilancia, porque será de conocimiento público, y estará bajo la potestad de un cabeza de familia solvente (normalmente un pariente cercano varón), restringiendo su libertad de movimientos y atentando contra el más elemental derecho a la intimidad, porque el objetivo fundamental es tener control sobre sus actividades, costumbres y amistades.

El depósito ha de durar al menos 301 días lo que inexorablemente nos conduce a pensar que se trata de asegurar que la mujer no está encinta (si se queda encinta durante el depósito puede ver restringidos sus derechos por adulterio) cuando es depositada o si lo está, que la criatura es competencia del marido; es decir con la intención de salvaguardar la legitimidad de la prole y por lo tanto sus derechos hereditarios: eso, y la honorabilidad de la esposa porque si se prueba conducta disoluta perderá los derechos adquiridos en virtud de su nuevo estatuto jurídico, incluso su derecho a recuperar su dote y también a sus hijos e hijas.

La ley del divorcio de 1932, salvando estas cuestiones de derecho material, es, sin embargo, una ley moderna en su momento y técnicamente muy adecuada. Pero el contexto social obliga a seguir manteniendo un criterio moral muy concreto, pivotando constantemente entre la culpabilidad y el adulterio. Cuantitativamente no son muchos los divorcios que se producen porque no está vigente durante mucho tiempo; pero en los expedientes que podemos manejar encontramos que la moralidad y la libertad sexual siempre están presentes, son mucho más numerosas las demandas que se interponen por adulterio de uno de los cónyuges que por cualquier otra causa.

Cabe preguntarse por lo tanto si la ley del divorcio de 1932 constituye un avance en la libertad de las mujeres, o, por el contrario, es contraria a sus derechos. De nuevo tenemos que tener en cuenta el contexto social: se trata sin duda de una relajación del sometimiento al marido dentro del matrimonio propugnado por la regulación anterior, la estrictamente establecida en el código de 1889; pero la sociedad aún no está preparada y algunos autores relacionan la oportunidad de la aprobación de la ley del divorcio con una especie de profilaxis mental, como una solución a determinados trastornos psicológicos femeninos ante la perspectiva de estar vinculada a un cónyuge dominante de manera vitalicia; también está matizada por cuestiones de carácter político, el triunfo de la laicidad sobre la Iglesia al reconocer la naturaleza contractual y civil del vínculo frente a la concepción sacramental que informó nuestro derecho a lo largo de la historia, y en particular desde el reconocimiento del matrimonio civil desde 1870.

El divorcio en esta época, desde el punto de vista social, estuvo rodeado de un particular carácter esperpéntico: una parte importante de la sociedad civil manifiesta su opinión a través del seguimiento (y éxito) de obras de teatro o películas que ridiculizan la institución, a las mujeres que acceden a él y que centran básicamente en el adulterio la causalidad legislativa; así, el divorcio se vive desde la opinión pública como algo divertido y estereotipado, una situación de la que mofarse: claro ejemplo de ello es la obra *Anacleto se divorcia* de Pedro Muñoz Seca en 1933, como seis años antes la de Enrique Jardiel Poncela *Una noche de primavera sin sueño* pero en este caso, bajo la ley del pseudo-divorcio del Código Civil de 1889 que solamente preveía la separación causada y la prohibición de contraer nuevo matrimonio. Lo mismo ocurre con la película *Madrid se divorcia*⁴ basada en la novela homónima de Enrique López Alarcón, estrenada el 18 de febrero de 1935 en el Cine Coliseum de Madrid; en ella el divorcio realmente solo aparece como el trasfondo del argumento con dos planteamientos paralelos, a cuál más reaccionario:

1. Uno de los personajes pretende sufragar los gastos del divorcio de las mujeres pobres que no puedan financiárselo. Deja entrever intenciones tales como prostituirlas y además ampliar «la cantidad de mercancía en el mercado» (Benavides, 1934, 6:12).
2. La pareja protagonista, que es del modelo de amor romántico, se ve empañada por una supuesta situación de infidelidad de la esposa (el esposo también es infiel, pero esta infidelidad no centra el argumento); se cuestiona la pureza de ella, tiene la culpa. Al marido le preocupa el juicio de su entorno social. Finalmente, no hay divorcio, triunfa el amor romántico, el perdón, la solidez de la familia y la sumisión de la mujer.

Así las cosas, ni siquiera la II República, que para otras muchas es el paradigma de la libertad general y de las mujeres en particular, puede garantizar en el aspecto conyugal la igualdad de la esposa, el derecho fundamental a tener un domicilio propio, la gestión de su patrimonio, el desarrollo en definitiva de su voluntad de hacer, de su ciudadanía.

La regulación en torno al REM se mantiene inalterada: la Ley de 28 de junio de 1932 no hace ningún tipo de mención con respecto al régi-

⁴ BENAVIDES, A. (director y guionista) (1934), *Madrid se divorcia* [Película]. Visionado Filmoteca Española, 23/01/2023.

men económico matrimonial, ni se regula en ninguna otra, a pesar de que tal y como aparecía regulado en el Código, podría quedar comprometido el derecho de igualdad que se proclamaba en la Constitución «para todos los españoles» e introducida la modificación que anula el deber de obediencia de la esposa al haber dejado sin efecto el artículo 57 del Código: el régimen económico matrimonial vigente, continúa siendo el de gananciales, su único administrador, según lo establecido en el artículo 1.412, el marido, pudiendo enajenar los bienes de la sociedad ganancial a título oneroso sin siquiera el consentimiento de la esposa (art. 1.413) mientras que ésta no podrá enajenar, ni siquiera los suyos propios, sin el consentimiento del marido (art. 1.416), lo que claramente atenta contra el más elemental concepto de igualdad.

Continúan vigentes las prohibiciones a las mujeres para administrar no solo la parte que le corresponde por ser titular de una sociedad económica, la conyugal, sino su patrimonio propio constituido por los parafenales; no es titular de su domicilio, que sigue siendo el domicilio del marido, cabeza de familia y sigue vigente la licencia marital tal y cómo se había regulado en el Código. No tiene derechos sobre su prole, salvo en función de la patria potestad de la que es titular subsidiariamente, solo en defecto del padre.

Después del divorcio el REM se liquida, claro. Pero no hay que olvidar que el Código Civil que no se reforma en esta materia con las nuevas leyes republicanas, mantiene no sólo la capacidad unilateral del marido para administrar los bienes de la esposa, sino que la licencia marital sigue vigente y que la esposa no es titular del domicilio en el que vive una vez contraído el matrimonio por lo que deberá abandonarlo si sobreviene una situación de divorcio, aunque sea *culpable* el marido, caso para el que la ley prevé una suerte de pensión alimentaria si no tuviese medio de subsistencia, y si no es culpable la esposa. De todo ello derivarán muchas situaciones de pérdida económica y patrimonial de la exesposa al contabilizar ganancias y pérdidas en la gestión, en la que sin embargo no ha tenido oportunidad de participar legalmente.

II. Restablecimiento del modelo social decimonónico durante la dictadura franquista

La inestable situación que se vive en España durante la II República no permite el arraigo de las ideas democráticas y progresistas que su Constitución propugnaba y que por lógica política y estructural podría

haber supuesto la modificación de las leyes de desarrollo y del Código Civil en materia de familia. Pero esto es solo una hipótesis porque como se ha visto, no hubo ningún cambio real en la situación económico patrimonial de la mujer casada durante la República y científicamente tampoco podemos saber si se hubieran producido o no.

La división social era muy profunda entre los que permanecían anclados en ideales decimonónicos con una clara tendencia católica, y los que por su parte pusieron en práctica el avance social desde el derecho: desde los derechos fundamentales recogidos en la «Constitución de 1931» basados en la laicidad del Estado (sufragio universal, igualdad, educación, libertad religiosa), hasta los de índole privada (matrimonio civil, divorcio) pasando por derechos laborales o de carácter penal.

En lo que interesa para el desarrollo de este trabajo, durante la República nos encontramos con dos realidades distintas y paralelas: un matrimonio civil cuyo vínculo como consecuencia, se prevé soluble a través del divorcio, en una sociedad mayoritariamente católica y practicante; y desde luego con un profundo arraigo de la religiosidad como tradición social entre los que no eran o no se declaraban estrictamente practicantes.

Lo que no había cambiado era la dependencia económica real de las mujeres en el ámbito matrimonial, bien porque no trabajaban, bien porque aun trabajando estaban supeditadas a la administración masculina, bien porque su patrimonio era legalmente administrado por el marido a pesar de proclamar la igualdad entre los cónyuges la «Ley de 28 de junio de 1932».

En este contexto tiene lugar el golpe de estado de 18 de julio de 1936 que desembocará en la Guerra Civil y tras su final, el 1 de abril de 1939 en el establecimiento de un Estado católico, social y representativo, quedando abolidas las leyes, reformas e instituciones que se hubiesen creado durante la República.

1. REFLEJO EN LA LEGISLACIÓN CIVIL MATRIMONIAL (1939-1975)

El advenimiento de la dictadura franquista retrotrae todos los avances en los derechos de índole matrimonial a la época canovista puesto que, liquidada la República, la opción del matrimonio civil se coarta considerablemente por la vía reglamentaria. El divorcio se prohíbe, considerado el matrimonio como un acto sacramental con efectos civiles:

la dictadura trajo consigo la derogación de las normas que se habían aprobado durante la República, en lo relativo al matrimonio, que vuelve a ser únicamente católico y apegado a la regulación del Código de 1889, estableciendo un régimen causado taxativamente de separación en el que es competente exclusivamente la Iglesia.

Se impone el inmovilismo social y político a una sociedad extenuada que aceptó el cambio y reivindicó la figura de la esposa cándida y sumisa construida a partir de las sagradas escrituras y cristalizada a través de la repetición sistemática de los sermones de Agustín de Hipona y la labor de, entre otras, la Sección Femenina de Falange.

Monseñor León del Amo⁵ Prelado doméstico de Su Santidad y Defensor del Vínculo del Tribunal de la Rota Española, hace un profuso estudio para argumentar la vuelta al estado de cosas anterior a la proclamación de la II República desde el punto de vista canónico y político y nos ofrece una visión muy clara acerca de cómo se impuso nuevamente el matrimonio canónico como único válido.

Considerando una aberración la libertad religiosa y un principio natural la condición católica del Estado español, la consecuencia inmediata es razonar que el canónico es el único matrimonio válido; no reaviva el viejo debate sobre la naturaleza sacramental o contractual del matrimonio, porque da por supuesta la doble naturaleza sin lugar a ninguna duda. Para Del Amo, el problema se plantea cuando el Estado sale de su campo «para poner las manos en cosas que pertenecen a la Iglesia» (Del Amo, 1954, p. 4) dando lugar a un dilema jurídico-moral entre el fuero interno de la conciencia y el fuero externo del Estado.

La imposición del nuevo modelo, se lleva a cabo mediante la promulgación de dos cuerpos legales de gran importancia: en primer lugar, la «Ley de 12 de marzo de 1938» que derogó la de 28 de junio de 1932 declarando vigentes el Título IV del Libro II del Código Civil y todas sus normas complementarias; por otro lado el «Concordato con la Santa Sede de 1953» que asocia nuevamente el derecho matrimonial español al canon tridentino, fulminando así cualquier atisbo de secularidad matrimonial introducida por la Ley de 1870 y por el Código Civil de 1889.

La Ley de 12 de marzo de 1938 sigue la legislación católico-liberal anterior a 1870; no llega a derogar el artículo 42 del Código Civil que

⁵ DEL AMO PACHÓN, Monseñor L. (1954), «Los matrimonios civiles durante la República. Problemas que plantean», *Revista de Derecho Privado*, Vol. XXV, Serie J. Monografías prácticas de Derecho Español.

preveía dos formas de contraer matrimonio, la civil y la canónica, pero anuncia la adopción de nuevas normas que la completen. Así, la Orden de 22 de marzo de 1938, deroga a la de su rango dictada durante la II República el 10 de febrero de 1932, a fin de que no haya matrimonio civil totalmente libre, pero sí una forma de matrimonio civil facultativo de forma limitada, que posteriormente destruye totalmente la Orden de 10 de marzo de 1941 al exigir que la acatolicidad que permitiría contraer matrimonio civil fuera precedida de una manifestación expresa y previa de agnosticismo o profesión de un credo diverso, muy restrictiva porque los contrayentes deberán probar documentalmente, mediante declaración jurada o por pertenecer notoriamente a familias de confesión no católica; debe predicarse solo de aquéllos que no hubieran sido bautizados en la Iglesia Católica, porque en la práctica, todas las personas bautizadas han de contraer matrimonio canónico, sin tener en cuenta cualquier acción voluntaria posterior contraria al credo católico, o aquellos matrimonios mixtos en los que uno de los contrayentes no sea católico/a. La obligación legal de contraer matrimonio canónico se perfila en España como universal.

Mediante «Instrucción de la Dirección General de Registros», los Jueces municipales encargados de los registros civiles locales, no podrán autorizar otros matrimonios civiles que aquéllos que se pretendan contraer por personas no católicas, cuya acatolicidad quede probada y resulte autorizada por el Ordinario del lugar, excluyendo a los que hayan sido bautizados y después hayan abandonado la fe católica.

Estas disposiciones encuentran su base en el «Concordato de 1953», que se convierte así en norma fundamental. El concordato, se retrotrae a la doctrina secular de la Iglesia: según el *Arcanum*, Encíclica dictada por León XIII en 1800 el matrimonio es una institución «de carácter sagrado, no adventicio, sino ingénito; no recibido de los hombres, sino impreso por su misma naturaleza». Doctrina reafirmada en 1930 en la Encíclica *Casti Connubii* de Pío XI, quien estima que «entre bautizados no puede haber contrato matrimonial válido que por el mismo hecho no sea sacramento».

Esta doctrina, canónica, se asume totalmente por el nuevo estado, cuando el Jefe del mismo pronuncia ante las Cortes Españolas el 24 de octubre de 1953 un discurso que recoge la obligación de «velar por la validez e incluso licitud del matrimonio, base de los hogares felices y de la prosperidad de la Patria»:

«Si España, como tantas veces se ha dicho, incluso por egregias voces extranjeras, es una de las grandes reservas espirituales del mundo, lo debe a la familia. Esta familia española que es templo y escuela, hogar y taller, porque es creyente, honesta y trabajadora, no podía dejarse abandonada a los asaltos que amenazan su unidad y cohesión. Por ello, conforme a las tradiciones católicas de nuestro pueblo, reconocemos plenitud de efectos civiles al matrimonio, elevado por Jesucristo a la dignidad de sacramento, disciplinado por el Derecho Canónico, que es el fundamento de esa familia sobre la que se asienta la organización políticojurídica de nuestra nación»⁶.

El Concordato en sus artículos 22 y 23 manifiesta la voluntad de favorecer la concordancia entre ambas legislaciones, y así el «Código de Derecho Canónico» se convierte en norma fundamental en la regulación del matrimonio, al recoger en su canon 1016 que «El matrimonio de los bautizados se rige no solo por el Derecho divino, sino también por el canónico, sin perjuicio de la competencia de la potestad civil sobre los efectos meramente civiles del mismo matrimonio», declarando la potestad de la Iglesia para conocer y juzgar lo relativo a nulidad, separación, dispensa y privilegio paulino (para favorecer la conversión de los no bautizados), pero previniendo de la necesidad de inscribir el acta de matrimonio en el Registro Civil para reconocerle sus efectos en este ámbito: «El Estado Español reconoce plenos efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho Canónico» (art. 23). De donde se desprende en interpretación *contrario sensu* que no reconoce esos efectos a los celebrados fuera de las normas del Derecho Canónico.

Sobre la forma del matrimonio, distingue la doctrina de la Iglesia entre la forma jurídica y la forma litúrgica, retrotrayéndose al tridentino *Decreto Tametsi* que introdujo la forma sustancial del matrimonio para terminar con los matrimonios clandestinos (*a yuras*). Más tarde el *Decreto Ne Temere*, dado por Pío X el 2 de agosto de 1907 amplió la obligatoriedad de esta forma jurídica y el canon 1099 terminó con toda duda o exención de la misma al decretar que están obligados a guardar la forma determinada por él todas las personas que estén obligadas a contraer matrimonio canónico, ahuyentado así toda posibilidad de matrimonio civil facultativo, y estableciendo una obligatoriedad general para contraer en España matrimonio canónico con forma sustancial canónica.

⁶ Discurso pronunciado por Francisco Franco ante las Cortes el 24/10/1953.

Pero impuesto el matrimonio estrictamente canónico de nuevo, reinstaurada la vigencia del código tal y cómo se aprobó en 1889 con una interpretación más restrictiva si cabe, y derogada la ley de divorcio vincular, hay que preguntarse qué ocurrió con los que se habían contraído bajo el régimen legal del matrimonio civil de la República.

Acorde al espíritu de la época y del régimen, a la consideración de estos matrimonios les precede la culpabilidad y el castigo. No hay una sola norma civil o canónica que prevea su legalización de acuerdo con el nuevo ordenamiento jurídico, o que mitigue las consecuencias de haber contraído matrimonio civil cuando era legalmente válido; por el contrario, son abundantes las afirmaciones doctrinales e incluso legislativas que hacen mención del sacrificio perpetuo de permanecer al lado del cónyuge o de optar por la separación física, por haber obrado en contra de la doctrina de la Iglesia.

Del Amo, asevera que los casados bajo la jurisdicción de la Ley de 1932 están moralmente unidos por un «concubinato legal y público» (Del Amo, 1954, p. 5) pero válido jurídicamente porque se contrajo al amparo de una ley estatal válida; por lo que, considerando que los contrayentes han cometido un «gravísimo pecado» (p. 6), deberían legitimar canónicamente su unión si pueden, y sufrir si no pueden.

Para ello propone que estas parejas se separen, se reconcilien con la Iglesia y posteriormente contraigan nuevamente matrimonio canónico y legitimen a sus hijos; ahora bien, a todos aquéllos que quieran contraer matrimonio con otra persona distinta se les ha de prohibir enérgicamente porque incurrirían en bigamia y «la Iglesia no puede ir en contra de la salud de las almas» (p. 10) y, a mayor abundamiento, esa posibilidad, en ese momento, es inviable porque las leyes del nuevo estado no lo permiten, quedando estas personas en un limbo legal cuya resolución el Estado franquista y la Iglesia no pensaban facilitar.

Derogada la «Ley de Matrimonio Civil de 1932» y ante las perspectivas estructurales del Estado franquista, se perfila imprescindible la derogación de la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932. Ese hecho se produce mediante la promulgación de la «ley de 23 de septiembre de 1939», ley de artículo único que establecía: «Queda derogada la «Ley de 2 de marzo de 1932» y las disposiciones complementarias de la misma, quedando vigente en la materia las disposiciones del Código Civil»; aunque ya la había precedido el «Decreto de 2 de marzo de 1938» en cuya virtud se suspendía la sustanciación de los pleitos de separación y divorcio, y las actuaciones para obtenerlo por mutuo

disenso, quedando el resto de las causas bajo la jurisdicción canónica para su resolución.

Es llamativo cómo desde la Iglesia y el Estado se minimiza el impacto que tuvo la Ley de 1932⁷; pero sobre todo es llamativo cómo ante una situación de falta de juridicidad sobrevenida, se abandona a los ciudadanos con aseveraciones cómo «debieron pensar el escándalo que daban y los peligros y dificultades en que se metían» (Del Amo, 1954, p. 51). El nuevo estado, culpabilizaba a los contrayentes por acatar una ley que calificaba de injusta y perniciosa y se jactaba de «haber cerrado las puertas para que el vínculo no se pudiese soltar» (p. 52) pero que estaba plenamente vigente en el momento en el que se contrae el matrimonio.

La voz autorizada de Monseñor del Amo en la obra analizada discrimina varios tipos de problemas que generan estos matrimonios, todos ellos inválidos desde la perspectiva de la doctrina canónica; pero el problema central es el tratamiento que ha de darse a estos matrimonios inválidos con lazo legal indisoluble, porque se celebraron sin forma sustancial canónica pero correctamente ante el estado (por lo tanto son legítimos) y fueron solubles al amparo de la «Ley del Divorcio de 1932»; pero no con las normas corrientes en el momento de la disertación.

La solución que ofrece, a falta de una ley de divorcio vigente, es la de legitimar la unión civil subsanando el casamiento mediante la celebración de un matrimonio canónico. Pero si existe un impedimento indispensable (por ejemplo, en el matrimonio contraído por una persona ordenada sacerdote) o un distanciamiento en la pareja que haga imposible la reconducción de la vida marital, entonces habrá de irse en el primer caso a considerar nulo el matrimonio contraído civilmente, y en el segundo caso a la separación canónica sin posibilidad de contraer nuevo matrimonio. Sacrificio y expiación del pecado, es lo que propone la doctrina de la Iglesia. El Concordato no se manifiesta explícitamente sobre los matrimonios civiles contraídos durante la República, aunque previene contra los futuros matrimonios inválidos mediante la labor profiláctica que ha de desempeñar la Iglesia a través de la catequización de los fieles.

Algunas voces discordantes dentro y fuera de la Iglesia, abogan por soluciones menos radicales. El Padre Regatillo, «canonista ilustre», según el propio Del Amo (p. 55), propone que el remedio fuera una ley

⁷ La estadística de 1934 lo eleva a 7.059 divorcios.

de divorcio aplicada de forma quirúrgica solo para aquellos matrimonios civiles válidos cuyos contrayentes quieran diluir el vínculo; pero esta solución resultaría harto dañina según Monseñor del Amo para la salud de las almas, y para los derechos adquiridos por una de las partes contrayentes que no quisiera acceder al divorcio por razones de fe. Sería nefasto para la familia y para la sociedad, y totalmente contrario al espíritu de la Iglesia y del Estado, tal y como se ha manifestado al aprobar el Concordato.

Por su parte, el jurista D. Eloy Montero y Gutiérrez propone que se declaren nulos esos matrimonios a instancia de uno de los contrayentes por un Juez competente (Del Amo, 1954, p. 67), salvaguardando los derechos civiles de los hijos e hijas habidos de esos matrimonios; pero Monseñor del Amo, argumenta que ningún juez terrenal es competente porque el matrimonio es un sacramento y tampoco sería de recibo igualar la condición de la prole habida en el seno de un matrimonio católico, apostólico y romano con los hijos nacidos de un concubinato, por muy legítimo que se considerase por ley, condición que también tendrían los habidos de sucesivos matrimonios de sus progenitores.

Así las cosas, el tiempo y la represión política van afianzando un modelo católico de matrimonio contraído con forma canónica público y con efectos civiles, perpetuo por indisoluble, único en el nuevo estado, quedando proscritas legal y socialmente cualquier otro tipo de relación marital y familiar, homogéneo para toda la sociedad española que se prolongó durante la década de los años 40, 50 y parte de los 60 del siglo XX.

2. EL TARDOFRANQUISMO: LA POSTURA DE LA DOCTRINA FRENTE AL CAMBIO

Pero los cambios sociales y la simulación de apertura política de cara al exterior que se operó desde el régimen franquista durante los años 60 dará lugar a la promulgación de un nuevo «Decreto el 22 de mayo de 1969», que complementado con la «Instrucción de la Dirección General de Registros de 15 de abril de 1974» deja sin efecto el requisito probatorio del anterior Decreto de 1941 en favor de la simple manifestación de los contrayentes, facilitando al máximo la prueba de la acatolicidad mediante la apostasía o comunicación fehaciente al párroco competente del abandono de la fe, abriendo tímidamente la puerta a uniones civiles y de hecho. No obstante, otras normas apunta-

lan el cambio: la declaración *Dignitatis humanae* promulgada el 7 de diciembre de 1965 en el seno del Concilio Vaticano II en favor de la libertad religiosa, obligó al Estado español a promulgar su propia «Ley de Libertad en materia religiosa el 28 de junio de 1967» y por lo tanto a coordinar la legislación vigente a la que afectaba. La sociedad española de los años 70 durante el denominado *tardofranquismo* y la Transición demandaba un cambio legislativo profundo: si en 1965 la curva de matrimonios que se separaban creció considerablemente con respecto a los anteriores 25 años, en 1970 ese crecimiento fue exponencial⁸.

Parte de la doctrina civilista de esos años, no duda de la parquedad de la reforma y plasman en tratados, manuales, estudios monográficos, artículos científicos y conferencias sus opiniones acerca de la cuestión del matrimonio. La mayoría de los juristas abogan por el establecimiento de un sistema de matrimonio civil facultativo más o menos restrictivo con preeminencia del rito canónico y competencias compartidas entre el Estado y la Iglesia en virtud de las preferencias de la mayoría católica en España: se aboga bien por un reconocimiento dual de ambos matrimonios, bien por el reconocimiento de pluralidad de formas o bien, de nuevo, por la transposición de la normativa canónica al derecho civil. Sólo Díez-Picazo (1972)⁹ va más allá en su análisis y propone abiertamente la regulación exclusivamente civil dando cabida incluso a la disolución del vínculo mediante el divorcio, para lo que se perfila necesaria la declaración de aconfesionalidad del Estado.

De nuevo el tema axial versa en torno a la redacción del artículo 42 cuya historia algunos autores tildan de «atormentada» (García Cantero, 1974, p. 112)¹⁰; en la reforma operada mediante la Ley de 24 de abril de 1958 su redacción había quedado de la siguiente forma: «La Ley reconoce dos clases de matrimonios: el canónico y el civil. El matrimonio habrá de contraerse canónicamente cuando uno al menos de los contrayentes profese la religión católica. Se autoriza el matrimonio civil cuando se pruebe que ninguno de los contrayentes profesa la religión católica» (García Cantero, 1974, p. 113), aplicando las normas del Concordato de 1953.

⁸ ALBERDI, I. (6 de abril de 1980), «Aspectos sociológicos del divorcio», *El País*.

⁹ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1972), *Centenario de una gran obra legislativa*. Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación.

¹⁰ GARCÍA CANTERO, G. (1974), «En torno a la reforma del derecho civil matrimonial», *Revista Ius Canonicum*, Vol. XIV, núm. 27 (112-113).

Salvador Carrión (1977) urge la necesidad de revisión del precepto, sobre todo teniendo en cuenta la nueva postura de la Iglesia en lo relativo a la libertad religiosa. Para este autor, el matrimonio tiene un carácter institucional y axial para las sociedades, es además eminentemente religioso, no necesariamente católico, pero sí sacro porque, de hecho, todas las religiones disponen ritos y formalidades en torno a su celebración.

Siguiendo a Carrión, los sistemas matrimoniales han de clasificarse en tres grandes grupos: civil obligatorio, facultativo o de libre elección y civil subsidiario. En el segundo tiene cabida la celebración mediante rito religioso y solo podríamos hablar de discriminación cuando el Estado reconociera validez únicamente al contraído en el seno de una comunidad religiosa concreta u obligase a los ciudadanos a contraerlo mediante un rito religioso concreto, aunque el individuo hubiese abandonado la fe, convirtiendo así la facultad en subsidiaridad. Este sistema, el subsidiario es precisamente el que resulta vigente en España en ese momento histórico. Por eso el autor urge la reforma de nuestro derecho matrimonial.

Tras la promulgación del «Decreto de 22 de mayo de 1969» esa forma de matrimonio aparece mitigada en sus exigencias: la doctrina habla de un matrimonio civil «ampliamente subsidiario» toda vez que el requisito de prueba de acatolicidad ha quedado reducido a una simple manifestación de los contrayentes, liberalizando así la institución, reduciendo dicha declaración a una mera formalidad. Para que esta norma se cumpla, la instrucción registral al efecto será que el Juez encargado del registro civil sólo debe constatar que esa comunicación al párroco se ha producido, quedando fuera de su competencia la comprobación del grado de autenticidad de la misma y desvinculando así la acción legal de la obligatoriedad religiosa (art. 245 «Reglamento del Registro Civil», vigente en esa fecha): el encargado del Registro, ya no tendrá la obligación de oponerse a celebrar el matrimonio civil ante la negativa de la autoridad eclesiástica (como ocurría con la Orden de 1941) que únicamente podrá poner de manifiesto, como cualquier particular, la existencia de impedimentos para la celebración del matrimonio.

Pero la mayor parte de la doctrina reconoce que el sistema matrimonial español continúa siendo subsidiario a pesar de la reforma y que la libertad religiosa predicada con la Ley de 1967 se obstaculiza al obligar a los ciudadanos a hacer una manifestación pública de algo que atañe solamente a su conciencia; y de forma casi masiva, con unas connotaciones u otras reivindican un matrimonio civil facultativo. No

obstante, algunos tratadistas como García Cantero, López Alarcón, Corral Salvador o Batlle consideran que la reforma es suficiente y práctica. López Alarcón (1973, p. 117)¹¹ afirma que «no se pueden considerar sinónimos la apostasía y el simple abandono de la fe u hostilidad hacia la religión», tratando de reconducir este último caso a la obligatoriedad de contraer matrimonio de forma canónica porque la realidad social de España es la de ser un país católico; y García Cantero (1974, p. 112) que «la reforma civil es suficiente» porque se puede flexibilizar administrativamente la aplicación del artículo 42, cumpliendo así las exigencias legales tanto del derecho civil como del canónico.

Otros autores, sin embargo, defienden la adopción de un sistema obligatorio civil; tal es el caso de Díez-Picazo (1972) y del procurador en Cortes y ministro Manuel Fraga Iribarne. Díez-Picazo, reivindica incluso la tentativa del jurista decimonónico Montero i Rius, haciendo protesta del catolicismo estatal que también atacó Montero en la defensa de la «Ley de Matrimonio Civil de 1870», invocando los cánones del Concilio Vaticano II que promueven la separación entre Iglesia y Estado. Fraga Iribarne por su parte, reivindica la evolución que ha experimentado la familia en la sociedad española lo que hace aconsejable reconocer tipos diversos de relaciones familiares y desde luego defendiendo claramente la separación entre Iglesia y Estado.

Carrión, que preside el elenco de autores que defienden una postura moderada, aboga por el establecimiento de un modelo civil facultativo reconociendo dos clases de matrimonio (civil y canónico, pero no para otras confesiones) con la posibilidad de libre elección para los contrayentes.

El magistrado Pèrè y Raluy (1970, p. 165)¹² fue el representante de un «modelo novedoso consistente en el reconocimiento de pluralidad de formas matrimoniales», alejándose del modelo europeo basado en la forma matrimonial civil única. El contenido de ese matrimonio sería, sin embargo, exclusivamente civil, obligando a los ministros que lo celebrasen a remitir el acta al registro civil para su auténtica validez. Esta será la forma que triunfe en la reforma postconstitucional de 1981.

En este contexto, comienza a plantearse nuevamente la regulación del divorcio; no es extraño si tenemos en cuenta que la sociedad y la

¹¹ LÓPEZ ALARCÓN, M. (1973), «Matrimonio Civil y Obstáculo legal de profesión de la Religión católica», *Revista Española de Derecho Civil*, Vol. 29, núm. 82 (111- 123).

¹² PERE I RALUY, J. (1974), «Registro Civil. Panorama del estado civil y del Registro Civil desde 1970 hasta 1972». *Revista Pretor XXII*, núm. 80 (165-317).

familia ha cambiado considerablemente en la década de los años 70 y que el derecho civil matrimonial ha avanzado también hacia posturas cada vez más permisivas o abiertamente contrarias a la exclusividad católica.

Y de nuevo nos encontramos con una situación casi paralela a la de principios de siglo, cuando en 1904 Carmen de Burgos publicaba *El divorcio en España* recopilando las opiniones de la sociedad de la época acerca de la regulación del divorcio. En 1977 se publica una *obrita*, *Divorcio en España: un tema polémico que mañana será noticia* a cargo del sacerdote Antonio Aradillas que recoge las opiniones de la sociedad española acerca de si debe o no regularse el divorcio; asimismo proliferan obras audiovisuales (como había ocurrido en los años 30) la serie de televisión *Anillos de Oro*¹³ o el largometraje cómico *El divorcio que viene*¹⁴ entre otros títulos, que sacan el debate a pie de calle.

Más allá de los testimonios personales a favor y en contra de su regulación, llama la atención en el ensayo de Aradillas cómo la mayoría de los argumentos versan, de nuevo, en torno a la culpa y el mito del amor romántico: se habla de no castigar por la equivocación, de error, de la humanidad e incluso caridad cristiana que debe invertir la decisión de permitir el divorcio, dignificando a la persona que ha errado, incardinándolo incluso en el ámbito de los derechos humanos, más allá de un puro ataque a la Iglesia; preocupa la situación de los hijos, pero no solo de la situación en que quedarían después del divorcio, sino que, como novedad con respecto a principios de siglo, preocupa la que padecen en una familia cuyos progenitores no quieren seguir estando casados. Es relevante el testimonio de una mujer que reivindica el mutuo acuerdo y la ausencia de culpa al acordar un divorcio (Aradillas, 1977, p. 64).

En contra, se plantea el rancio argumento de la legalización del adulterio y el concubinato, y de la condición de institución de derecho natural que reviste al matrimonio. Y del miedo. Del miedo a que la institución termine con la familia, sustrato mismo de la sociedad y del Estado.

Pero el cambio social está irremisiblemente en marcha y el político se está gestando tras la muerte del dictador: el 4 de enero de 1977 se promulgó la «Ley para la Reforma Política» conocida como la 8.ª ley

¹³ MASÓ, P. (Productor Ejecutivo); DIOSDADO, A. (Guionista) (1983), *Anillos de Oro* [Serie de Televisión], RTVE.

¹⁴ MASÓ, P. (director) (1980), *El divorcio que viene* [Película]. Impala Producciones.

fundamental, que diluía el Estado franquista previo un referéndum consultivo que se celebró el 15 de diciembre de 1976, y se convocaron elecciones generales en junio del año siguiente. Las cortes resultantes serían las constituyentes que elaboraron y aprobaron el texto vigente de la Constitución de 1978: de nuevo el cambio estructural del Estado, traerá una nueva forma de matrimonio civil soluble legalmente mediante la institucionalización del divorcio.

3. EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL. LAS REFORMAS DE 1958 Y 1975 DEL CC

En lo relativo al régimen económico matrimonial durante la dictadura franquista entre los años 40 y los 70 del siglo xx, tanto los diccionarios jurídicos como la doctrina en torno a la institución de los gananciales, no es crítica generalmente. Se limita a recoger la legislación vigente del Código Civil y a introducir, en algunos casos, tímidas peticiones de la necesidad de su reforma o, al menos, de nuevas interpretaciones en los últimos estertores de la dictadura. Además, en esta época observamos una disgregación de las materias y los autores, que, o bien estudian la materia desde el punto de vista de la Historia del Derecho, o bien lo hacen como disciplina del Derecho civil.

No pareció necesaria ninguna modificación en lo relativo al régimen económico matrimonial cuando se derogó la obra legislativa de la II República y se recuperó la decimonónica legislación del código, puesto que durante la República no se había derogado el REM regulado en éste, quedando plenamente vigente la desigualdad entre los cónyuges que establecía el Código Civil en lo relativo a la administración del patrimonio por parte del marido, cabeza de familia y la falta de capacidad de obrar de la mujer casada, sujeta a la licencia marital recogida en el mismo, como institución histórica de nuestro derecho matrimonial.

El artículo 61 del Código Civil exigía a la mujer casada la *licencia marital* para la realización de actos de contenido patrimonial; la ubicación del precepto, fuera del articulado referido al REM e incardinado en los artículos que definen la institución matrimonial nos avanza la idea de jerarquización entre los cónyuges, dando una absoluta preeminencia al marido; se liga esta norma al régimen económico ganancial vigente porque según el artículo 59 el marido tenía la cualidad exclusiva de administrador de los bienes de la sociedad conyugal cuya formación confiere en sí misma al varón una autoridad total sobre la familia

en general y sobre la esposa en particular, que debe obedecerle por mandato legal (art. 57 Código Civil). De forma que la licencia, en el ámbito patrimonial, sería el efecto de la potestad marital que corresponde al varón por su naturaleza, dada la superioridad jerárquica que le otorga la ley dentro de la familia.

En este sentido, Lacruz Berdejo (1963, p. 164)¹⁵ manifiesta que «la sociedad conyugal requiere una autoridad que la dirija» y ve natural que ésta se encarne en el marido porque si en el plano personal la mujer es más débil, en el jurídico debe obedecer; así en el patrimonial por aplicación de la «*manus*» proyecta su autoridad personal a los bienes de la mujer en tanto en cuanto son parte del patrimonio conyugal. Para Lacruz, esta preeminencia legal del marido haría que la licencia fuera necesaria en cualquier régimen económico, excediendo de la mera autoridad patrimonial para llegar a ejercer plenamente el más absoluto control y poder sobre la mujer como individuo, justificando ese control por la necesidad de protección dada su presunta inferioridad porque como afirmaba el notario Nart Fernández¹⁶ «la potestad marital supone un correlativo condicionamiento de la capacidad de la mujer (...) fundado en la debilidad física y psicológica de ésta» (Nart, 1951, p. 592).

Por eso cabe hablar, siguiendo a Puig Peña (1953, p. 186)¹⁷, de *incapacidad de la mujer casada*, porque el control va más allá de la falta de capacidad de obrar necesitada de un complemento ejercido por la otra parte de la sociedad ganancial y despoja a las mujeres totalmente de la realización de cualquier acto volitivo individual y propio.

No obstante, la postura de Lacruz se ve compensada por una interpretación jurisprudencial del precepto más tolerante, y una gran parte de la doctrina mucho más moderada; es el caso de Castán Tobeñas (1955, p. 174)¹⁸, que afirmaba: «Aunque nuestras leyes civiles no hayan variado (...) no cabe duda que, insensiblemente, las ideas y costumbres han ido modificando a través de una evolución progresiva, la situación de la mujer».

¹⁵ LACRUZ BERDEJO, J. L. (1963), *Derecho de Familia, el matrimonio y su economía*. Bosch.

¹⁶ NART FERNÁNDEZ, I. (1951), «Venia y Veto maritales», *Revista de Derecho Privado*, abril, 1951 (592-630).

¹⁷ PUIG PEÑA, F. (1953), *Tratado de Derecho Civil Español*, Tomo II, Vol. 1. Revista de Derecho Privado.

¹⁸ CASTÁN TOBEÑAS, J. (1955), *La condición social y jurídica de la mujer*. Reus.

A partir de mediados de los años 50, el dogma de la autoridad marital se sustituye por la teoría de la autoridad-función. Gómez Laplaza (1977)¹⁹ afirma que la licencia, no es una verdadera potestad sobre la mujer, sino una función encomendada al marido por la necesidad de dirección de la familia; se acuña el término *interés de la familia* que terminará introduciéndose en la legislación y aplicándose casi como un principio general de carácter superior en la regulación de las relaciones familiares.

En aplicación de la «Ley 56/1961 sobre derechos políticos, profesionales y de trabajo de la mujer» se rechaza por la doctrina y la jurisprudencia la autoridad exclusiva y excluyente del varón, la que se ejerce de forma personal, en favor de una organización dual, pero no conjunta: la mujer podrá ejercer la jefatura familiar en ausencia del marido y en el ámbito que le corresponde siempre; es decir la legislación profundiza en la distinción de roles para cada uno de los cónyuges: ambos son iguales, pero dentro de esa igualdad cada uno ejerce su función en un ámbito distinto, el varón en el económico y la esposa en el doméstico, incidiendo en esa unidad de dirección de la familia, interpretando de forma restrictiva las limitaciones impuestas a la mujer, y rechazando el poder discrecional del marido.

En este momento histórico, el debate en torno a la licencia marital personal instituida en las Leyes de Toro, adquiere particular importancia. Del análisis de la legislación vigente se entiende al margen del régimen económico matrimonial; pero a la luz de la nueva interpretación propugnada por la doctrina, ha de entenderse en relación a la gestión de la sociedad de gananciales: así lo advirtió Federico de Castro y posteriormente Manuel de la Cámara y Manuel Albaladejo, basándose según el análisis elaborado por Carmen Gómez Laplaza (1977), en tres tipos de argumentos: histórico, porque históricamente en derecho español el régimen económico matrimonial general era el ganancial; teleológico porque perseguía la finalidad de evitar que las disposiciones de bienes de las mujeres perjudicaran el patrimonio del marido; y sistemático porque según el código la dirección de la sociedad de gananciales le pertenecía exclusivamente al marido. El legislador solo tiene presente la sociedad de gananciales, porque los demás regímenes tienen el carácter de especiales o forales.

¹⁹ GÓMEZ LAPLAZA, M. C. (1977), «Supresión de la licencia marital», *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 30, núm. 2 (337-395).

En este sentido hay que analizar la condición de los bienes parafernales, propios de la mujer casada, pero sobre los que no tenía capacidad de disposición porque sus frutos acrecen o menguan el patrimonio ganancial de cuya gestión es responsable el marido: por eso es necesaria la licencia marital, en aplicación del principio de unidad de dirección en la administración. La ley no puede permitir que la gestión individual de la mujer de sus propios bienes perjudique los bienes del marido o de la sociedad ganancial de la que es titular.

En el análisis del régimen económico matrimonial ganancial, la doctrina de esta época pivota en dos principios: la administración legal de los bienes por el marido como cabeza de familia y la falta de capacidad de la mujer. La tónica general es la de no verter una opinión demasiado personal acerca del tema, a diferencia de la doctrina civilista decimonónica y plantear la cuestión desde un punto de vista más objetivo; tal es el caso de los historiadores del derecho García Gallo (1966) o Prieto Bances (1976). Otros, sin embargo, resultan más beligerantes y defienden la institución tal y como se practica en España, como la mejor y más justa o al menos la más ajustada a la moral de la época, como Lacruz Berdejo (1980)²⁰, que critica a Jean Carbonnier (1974) por no considerar en la formación de la sociedad de gananciales la *affectio* entre los cónyuges y contemplar, sin embargo, que ésta —como cualquier sociedad— tiene un objetivo económico y un afán lucrativo.

El Diccionario de Legislación Aranzadi²¹, en su edición de 1951, no menciona ya ni los bienes castrenses ni cuasicastrenses y, en la voz relativa a bienes gananciales, haciendo un recorrido por la legislación aplicable, establece la comunicabilidad de los frutos de todos los bienes para el sostenimiento de las cargas y la privación de la nuda propiedad de los aportados por cada uno de los cónyuges o adquiridos constante matrimonio por donación hecha a uno solo de ellos o por herencia. La administración recae en el marido, por mandato legal.

En torno a esta misma década, los autores de la Enciclopedia Jurídica Labor (1950) plantean la existencia de bienes *reservables* de la mujer casada. Son bienes gananciales los frutos de los bienes privativos de los cónyuges y las ganancias y beneficios obtenidos por cualquiera de ellos. Estamos hablando ya de adquisiciones derivadas del trabajo e industria y los privativos, provenientes de otras adquisiciones, que apor-

²⁰ LACRUZ BERDEJO, J. L. (1980), *Manual de derecho civil*. Bosch.

²¹ ARANZADI, E. de (1951), *Diccionario de Legislación*. Aranzadi.

tarán a la sociedad los rendimientos: no hace distinción de bienes castrenses ni cuasicastrenses, sino simplemente privativos y comunes, y se refiere a ambos cónyuges.

Es significativo que, en la novedosa voz de *bienes reservables de la mujer casada*, no solo se introduzcan los dotales y parafernales, como tradicionalmente se estaba haciendo, que además eran administrados por el marido, sino que se refiere a aquel «patrimonio especial de la mujer, sobre el que esta tiene todas o la mayor parte de las facultades jurídicas y que se constituye, en general, con los objetos de uso personal y las *ganancias del trabajo particular* de la mujer casada».

Ignacio De Casso y Francisco Cervera (1950) estudian la figura en los derechos alemán y francés, en los que la independencia jurídica y económica de la mujer casada en esta época es ya considerable, y lo comparan con el caso español, del que admiten que este tipo de bienes «son desconocidos; pero se han asimilado por los autores a nuestros bienes parafernales».

La diferencia fundamental, no obstante, radica en la administración y en el destino de los frutos que siempre será la sociedad conyugal, incluso aunque la mujer haya renunciado a las ganancias. Castán (1930), citado por los autores de la Enciclopedia Labor, recoge la presunción legal favorable a la comunidad de bienes y proclama la legal comunidad de los bienes que se adquieren constante matrimonio a título oneroso y los frutos de estos, así como los bienes que los sustituyen; los bienes parafernales son siempre de la mujer, pero esta no tiene su libre disposición al estar supeditada al sistema general de capacidad de su estado civil (necesidad de la licencia marital), aunque advierte que la libertad de pacto entre las partes puede modificar la situación, por vía notarial.

La antigua representación legal de la mujer se sustituye ahora por la representación puntual, derivada de la autonomía de la voluntad: superada la renuncia a los gananciales recogida en las Leyes de Toro por aplicación del *senadoconsulto Veleyano*, tan recurrente en la época moderna y principios de la codificación, ha dado paso a una situación de incapacidad jurídica legal apuntalada por la vía de la renuncia notarial, para gestionar y administrar su patrimonio. Pero el resultado sigue siendo el mismo: la mujer aporta a la sociedad conyugal como mínimo el fruto de sus bienes, pero no tiene la capacidad de administrarlos. De forma que una mala gestión (aunque formalmente por este motivo, si es flagrante, puede denunciar y solicitar la suspensión de la administración del marido) la despoja de su patrimonio o al menos de sus ganancias y la obliga a permanecer inactiva porque esa controversia legal, va en

contra del espíritu del matrimonio católico, por lo que en la práctica resulta inviable.

Otro aspecto importante en lo relativo a la situación económico-patrimonial de la mujer casada es la titularidad del domicilio conyugal, situación en la que se registra un cambio sustancial durante este periodo. En 1953 la abogada Mercedes Fórmica inicia una particular cruzada contra la regulación del domicilio que mantenía a las mujeres a merced de sus maridos en lo relativo al domicilio, incluso aunque estuviesen sufriendo lo que hoy día está regulado como violencia machista, pero que hasta hace poco tiempo no estaba ni siquiera sujeto a regulación.

La publicación de su artículo *El domicilio conyugal*²² en el periódico ABC después de haber tenido conocimiento de una aborrecible situación de maltrato, caló hondo en la sociedad e hizo que el Régimen se replanteara la situación jurídica de la mujer casada, acometiendo la reforma del CC en 1958 que determinó el domicilio en el que habitaban los esposos con su descendencia, si los había, como conyugal, no del marido, lo que permitió resolver a la justicia en favor de la permanencia de la mujer y su prole en el mismo en caso de separación matrimonial, siempre y cuando se probara la culpa del esposo o lo que, a pesar de la diferencia procesal es lo mismo materialmente, la falta de culpabilidad de la esposa.

No obstante, no se trata tanto de un cambio de criterio del régimen en lo relativo a las libertades femeninas, como de una necesidad política que también supuso por ejemplo la posibilidad de que las mujeres cobraran *su* salario y pudieran disponer de él sin autorización marital, como se analizará más adelante.

El aperturismo del régimen por necesidades políticas que se opera en la segunda mitad de la dictadura franquista, lo exigía: el artículo de Fórmica resuena en toda Europa que se hace eco de la situación de la mujer española en un contexto en el que en la Europa de posguerra se está produciendo un gran cambio de la condición jurídica y laboral femenina, al entrar de lleno en la esfera pública.

En cualquier caso, a partir de la modificación del Código Civil de 1958 el domicilio en el que se ubica la familia será domicilio conyugal y eso otorgará derechos a la mujer sobre él, no tanto en lo relativo a la disponibilidad, pero sí en lo relativo al estado posesorio y al uso, sobre

²² FÓRMICA-CORSI HEZODE, M. (7 de noviembre de 1953), «El domicilio conyugal», ABC.

todo cuando hay un abandono culpable por parte del marido o se atenta contra la vida o la manutención de los integrantes de dicha familia.

Pero sin duda el logro más significativo fue la derogación de la licencia marital mediante la «Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre 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». Antesala de lo que estaba por venir, fue la respuesta a una reivindicación justa y larga que comienza a tomar forma al hilo de la mayor incorporación de las mujeres a la Universidad y al mercado laboral.

Para lograr la efectividad de los principios de igualdad proclamados en la denominada ley de igualdad de 1961, ante el clamor cada vez más fuerte de la doctrina y de la jurisprudencia, así como la presión social que reivindica un cambio, el legislador se replantea la posición de la mujer casada dentro de la familia, observando, quizás por vez primera, el derecho comparado de nuestro entorno.

La paridad entre los cónyuges informa la necesidad de garantizar a la mujer su concurrencia en las decisiones familiares tanto a nivel moral como económico: las cargas no pesan ya exclusivamente sobre el marido, cabeza de familia, por la progresiva incorporación de la mujer al trabajo; tampoco la estructura social favorece la existencia de masas patrimoniales ingentes compuestas por diferentes partidas de bienes de origen diverso (parafernales, propios, gananciales); se incide en la idea de solidaridad y colaboración, en interés de la familia.

En este contexto, la licencia marital deja de tener sentido: no puede basarse ni en la falta de capacidad, ni en la potestad marital, ni se puede prolongar por más tiempo la limitación que suponía sobre el derecho de propiedad de los bienes propios de la mujer porque es jurídicamente inaceptable. La reforma, no obstante, resulta insuficiente en algunos aspectos. Es cierto que ya no se correlacionan protección del superior (varón) con deber de obediencia de la protegida (mujer), pero sigue habiendo una cierta prevalencia marital al atribuirse un poder subsidiario de decisión en atención a la patria potestad sobre las necesidades y decisiones que atañen a la prole, que continúa siendo masculina.

Además, el artículo 66 del código extendió la potestad doméstica heredera del germano *poder de las llaves*, que antes era de la mujer casada, a ambos cónyuges que tendrán bajo esta legislación, potestad decisoria en cuanto a las necesidades encomendadas a su cuidado, reconociendo un ámbito de competencia distinto al varón y a la mujer en lo relativo a la economía doméstica: hay dos esferas de actuación diferen-

ciadas, que carecen de sentido jurídico cuando se ha reconocido a la mujer plena capacidad; en aplicación del artículo 1.416 CC que no ha sido modificado, el marido sigue siendo el administrador de la sociedad de gananciales, reduciendo por la vía práctica a la mujer a la disposición solo en el ámbito doméstico y no patrimonial: el artículo 58 regula la contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio pero puesto en relación con la regulación del régimen económico ganancial, sigue reconduciendo a la mujer al trabajo doméstico como forma de contribución frente a la gestión patrimonial del esposo.

La lenta pero progresiva consecución de estos derechos, así como el cambio social y político que tuvo lugar en España durante el periodo histórico de la Transición tendrá como resultado una remoción profunda de la estructura del Estado y del Ordenamiento jurídico español, que se materializa con la promulgación de la «Constitución de 1978» y las subsiguientes reformas legislativas en el ámbito del Derecho civil familiar a partir de 1981.

Capítulo 4

■ El régimen económico matrimonial en el contexto sociocultural: la educación de las mujeres en función de su rol dentro del matrimonio

A lo largo de la historia de la educación femenina, hasta finales del siglo XIX resulta evidente una constante: la educación de las mujeres tiene como finalidad mantenerla en su rol de cuidadora, doméstica. La falta de instrucción y de desarrollo estuvo ligada sobre todo a las casadas: es cierto que no se procura a las niñas, en general; pero también lo es que las mujeres que destacan en la antigüedad y en la Edad Media y Moderna son viudas o solteras, en este último caso dedicadas a la vida religiosa; es decir cuando no tienen que asumir ningún deber de cuidado. Hay un ejemplo que contradice esta perspectiva: Laura Cereta, casada, narra en sus epístolas lo frustrante que le resultaba el matrimonio y la maternidad porque limitaba su tiempo dedicado a la cultura. Más adelante, ya en el siglo XIX, la actividad intelectual y profesional se liga a la del padre o el esposo como una prolongación de su dependencia existencial; pero se registra la imagen de la mujer soltera que sí podía dedicarse a cultivar su intelecto o se ve obligada a desarrollar una actividad que le permita subsistir.

La dependencia económica, consecuencia de la falta de conocimiento, siempre está presente porque se coarta la capacidad jurídica y de obrar de las mujeres en general, pero está mucho más fortalecida cuando la mujer es casada y durante el matrimonio: la regulación del régimen económico matrimonial ligado a un concepto de matrimonio que somete a la mujer a la tutela del marido plantea una reflexión acerca de por qué. Por qué las mujeres son despojadas sistemáticamente de su patrimonio, excluidas de la administración no solo del patrimonio

común, sino del suyo propio. Por qué no son partícipes de los avances culturales que colocan al género humano por encima de consideraciones mágico-religiosas. Por qué no tenían la capacidad, o la oportunidad al menos, de revertir esa situación.

Hay que preguntarse si era cierto entonces, que contaban con menor capacidad (en sentido amplio), que su única preocupación era hacerse con un marido proveedor que las permitiera no tener ninguna otra preocupación. Porque en caso contrario la cuestión sería dónde está la clave que las mantuvo en la más absoluta dependencia económica de los varones de sus familias en general y de sus maridos en particular. Del contexto histórico que se ha ido desgranando, podemos inferir que se las aísla socialmente con distintos argumentos: en la Edad Antigua por la imposición de un patriarcado dominante asentado en el derecho de guerra y de conquista, en la Edad Media a través del seguimiento del modelo de sumisión de la Virgen María, en la Moderna con el humanismo masculinizante que las invisibiliza por completo. Pero por qué también en la Ilustración y en la época liberal. La clave, creemos, está en la educación, o mejor dicho en la ausencia de educación en el sentido de instrucción.

I. Los orígenes. La educación pro-servicio

1. LA EDUCACIÓN DE LAS MUJERES HASTA LA ILUSTRACIÓN Y SU POSICIÓN EN EL MUNDO EMPRESARIAL Y LABORAL

Durante la antigüedad, hubo mujeres altamente instruidas que pasaron a la Historia por sus aportaciones al campo de la ciencia, las matemáticas, la filosofía: Theano, Hipatia de Alejandría, María la Judía, Hildegard Von Bingen. En la Edad Media, fueron de enorme importancia las mujeres de la realeza que demostraron una profunda cultura y formación sobre todo en la aristocracia: Catalina de Lancaster que se encargó personalmente de la formación y cuidado de su hijo Juan (futuro Juan II, padre de Isabel I) o su tía abuela Filipa de Lancaster, reina de Portugal y sus respectivas hijas Isabel de Portugal, duquesa de Borgoña y María de Castilla, reina de Aragón; todas ellas se rodearon de mujeres letradas, desde Mencía de Cisneros hasta Beatriz Galindo, pasando por Leonor López de Córdoba e Inés de Torres; Estefanía Carrós i Mur, Luisa de Medrano, Francisca de Nebrija, María Pacheco, Oliva Sabuco, son también claro ejemplo de la erudición de las mujeres

durante el medievo. Y las mujeres del pueblo también desarrollaban innumerables saberes cotidianos: eran curanderas o matronas, cocineiras, aunque sumidas en un analfabetismo profundo y extendido, del que no son objeto por discriminación de sexo, sino de clase.

En una época en la que comienzan a establecerse las primeras universidades, generalmente de patronato eclesiástico, comienza no obstante a vetarse su entrada a las que por posición social y económica podrían haber acudido a las aulas; la Iglesia y el Santo Oficio promueven la imagen de la mujer-diablo o la mujer-bruja equiparándola a la mujer-culta o mujer-sabia: «ya que la mujer es la razón primera del pecado, el arma del demonio, la causa de expulsión del hombre del paraíso (...) hay que evitar todo comercio con ella»¹; en Oriente, hay algunas manifestaciones de educación femenina incluso universitaria: así la *madrassa* de Qarawiyyin (año 859 d.C.) que fue creada por dos mujeres *tunecinas* o las escuelas de medicina para mujeres que existían respectivamente en las ciudades egipcias de Sais y Heliópolis (García Luzón, 2021, p. 40), pero tampoco podemos hablar de una situación generalizada.

En el siglo XVI es destacable la valiosa aportación de Cristine de Pizan que no solo es una mujer sabia y autodidacta, sino que aboga por la necesidad de educar a las mujeres en el humanismo; Elena Cornaro Pisconia ya en el siglo XVII, hace una profunda reflexión filosófica sobre la mujer desde el punto de vista ontológico; acudió a la Universidad de Padua a recibir enseñanzas, constando en la historia como la primera mujer que logró doctorarse; la matemática María Gaetana Agnesi, la escritora mexicana Sor Juana Inés de la Cruz o la mencionada pensadora Laura Cereta, también son ejemplos de la sabiduría de las mujeres.

Es, sin embargo, una presencia testimonial: son mujeres que destacan, en un mundo de hombres y cuya memoria se rescata en estudios especializados; ya en el siglo XVIII al hilo de la Ilustración, la presencia femenina en los círculos culturales es más numerosa y aplaudida, son *las preciosas*, cuyas tertulias eran frecuentadas por los varones intelectuales de la época: Richelieu, Balzac, Voltaire, Rancan, La Fontaine, Malherbe, La Rochefoucauld o los hermanos Scudéry entre otros. Estas mujeres además cumplían la función de mecenas y adquirieron una gran

¹ GARCÍA LUZÓN, E. (2021), «Las primeras universidades en el mundo: pioneras en Europa y EE.UU.», *El acceso a la educación universitaria en América y España desde una perspectiva de género*. TAJAHUERCE ÁNGEL, I (ed.), e IZQUIERDO EXPÓSITO, V. Ediciones Complutense (39-54).

importancia en la formación del nuevo pensamiento ilustrado; pero pronto se ven denostadas por sus compañeros varones con ayuda de la literatura de Molière y la filosofía de Rousseau quien manifiesta impunemente en *Emilio* que ambos sexos no pueden tener acceso a la misma educación puesto que «el destino de la mujer es agradar y ser subyugada».

Su dedicación a la cultura y a la ciencia (María Andrea Casamayor de la Coma, matemática y maestra de niñas; Sophie Germain Emilie du Châtelet, matemática y física francesa; Ada Lovelace, matemática británica, a cuyos experimentos de matemática aplicada se remontó Alan Turing, inventor oficial del ordenador) así como a la política, no se verá recompensada con el reconocimiento esperado: su reivindicación de libertad e igualdad les costó la vida a Olympe de Gouges y a Geneviève de Fontenay, y el apelativo de *ridículas* al resto.

Las mujeres también habían trabajado o liderado empresas económicas, e incluso militares antes de la que denominamos comúnmente «incorporación de la mujer al mercado de trabajo»; pero de nuevo hablamos de situaciones excepcionales, testimoniales, con ejemplos muy representativos.

Doña María Calo en el siglo xvii llegó a ser apoderada del Reino de Galicia en Madrid ante la corte y dueña de una regiduría: era tenedora de tierras y rentas y fue la dueña absoluta del negocio familiar, con gran influencia política. Calo heredó su negocio de su madre, viuda y lo ejerció por sí misma una vez enviudó ella también. Un estudio de Francisco Cabreiro Ares², cifra el porcentaje entre un 5% y un 10% del volumen del sector; desarrollaban actividades de forma similar a los hombres, identificando la «agencia de las mujeres como el resultado de las guerras y de las economías de decadencia», porque cuando el capital, la mercancía y los buques están en manos de las mujeres por razones de estado (como la viudedad o la soltería sin hermanos varones al frente de los negocios), los hombres se muestran dispuestos a negociar con ellas.

Durante su reinado, Carlos IV otorgó a Ana María de Soto la explotación de un estanco en Córdoba: Ana María se había alistado en la armada en Montilla el 26 de junio de 1793 en la 11ª compañía de granaderos, con el nombre de Antonio Mª de Soto, después de huir de su

² CABREIRO ARES, F. (27 de marzo de 2023), *Mujeres del comercio en Santiago de Compostela al final del Antiguo Régimen* [Conferencia]. IV Seminario Metodológico online UCM.

casa y «gracias a su aspecto poco femenino»³, según manifestaciones de la época; una vez descubierta, es expulsada del ejército, pero el Rey en atención a su dedicación y oficio en la Marina, le concede graciosamente la explotación de un estanco lo que le hizo además desarrollarse como empresaria. No se le conoce matrimonio, ni descendencia, por lo que pudo desarrollar la actividad por sí misma.

En el sector naviero gaditano, Marina Alfonso⁴ ha identificado empresas regentadas por mujeres dueñas de embarcaciones explotadas en la Carrera de Indias, incluso con flotillas de entre 4 y 9 unidades con la llegada del libre comercio en el siglo XVIII: son, generalmente, esposas viudas e hijas de armadores fallecidos sin hijos varones que les hereden, que intervienen además en muchos casos como gestoras de los intereses de sus propios hijos, porque por sí mismas carecían de la capacidad legal necesaria.

En la clase trabajadora, las mujeres no se limitaban exclusivamente a la actividad doméstica; antes bien realizaban un ingente trabajo dentro de la unidad familiar como taberneras, cocineras, cordoneras, bordadoras, lavanderas, vendimiadoras, entre otras actividades manuales, pero también administradoras de hospitales, hospicios (como Isabel Zenda) y cárceles de mujeres.

Y así, podríamos seguir con ejemplos que salpican la historia e ilustran el discurso *de la mujer que sí podía desarrollar actividades económicas, aunque no lo hacía por decisión propia*. Pero la realidad es que estos casos aislados son simplemente ejemplos que confirman la regla, muchas veces producto de la casualidad y casi siempre de la oportunidad jurídica que tenían las mujeres que no estaban sujetas a un régimen económico matrimonial.

La presencia de las mujeres en la vida pública comienza de forma testimonial y aislada en la Edad Media y Moderna, pero resultó sostenida en el tiempo y a finales del siglo XVIII es un hecho y las mujeres ilustradas comienzan a tener peso en la sociedad. En España uno de los ejemplos más representativos es el de Josefa Amar y Borbón que sitúa el problema de la educación femenina en la amplitud que tiene: «La educación de las mujeres se considera regularmente como materia de

³ PAZZIS PI CORRALES, M. de (27 de marzo de 2023), *Ana María de Soto. La primera infante de Marina* [Conferencia]. IV Seminario Metodológico online UCM.

⁴ ALFONSO MOLA, M. (27 de marzo de 2023), *Mujeres empresarias del sector naviero gaditano en el siglo XVIII durante el libre comercio* [Conferencia]. IV Seminario Metodológico online UCM.

poca entidad. El estado, los padres, y lo que es más, hasta las mismas mujeres miran con indiferencia el aprender esto o aquello, o no aprender nada» (Amar, 1790, p. 54)⁵.

Amar considera que las mujeres como personas, están sujetas igual que los hombres a las obligaciones comunes, tanto religiosas como civiles, que centra en «el gobierno de la casa, el cuidado y crianza de los hijos, y —sobre todo— la íntima y perfecta sociedad con el marido» (Amar, 1790, p. 236). Esta premisa que hoy día nos golpea intelectualmente y nos causa cierto asombro, se mantendrá en el pensamiento pedagógico hasta bien entrado el siglo xx.

Pero, indudablemente, tiene la relevancia, por un lado, de hablar por primera vez de la *necesidad* pública, estatal, política de ofrecer una educación a las mujeres, y por otro de acometer determinados temas también recurrentes durante los siglos xix y xx, que se perfilarán como necesarios para la evolución social: la importancia de la alfabetización en general y de las mujeres en particular, la necesidad de no ser totalmente dependientes económicamente de los varones, la elección de estado.

Josefa Amar critica que a las niñas solo se les inste a adornarse y reflexiona sobre la profunda tristeza en que terminan cayendo las mujeres que pasado el tiempo de la juventud y el adorno tienen una vida vacía, valorando descriptivamente desde un espíritu profundamente ilustrado, el alto coste que esto supone para el estado, puesto que son sujetos que dejan de producir. Niega la falta de capacidad, y enumera en su obra mujeres de otros tiempos que la han demostrado cumplidamente, pero se escandaliza ante la posibilidad de que las mujeres acudan a la universidad, ya que deben cultivar «su entendimiento, sin perjuicio de sus obligaciones» (Amar, 1790, p.170) lo cual resultará de gran provecho para las que, según su condición social, se casen con hombres cultos e instruidos, sí; pero no se olvida de mencionar la importancia de «educarse para sí mismas» (Amar, 1790, p.66); o de reivindicar en la medida de los tiempos que «la educación y cuidado de los hijos pertenece del mismo modo a los padres y a las madres» (Amar, 1790, p. 74), aunque defiende un vínculo afectivo biológico mayor en las mujeres.

Josefa Amar, hija de su tiempo, no olvida tampoco la trascendencia de la educación religiosa, cristiana; pero reivindica el papel de la mujer

⁵ AMAR Y BORBÓN, J. (1790), *Discurso sobre la Educación física y moral de las mujeres*. LÓPEZ-CORDÓN, M. V. (ed.) (1994), Colección «Feminismos Clásicos». Cátedra.

en la sociedad cuando solicita su entrada en la Sociedad Matritense de Amigos del País, que resulta desestimada y critica aquellas posturas patriarcales que consideran ridículas a las mujeres sabias, designándoles con epítetos humillantes como «cultas latiniparlas o marisabidillas» (Amar, 1790, p. 179).

De hecho, gracias a su iniciativa se generó un gran debate público acerca de si era o no oportuno que las mujeres ingresaran en las Sociedades de Amigos del País. Olegario Negrín Fajardo⁶, resume en dos cuestiones las principales que subyacen en dicho debate: por un lado, los que niegan a las mujeres su inclusión para no alentar su derecho a exigir manifestando la constatación de que la sumisión está en el desconocimiento; y por otro los que alegan la aplicación de la más pura tradición ultramontana utilizando como argumento de peso que siempre se les había excluido del debate público. Son proclives al ingreso Jovellanos, Campomanes o Ignacio López de Ayala y total opositor fue Cabarrús. Finalmente, Carlos III promulga una Orden Real en 1787 para que se funde, dependiente de la Sociedad, la Junta de Damas, modelo de empoderamiento femenino y de sororidad en las relaciones personales entre mujeres.

La Junta de Damas, que se reunía semanalmente indaga en la situación de las fábricas del Reino y hace propuestas al Rey: estudian nuevas técnicas de fabricación textil, composición de los tintes, analizan la laboriosidad y eficiencia en las fábricas y fomentan el consumo interno, dentro del más puro proteccionismo ilustrado. En 1794 presentó una memoria con vocación de anual a la Sociedad Matritense, *Estado de los negocios de la Junta*.

Amar, sigue la estela de los primeros textos de ilustrados que reivindicaban la educación en las mujeres al más puro estilo de Fray Luis de León en *La perfecta casada*. Constituyen su *vademecum* obras como *De l'éducation des filles* de Fénelon o *Defensa de las mujeres* contenida en el discurso XVI del Teatro Crítico de Feijóo. Ambas destacan la importancia de instruir a las mujeres, más allá de la formación religiosa, la limitación de la vanidad de la belleza externa a través del cultivo de la intelectualidad y la atención a *sus* deberes propios, pero basándose también en la racionalidad, y elaborando así un concepto de actuación femenina vinculada con la conformidad, sí; pero también con el bien-

⁶ NEGRÍN FAJARDO, O. (1984), *Ilustración y Educación: la Sociedad Económica Matritense*. Editora Nacional.

estar social, lo que constituye indudablemente un argumento estadístico⁷.

Para estos autores, la educación de las mujeres radica en que su actividad doméstica influye en la comodidad de su casa y en la buena gestión de su economía doméstica, lo que redundaría en el bienestar de la familia, base estructural de la sociedad y del Estado. Fénelon reivindica como principales actividades de la mujer la crianza de los hijos y el cuidado de todos los miembros de la familia, por lo que han de ser «dóciles, pacientes, alegres, firmes y tranquilas»; pero también hace referencia a la necesidad de obtener conocimientos que le permitan saber moverse para el eventual estado de viudedad en que puedan quedar, denunciando la dependencia económica en que se sume a las mujeres por no instruir las.

No sólo en situación de viudedad; la emigración a América había hecho que muchas mujeres tuvieran que asumir responsabilidades jurídicas y económicas para las que no habían sido preparadas, haciendo gala de una autonomía que se les negaba jurídicamente y traspasando los límites de cuidado exclusivamente en función del marido⁸.

Josefa Amar introduce *ese* elemento fundamental, de forma soslayada: la independencia, incluso económica; cuidar de la economía doméstica en pro de los negocios del marido, como decía Fénelon; pero reivindica una «participación más activa de las mujeres en la gestión de unos bienes que según el contrato matrimonial, les pertenecen en igualdad de condiciones que al marido, pero de cuya administración y control siguen estando excluidas» (López Cordón, 1994, p. 236)⁹ porque, advierte, ante una mujer sin la más mínima noción de economía los hombres «huyen de casarse» (Amar, 1790, p. 203). Amar es consciente de que el matrimonio es la principal salida de las mujeres de su tiempo que no tomen los hábitos: por eso insiste en la educación de las niñas, en la necesidad de prepararlas para eventualidades futuras, pero también demandando el derecho a participar en la gestión del patrimonio propio (bienes parafernales) y común, el de la sociedad de gananciales.

⁷ NASH, M. (2008), «Mujeres, conciencia de género y movilizaciones sociales». *Cien años trabajando por la igualdad*. CAPEL MARTÍNEZ, R. M. (ed), Fundación Largo Caballero (117-130).

⁸ SÁNCHEZ RUBIO, R.; TESTÓN NÚÑEZ, I. (1997), «Mujeres abandonadas, mujeres olvidadas», *Cuadernos de Historia moderna*, núm. 19: *Sobre la mujer en el Antiguo Régimen: de la cocina a los Tribunales*. Universidad Complutense (91-120).

⁹ AMAR Y BORBÓN, J. (1790), *Discurso sobre la Educación física y moral de las mujeres*. LÓPEZ-CORDÓN, M. V. (ed.) (1994), Colección «Feminismos Clásicos». Cátedra.

La obra de Josefa Amar se encuadra en un género literario muy cultivado en ese momento como fueron los manuales de cuidados y cocina que hicieron con respecto a la educación de las mujeres un papel muy similar al que operó la Enciclopedia en la formación del pensamiento revolucionario ilustrado: en dichos recetarios se transmitían saberes domésticos relativos a organización, medicina, conservación de alimentos, limpieza de la casa, o higiene familiar; remedios caseros dirigidos a las mujeres que cuidan a la familia¹⁰ y que irán evolucionando a la impartición en las escuelas de materias como ciencias naturales, economía, química, física o matemáticas, medio siglo después; y reclaman la necesidad de formar a las mujeres para que sean portadoras de estos conocimientos y por ende capaces de transmitirlos, dando lugar a las escuelas de maestras.

II. De la educación pro-servicio a la educación intelectual femenina

1. LA EDUCACIÓN PRO-SERVICIO DEL SIGLO XIX

El pensamiento de Josefa Amar crea escuela. Concepción Arenal, ya en el siglo XIX recoge las reivindicaciones ilustradas de Amar y plasma en su amplísima obra su lucha contra la falta de instrucción de las mujeres. Quien ha pasado a la historia por su bizarra incursión en la universidad vestida de hombre para graduarse en leyes, por haber sido una viuda joven con escasos recursos económicos, por reivindicar la educación de todos los marginados sociales, o por ser una de las primeras abolicionistas en lo relativo a la prostitución, realiza una aportación impagable al avance de la cuestión relativa a la educación de las mujeres: en su obra *La mujer del porvenir*¹¹ critica la inferioridad en la que se sume a la mujer como género, a la marginalidad que sufre; critica sin piedad las contradicciones en que se está cayendo con tal de segregar a las mujeres:

¹⁰ PÉREZ SAMPER, M. A. (1997), «Los recetarios de mujeres y para mujeres. Sobre la conservación y transmisión de los saberes domésticos en la época moderna», *Cuadernos de Historia moderna: Sobre la mujer en el Antiguo Régimen: de la cocina a los Tribunales*, núm. 19. Universidad Complutense (121-156).

¹¹ ARENAL PONTE, C. (1869), *La mujer del porvenir*. E-litterae (2009).

«¿Cómo una mujer ha de ser empleada de Aduanas o en la Deuda? Sólo pensarlo da risa. Pero una mujer puede ser jefe del Estado. En el mundo oficial se la reconoce aptitud para reina y para estancquera; que pretendiese ocupar los puestos intermedios, sería absurdo» (Arenal, 1869, p. 3).

Además, ridiculiza las teorías biologicistas muy seguidas en ese momento, que afirman la menor capacidad intelectual de las mujeres porque su cerebro es más pequeño en tamaño, y reivindica que, contrariamente a estas teorías, la diferencia intelectual solo empieza donde empieza la diferencia en la educación. Arenal alerta sobre los peligros que conlleva el hecho de que la mujer sea considerada un ser inferior, no solo para ella sino también para los hombres y para la sociedad completa; es consciente del cambio social que se ha operado con el advenimiento del liberalismo y la aparición de la burguesía: recuerda que la mujer campesina siempre ha trabajado en igualdad de condiciones con el hombre, y reconoce también que el cambio social que ha traído la industrialización, determina que muchas mujeres que se encuentren solas, si no pueden acceder a ningún tipo de profesión u ocupación, vetado también el acceso al matrimonio por falta de dote, terminen ejerciendo la prostitución para ganarse la vida, «siendo la prostitución hija de la miseria y de la ignorancia de la mujer, debe combatirse ilustrándola, no cerrándole los caminos por donde puede ganar el pan honradamente» (Arenal, 1864, p. 69); porque aplicando simplemente la lógica, las mujeres, dice, podrían realizar actividades remunerativas que no comprometieran el intelecto: copista o relojera menciona como ejemplo, para terminar aseverando que la mujer puede ejercer cualquier profesión «que no perjudique la ternura de su corazón» (Arenal, 1864, p. 71), o sea que no implique posicionamientos de autoridad, ni tampoco de carácter político.

En cuanto a las burguesas, dice Arenal, terminan cayendo en una profunda tristeza producto de su vacío interior pues «los cuidados domésticos las ocupan, pero no lo bastante; no pueden satisfacer las necesidades de su ser moral e intelectual» (Arenal, 1864, p. 42), identificando prematuramente algo parecido a lo que un siglo más tarde Betty Friedan denominaría «*el problema que no tiene nombre*».

Arenal, a lo largo del siglo XIX desarrolla la línea iniciada por Fénelon y seguida por Feijóo y Josefa Amar en el siglo XVIII: las mujeres casadas deben dedicarse *racionalmente* a las labores propias de su sexo; para ello deben instruirse con el fin de servir a la sociedad en la que viven mediante la cooperación con el marido proveedor y mediante la

generación de prole bien educada e instruida, bien alimentada y sana que suministre a la sociedad de buenos ciudadanos, porque «al hombre le educan la madre, la mujer y la hija, porque la educación dura toda la vida» (Arenal, 1864, p. 65); en este sentido aboga por que las mujeres reciban una educación acorde a su posición social y compatible con los deberes domésticos que le son propios, para prolongar en cada hogar la estructura básica y jerarquizada del Estado, fortaleciéndolo.

Pero reivindica también la instrucción para sí mismas, y además introduce un nuevo elemento: la maternidad; el hecho de que no todas las mujeres son madres y las que lo son, no lo son durante toda su vida, es decir cuando pasa el tiempo en que deben dedicarse con exclusividad a la crianza. Abandera la subsidiariedad del trabajo de la mujer casada (lo que en este momento histórico no deja de ser muy avanzado), pero señala la importancia de la independencia económica por los problemas prácticos que puede resolver a futuro y pone en el centro del debate la existencia de la mujer soltera, denunciando que la inutilidad que se les atribuye es un concepto cultural, adquirido socialmente sobre todo en la burguesía, porque «la *solterona* extravagante de la clase media y elevada no existe en la mujer del pueblo, que trabaja» (Arenal, 1864, p. 99). En la obra de Arenal se plantea de nuevo el hecho evidente del abandono de la educación en función del matrimonio, sin tener en cuenta otras eventualidades posteriores, como la viudedad, o coetáneas, como la soltería.

Reconocida en su tiempo por personalidades e intelectuales tanto femeninas como masculinas, Arenal no cesa en su empeño de reclamar en todas sus obras el derecho a la educación para las mujeres: *La mujer de su casa* (1883) o el artículo *La educación de la mujer*¹² (1892) poco antes de morir, son claros exponentes de su compromiso; en este último recoge un decálogo de principios que resume su pensamiento y reivindica a la mujer como sujeto:

«Pensamos, por lo tanto:

Que la educación debe ser la misma para el hombre que para la mujer;

Que es más urgente aún respecto a la mujer, porque, siendo para ella la personalidad más necesaria, está más combatida por las leyes y por las costumbres;

Que la falta de personalidad es un obstáculo para su instrucción y, adquirida, para que la utilice;

¹² ARENAL PONTE, C. (1892), *La educación de la mujer*: E-litterae (2009).

Que por más que se ilustre, si no se educa, si no tiene gravedad y dignidad, si no es un carácter, una persona, aun los que sepan mucho menos que ella, procurarán y hasta lograrán hacerla pasar por marisabidilla (...)» (Arenal, 1892, p. 115).

y concluye: «No debe haber diferencias esenciales entre la educación del hombre y de la mujer» (Arenal, 1892, p. 116).

Concepción Arenal tiene una gran relevancia no solo en la Historia del Feminismo, sino en la de la pedagogía y la educación. Sin perder los valores que informan su pensamiento, profundamente católico, fue modelando algunas de sus posturas al hilo del nuevo pensamiento krausista expandido sobre todo con la celebración de las Conferencias Dominicales en el seno de las actividades propuestas en el Ateneo de Madrid, impulsadas por Fernando de Castro, incluso interviniendo en alguna; pero frente a la laicidad de la Institución Libre de Enseñanza (en adelante, ILE) que dirige de Castro, Concepción Arenal marca una línea pedagógica muy concreta basada en el pensamiento católico que nos permite advertir como en el último cuarto del siglo XIX existen dos corrientes reivindicativas de la educación femenina: una progresista y otra católica, que interesan diferentes metodologías, pero confluyen en un mismo objetivo: la implementación de la educación-instrucción femeninas en el pensamiento político y en la estructura social.

Dentro de la corriente que podemos denominar pedagogía católica, se incide, siguiendo la línea tradicional mencionada, en la mejora de la nación por medio de la educación de la mujer que se centra en una mejor alimentación de la familia, una adecuada atención médica e higiénica en las escuelas, referente absoluto del rol de cuidadora de la mujer: esta corriente, tiende a limitar el acceso de la mujer a profesiones relacionadas con estos cuidados y por ende a hacer hincapié en la formación femenina también en este sentido.

La crisis de identidad y de fe que sufre la Iglesia con el advenimiento del socialismo, hace que arme profundas alianzas con la burguesía como depositaria de la nueva versión de la Iglesia moderna que se ve abocada a abandonar el rancio y viejo orden del Antiguo Régimen donde su existencia era axial. Y lo hace utilizando diversas herramientas: la prensa, vehículo indiscutible de la formación de la opinión pública en el siglo XIX; las alianzas con el sexo femenino, tradicionalmente más proclive a la práctica religiosa; el sindicalismo, como eje central de la asociación proletaria, dando lugar al sindicalismo católico; la publicidad en prensa y en radio o el apoyo en la búsqueda de empleo.

El nuevo modelo de mujer será aprovechado por la Iglesia a través del sindicalismo católico: la mujer debe ser moderadamente independiente, pero siempre útil al marido y a la sociedad; por lo tanto, la educación debe ser práctica y ofrecer la adquisición de medios para vivir a las proletarias y a las burguesas más pobres; a las de clase alta deberán procurarles los medios necesarios para que contribuyan a mejorar, por la vía de la caridad, la existencia de las proletarias y sus familias. Se concibe a la mujer como madre-educadora y por lo tanto se la provee de la formación necesaria para ejercer ese rol de una manera ordenada y productiva: se reivindica la educación de las hijas en el hogar, al lado de sus madres capaces de transmitir los valores tradicionales, pero simultáneamente se asume la nueva realidad y se estructura la educación en escuelas católicas que canalizan esas habilidades para mejorar la existencia de sus semejantes más desfavorecidas.

Las necesidades de expansión de la pedagogía católica determinaron la fundación de gran cantidad de escuelas religiosas femeninas a partir de la Restauración, aunque existían algunas desde antes, asumiendo la necesidad de educación de la mujer, pero limitando considerablemente las materias impartidas: primeras letras, las cuatro reglas (cálculo), labores, oración y algo de francés.

Uno de los centros más antiguos que imparten este tipo de formación, es el colegio de las Salesas Reales de Madrid, a partir del siglo XVIII; impulsada su creación por la reina Bárbara de Braganza y confiado a las monjas Salesas acreedoras de gran confianza para la monarca por su dedicación expresa a la enseñanza de las élites femeninas, es un centro sometido a la tutela y control de la Corona mediante el patronato real: acogía a jóvenes de la nobleza para recibir educación según los cánones ilustrados al uso¹³.

Más tarde Emilia Pardo Bazán¹⁴ critica este tipo de educación de la siguiente forma:

«La historia, la retórica, la astronomía, las matemáticas son conocimientos ya algo sospechosos para los hombres; la filosofía y las lenguas clásicas serían una prevaricación; en cambio, transigen [los hombres] y hasta gustan

¹³ FRANCO RUBIO, G. A. (1997), «Educación femenina y prosopografía: las alumnas del colegio de las Salesas Reales en el siglo XVIII», *Cuadernos de Historia moderna: Sobre la mujer en el Antiguo Régimen: de la cocina a los Tribunales*, núm. 19, Universidad Complutense (171-182).

¹⁴ PARDO BAZÁN, E. (1890), «La mujer española», *La España Moderna*, año II, núm. XVII, mayo 1890. Cátedra, 2018. GÓMEZ-FERREZ, G. (ed.).

de los idiomas, la geografía, la música y el dibujo, siempre que no rebasen el límite de las aficiones y no se conviertan en vocación seria y real. Pintar platos, decorar tacitas, emborronar un «efecto de luna», bueno; frecuentar museos, estudiar la naturaleza, copiar del modelo vivo, malo, malo. Leer en francés el figurín, y en inglés las novelas de Walter Scott... ¡psh! Bien; leer en latín a Horacio... ¡horror, horror, tres veces horror!» (Pardo Bazán, 1890, p. 102).

Es indudable que estas escuelas católicas femeninas supusieron una enorme fuente de trabajo para las maestras que se titulaban en esa época; pero lejos de tener como objetivo el sentido y la necesidad de la educación de las mujeres como fin último, responden a la necesidad de incidir en la formación moral y religiosa y a perpetuar la figura decorativa de la mujer educada¹⁵, que no traspasa el ámbito de la privacidad, haciendo mujeres útiles a la sociedad y a su familia como buenas esposas y mejores madres; se perpetúa la idea «parirás hijos para gloria de Roma», donde las mujeres solo eran ciudadanas en función de la ciudadanía del paterfamilias: puede transmitir la ciudadanía, pero no ejercerla. Su función como ciudadana es *hacer ciudadanos*, constituyen el soporte natural de la comunidad consiguiendo así que se sintieran integradas en ella. «Huérfanas de ciudadanía, pero guardianas de la casa», como asevera Margarita Ortega López,¹⁶ pero sin derechos políticos ni civiles reconocidos de manera individual, sin capacidad jurídica ni de obrar dentro del matrimonio, en el que la figura se define en el sometimiento de la mujer con respecto del varón.

Asimismo, estas pupilas terminarán formando asociaciones con vocación tutelar desde la mujer acomodada y católica hacia la otra gran mayoría de mujeres desprotegidas, formando una gran organización de señoras burguesas, que al tiempo que fomentan la cultura religiosa, trabajan en obras de acción católica tendentes a mejorar la situación de las obreras: impartiendo clases de alfabetización a la población adulta y a la infancia, proporcionando empleo a las que no tuvieran, socorriéndolas en situaciones de enfermedad e incluso fomentando la formación mediante talleres de lectura, aunque estas iniciativas no eran siempre bien acogidas; un artículo firmado por una bordadora de un sindicato

¹⁵ SEGURA GRAÍÑO, C. (1994), «La Educación de las laicas en la Baja Edad Media», *La Educación de las Mujeres ¿libertad o subordinación?* Madrid [s.n.] (63-76).

¹⁶ ORTEGA LÓPEZ, M. (1999), «Huérfanas de ciudadanía, pero guardianas de la casa», *Género y ciudadanía: revisiones desde el ámbito privado: XII jornadas de investigación disciplinaria* (coord. SÁNCHEZ MUÑOZ, C.; ORTEGA LÓPEZ, M.; VALIENTE FÉRNANDEZ, C.), (166-193).

canario exclama: «se nos ha exigido que leamos en el taller los libros que a la encargada le da la gana y no los que queramos nosotras» (Ferraz, 1990, p. 149)¹⁷.

Esta línea educativa se perpetúa hasta la década de los años 30 del siglo xx y en España incluso posteriormente durante el franquismo, a través de la influencia que ejerce la Sección Femenina dependiente de Falange Española y de las JONS. En 1933 Víctor Mirguet pedagogo belga y profesor en la Escuela Normal de Huy en Suiza, publica un libro, *La educación de la mujer contemporánea*¹⁸ muy seguida en su momento, en el que claramente sigue esta línea de educación conservadora pro-servicio, defendiendo una formación femenina en función de su dedicación a la familia y a la supeditación al marido; desde el más profundo realismo, señala que la familia es la base esencial del estado y que «socialmente, se está muy lejos de que haya una igualdad educativa y laboral entre los sexos» (Mirguet, 1933, p. 22).

Por eso reivindica el fomento de las obras filantrópicas de apoyo a la clase trabajadora como una forma de la participación social que (defiende el autor) deben tener las mujeres y para lo que necesitan formarse, dentro de las teorías del más puro sindicalismo católico, pero no con base eclesiástica sino civil; también recibe influencias de la corriente krausista y así propone en el desarrollo curricular de las escuelas las prácticas y excursiones al aire libre y se hace eco de las teorías eugenistas que proponen una educación profunda en las materias relativas a la higiene, la salud e incluso en materia sexual, con el fin de conseguir una prole más saludable, a la que sus progenitores puedan atender mejor.

El desarrollo de esta doctrina culminará con la encíclica *Casti connubii* (1930) de Pío XI en la que recoge tres tipos de emancipación femenina: fisiológica, socioeconómica y física. La Iglesia proscribe de plano el primer tipo, considerando que la función principal de las mujeres es la reproductora; por lo que se refiere al segundo, reconoce en la mujer el deber de trabajar pero siempre conciliándolo con sus labores propias y de esa manera mediatizar el tercer tipo de emancipación, la física, pues algunos trabajos no pueden ser realizados por las mujeres porque menoscaban sus condiciones naturales (embarazo, lactancia) y

¹⁷ FERRAZ LORENZO, M. (1990), «La mujer y su entorno educativo-laboral». Espartaco como referencia. *IV Coloquio de Historia de la Educación. Mujer y Educación en España 1868-1975*. Universidad de Santiago (148-152).

¹⁸ MIRGUET, V. (1933), *La educación de la mujer contemporánea*. Labor.

por lo tanto chocan frontalmente con los principios de la familia cristiana, la educación de las criaturas y el orden de la familia que constituye el fin esencial del matrimonio, aunque recae solo en las mujeres.

En el imaginario colectivo que se representa en las pinturas costumbristas del siglo XIX la mujer joven, infantil se representa sumisa, zalamera, inocente, doméstica: la niña burguesa dulce, siempre en espacios privados y amables, como terrazas, salones o jardines, haciendo labores o jugando a las muñecas. Otra imagen muy extendida es la mujer madre, abnegada, cuidadora de menores y dependientes por edad o enfermedad, amas de cría. Si el entorno es la escuela, aparecen dedicadas a la costura; siempre una mujer tranquila, pero ocupada en trabajos manuales y labores. Además, llama también la atención la excesiva sexualización de muchos de estos retratos, alcanzando tintes casi pornográficos, como anticipando la inexorable entrega para cumplir su fin último: el débito matrimonial y la función reproductiva¹⁹.

Esta imagen de mujer cuidadora y sumisa es la que recogió nuestra legislación civil matrimonial: el proyecto de código de 1851, la «Ley de matrimonio civil de 1870», y el Código Civil de 1889, así como la ingente doctrina civilista analizada en el capítulo anterior, siguen apostando por un matrimonio católico, ganancial, con administración del patrimonio exclusivamente masculina y pérdida de la capacidad jurídica de la mujer en favor de su marido al contraerlo, posible por el desconocimiento y la falta de instrucción de las mujeres que no pueden hacerse cargo de sus patrimonios en muchos casos por verdadera ignorancia, no ya del derecho que les pudiera asistir, sino de principios y métodos que pudieran llevar esa administración a buen fin.

Pero el triunfo del socialismo y la irrupción en Estados Unidos y en Europa de los primeros movimientos feministas, consiguen que la conciencia social en lo relativo a la cuestión femenina se desarrollen también por una vía alternativa a la de la modosa mujer católica y burguesa que desarrolla su papel como *ángel del hogar*.

2. LA EDUCACIÓN INTELECTUAL DE FINALES DEL SIGLO XIX Y XX

En el siglo XIX la impronta para acceder al conocimiento y la consecución de derechos civiles y políticos (que ya desde estos primeros

¹⁹ *Imágenes de la infancia y de la adolescencia femenina en torno a 1900* (3 de febrero de 2023) [Taller de Investigación]. Museo del Prado.

momentos se antoja unido) ya ha arraigado y comenzará a dar sus frutos, registrando mujeres que desarrollan importantes avances en el mundo del conocimiento y la ciencia: Grace Young, matemática inglesa con interesantes teorías sobre educación y pedagogía; Dorotea Buca, médica italiana; Florence Nightingale, primera enfermera inglesa; Concordie Amalie Dietrich, naturalista alemana o Enrieta Leavitt, astrónoma estadounidense, son algunos de los múltiples ejemplos que harán que se inicie un profundo debate sobre la capacidad intelectual de las mujeres y la necesidad de otorgarles la debida instrucción de forma generalizada.

Es decir, comienza a fraguarse un cambio de mentalidad en la sociedad acerca de la educación e instrucción de las mujeres con la intención de dotarles de un bagaje cultural que les asista como seres independientes, que tiene su punto de inflexión en Concepción Arenal, quien representa la culminación de la corriente primitiva como vimos (que continúa en lo que hemos denominado pedagogía católica) y simultáneamente constituye el punto de partida para las nuevas reivindicaciones, alejadas ya del catolicismo y centradas en las ideas liberales: la educación es un derecho de las mujeres, y resulta necesaria para que puedan desarrollarse como personas y para poder ejercer su libertad e independencia como ser humano.

Una de las intelectuales más representativa y respetada en esta nueva corriente, feminista, es Emilia Pardo Bazán quien, a través de diversos artículos, participación en congresos de educación y estrecha cooperación con la ILE, marca una línea cuyo desarrollo culmina con la aportación de un nutrido grupo de mujeres intelectuales durante los años 10 y 20 del siglo xx que conseguirán una igualdad con el sexo masculino sin precedentes en el ámbito intelectual, laboral y político.

En su artículo *La mujer española* describe una mujer «rezadora, dócil e ignorante» (Pardo Bazán, 1890, p. 85), con sumisión absoluta a la autoridad patriarcal y conyugal, ocupada durante horas en «labores manuales, repasando, calcetando, aplanchando, bordando al bastidor o haciendo dulce de conserva (...) con gran detrimento de la vista» (p. 86), recogiendo el testigo de los que proscribían la dedicación de las mujeres al conocimiento porque les lastimaba los ojos y tratándolo de forma marcadamente irónica. Pardo Bazán reprocha a los hombres que ese es el modelo de mujer que quieren, por mucho que se jacten de tener posiciones liberales. Y en este sentido, hace también una profunda crítica del conformismo burgués de las señoritas que no tienen mayor ambición que conseguir un marido, viviendo en la expectativa de encontrarlo y con la consiguiente frustración si no se consuma el hallazgo.

Ferviente seguidora y colaboradora de Giner de los Ríos, analiza de forma crítica la postura de Concepción Arenal aunque considera con ella que la educación del hombre y de la mujer ha de ser igualitaria, llegando a manifestar en su discurso leído en el Congreso Pedagógico de 1892 que es «soberano error afirmar que el papel que a la mujer le corresponde en las funciones reproductivas de la especie, determina y limita las restantes funciones de su actividad humana, quitando a su destino toda significación individual», afirmación que ya se percibía en Arenal con anterioridad.

Con la Revolución del 68 y la llegada de aires más aperturistas se consolida esta tendencia y se favorecen las instituciones pro-educación femenina: este es el momento del proceso en el que la labor de Fernando de Castro, apoyado por un minoritario grupo de intelectuales krausistas, promueve el debate mediante la celebración periódica de Conferencias Dominicales para la Educación de la mujer, en un foro cuya autoridad no se discute: el Salón de Grados de la Universidad Central en Madrid; es decir, ya no se habla de reivindicaciones femeninas intelectuales de sobremesa, o incluso de las tan denostadas peticiones feministas-sufragistas de la época, sino que es un debate dirigido a las clases intelectual y política, como necesidad social, como solución política a determinados problemas de carácter público, es decir dentro del análisis socioeconómico de la coyuntura del país. La idea que informa estas conferencias es sustancial: «la mujer como el hombre tiene el derecho y el deber de instruirse para llevar a cabo con las mayores garantías de acierto la misión que como individuo se le ha asignado, para realizar y realizarse en el cumplimiento de ella: ser madre tanto en el hogar como en la sociedad».

A estas alturas del siglo ya hay algunas mujeres preparadas intelectualmente, con suficiente autoridad como para ser invitadas como ponentes en los Congresos Nacionales Pedagógicos en los que van a desembocar estas Conferencias Dominicales: en el de Barcelona de 1888, hay una hacendada y una perita mercantil; en el de Madrid de 1892, dos doctoras, una inspectora de trabajo y tres escritoras.

Las propuestas para abrir la Universidad a las mujeres, lideradas en el Congreso Pedagógico de 1892 por Emilia Pardo Bazán y Rafael Torres Campos (ILE), fracasan, y se deniega el permiso para que las mujeres puedan acceder a todas las carreras. Pero entre 1892 y 1897, 15 mujeres se licencian en España utilizando el sistema de instancia previa vigente en la normativa universitaria y su elección académica es muy significativa: Farmacia; Medicina orientada sobre todo a las ramas de

Pediatría y Ginecología; Filosofía y Letras, que se convierte en la elección fundamental pues permite atender por partes iguales las dos principales motivaciones de las mujeres que acuden a la universidad: la adquisición de cultura y la práctica docente; Ciencias, por la apertura del horizonte educativo, que durante el primer año es común con Farmacia y Medicina; Química, particularmente demandada quizás por la influencia del Nobel de Marie Curie.

La labor de los intelectuales krausistas con Fernando de Castro al frente, resulta definitiva para avanzar en la consecución de este derecho. España, con respecto al resto de Europa, manifiesta un alto grado de retraso: la tónica general del momento era la pobreza intelectual en que se movía la escuela femenina. Como hemos visto, la enseñanza en los colegios religiosos proporciona a sus alumnas un fino barniz de cultura; lo fundamental en una muchacha que va a contraer matrimonio es su disposición para los trabajos caseros, su sentido del ahorro, y en determinados ambientes de la clase, un buen manejo de las formas sociales. Es una educación de tipo práctico encaminada a que la mujer sepa desempeñar cumplidamente las tareas domésticas y sociales que se le demandan, no la de adquirir una capacitación profesional, puesto que su finalidad era casarse y crear un hogar.

Así las cosas, se pueden distinguir tres momentos en la marcha del problema pedagógico femenino: uno, cuando se le reconoce el derecho a la educación; dos, cuando se discute el grado de igualdad de los contenidos con respecto a la educación masculina; y tres, cuando se incorpora al debate la educación tendente a permitir a la mujer el ejercicio remunerado de las aptitudes adquiridas.

Hacia el último tercio del siglo XIX la educación ya se había convertido en un signo externo de prestigio social y el único camino hacia la consecución de un matrimonio adecuado; se amplía por ello el espectro de materias a impartir (Historia, Arte, Geografía, Matemáticas) en los colegios de señoritas e instituciones religiosas. La Ley Moyano (1857) que había implementado la enseñanza primaria para «todos los españoles» de 6 a 9 años, se comprometía también a impulsar la creación de las Escuelas Normales de Maestras, para «mejorar la instrucción de las niñas»: luego, se recoge la necesidad de educar y culturizar a las niñas y de forma simultánea se da una salida profesional, un camino a mujeres que necesariamente han de ocupar esos puestos docentes en las escuelas femeninas, porque no van a acceder al matrimonio.

Los cambios sociodemográficos, hacen que las enseñanzas recibidas hasta entonces vayan perdiendo validez: la presión de las necesida-

des materiales obliga a muchas mujeres de clase media y media baja a buscar un empleo remunerado, pero este ha de ser idóneo para su clase, excluyendo así la fábrica y el servicio doméstico: el problema es que no se encuentra preparada; además la crisis demográfica de finales de siglo, hace que muchas mujeres no puedan acceder al matrimonio por una cuestión cuantitativa: hay muchos menos hombres que mujeres, lo que adelanta la premisa de que si las mujeres no se casan, necesitan desarrollar una actividad para la que han de formarse, y a *sensu contrario* abunda en la idea de que el matrimonio las exonera (o mejor dicho, las impide) desarrollar su intelecto.

Por eso, la burguesía media se convertirá en el motor principal de las reformas que realizan el ideal igualitario en la instrucción de ambos sexos para los niveles primarios y posteriormente medio y superior que tradicionalmente habían sido alejados o vetados para la mujer. Desde el punto de vista estadístico, las autoridades reconocen la necesidad de dar una salida al *excedente* de mujeres que van a quedar solteras²⁰. La necesidad económica latente en este planteamiento traerá como consecuencia que las escuelas profesionales sean las más demandadas: también lo es el hecho de que la tradicional escasez de conocimientos de las mujeres no permite *a priori* otro camino que no sea el evolutivo.

El viejo planteamiento de Josefa Amar, pervive aún en el espíritu de la educación femenina: los intelectuales pro-educación femenina y las propias mujeres conscientes del rechazo social que sus ideales comportan, se deciden por un ataque menos directo, mucho más lento pero indudablemente más seguro: se fomenta la instrucción femenina en todas aquellas áreas relacionadas con los cuidados, impartidos en centros exclusivamente femeninos; gran parte de las mujeres no accedían a los estudios secundarios por una mera cuestión práctica: su concepto de la moral (y el de sus familias) les impide acudir a los institutos de secundaria con varones porque aún planean esos rancios valores eclesiásticos tan arraigados, tanto que la propia Institución Libre de Enseñanza no se ve libre de ellos y ha de fundar la Escuela de Señoritas.

Los programas educativos propuestos por las y los conferenciantes tratan en todo momento de combinar la formación tradicional de la mujer, las materias *propias de su sexo* con otras materias antes ignoradas: Ciencias Naturales (en una clara evolución de los antiguos recetarios ilustrados sobre higiene, belleza y alimentación), pero también

²⁰ CAPEL MARTÍNEZ, R. M. (1986), «Mujer y Trabajo en la España de Alfonso XIII», *Mujer y Sociedad en España: 1700-1975*. Instituto de la Mujer (207-238).

Lengua y Nociones Legislativas (de derecho natural y teoría del estado, nunca derecho civil); su relación con la burguesía se hace así patente, pues se imparten las materias que esta clase necesita para su progreso social. Así se inaugura la Escuela de Institutrices, cuya finalidad es formar jóvenes señoritas (burguesas) que a su vez formarán a los hijos de los burgueses más adinerados, sin que queden ellas degradadas a un mero puesto de servicio doméstico.

Tal es el eco de estas ideas y la gran acogida que tienen, que en 1870 se funda la Asociación para la Enseñanza de la Mujer, que va a propugnar la creación de Escuelas Profesionales femeninas, al margen por primera vez de la enseñanza oficial: son la Escuela de Comercio y la de Correos y Telégrafos (1882), y más tarde la de Bibliotecarias y Archiveras, favoreciendo el acceso de las mujeres al sector servicios.

La realidad abunda en el hecho constatado desde hace algunas líneas: «la integrante del proletariado, mayoritaria a nivel estadístico y a la que hubiesen atraído las posibilidades profesionales ofrecidas por razones obvias, se mantiene alejada por completo de los centros de enseñanza «krausista» por condicionamientos personales (analfabetismo, ruralidad, falta de medios para abonar la matrícula)» (Capel, 1986 p. 126). De hecho «sólo aquellas mujeres que contaban con un ambiente familiar partidario o al menos sin prevenciones hacia los cambios educativos o aquellas que deseaban ser maestras, fueron sus únicas interlocutoras» (Capel, 1986, p. 139)²¹.

Por lo tanto, se identifican varias circunstancias que favorecen durante el último tercio del siglo XIX el ingreso, podríamos decir masivo, de la mujer en algunos sectores laborales y profesionales: el obligado matrimonio, ya no será una alternativa posible para todas las mujeres porque hay una gran diferencia numérica entre mujeres y hombres; y tampoco lo es el convento, dada la crisis de fe y el cambio de mentalidad, lo que hará que las mujeres se planteen la necesidad de introducirse en el mercado de trabajo, con la aprobación tácita de la sociedad.

De todas formas, si bien éste es el origen del debate que se plantea en el siglo XIX, hay que decir en honor a la verdad que las mujeres lo saben aprovechar, consiguiendo su ingreso efectivo en la sociedad para desarrollo de su personalidad y de sus intereses como ser humano, plenamente y en muy poco tiempo: apenas 50 años, desde que aparecen las

²¹ CAPEL MARTÍNEZ, R. M. (1986), «La apertura del horizonte cultural femenino: Fernando de Castro y los congresos pedagógicos del siglo XIX», *Mujer y sociedad en España (1700-1975)*. Instituto de la Mujer (109-146).

primeras profesionales de la enseñanza, hasta la II República, época en la que podemos hablar de una situación de integración y de igualdad intelectual muy clara ideológicamente hablando, y que probablemente hubiera supuesto la lanzadera perfecta para la igualdad femenina que se vio truncada por la Guerra Civil y la posterior Dictadura con la imposición de modelos antiguos y decadentes.

El debate se produce porque la presencia de la mujer en profesiones y oficios implicaba reconocerle nuevas capacidades. Lo cierto es que paralelamente a la alfabetización primero y de la instrucción después, que avanza irremisible desde mediados del siglo XVIII hasta el siglo XX, las mujeres toman conciencia de su estado, de su capacidad de producción, de su situación jurídica; y exigen con mayor o menor vehemencia su independencia, incluso económica y sus derechos políticos y civiles que no habían demandado hasta entonces por la falta del más elemental conocimiento científico y técnico. Y en el centro de la reivindicación de estos derechos se encuentra el derecho matrimonial: la anulación de su capacidad jurídica y de obrar al contraerlo, la perpetuidad del vínculo y por lo tanto la obediencia permanente al varón, la imposibilidad de ser titular y administrar su patrimonio.

El cambio de siglo y el inicio del Reinado de Alfonso XIII favorecen en todos los ámbitos de la vida social el progreso y el avance: la educación no es tema menos importante para el nuevo soberano y por ello la evolución de la educación femenina a partir de este momento se va a basar en el cultivo de dos niveles, el ideológico y el práctico:

«A nivel ideológico, se trataba de culminar el proceso evolutivo enraizado en todos, el ideal de una educación racional, útil e igualitaria (...) En cuanto al nivel práctico, los objetivos eran varios: terminar con las trabas legales que dificultan el acceso femenino a las etapas educativas superiores, potenciar la enseñanza secundaria y sobre todo ampliar la base sociouniversitaria de aquellas que tienen acceso a instruirse» (Capel, 1986).

Desmarcarse del espectro de la Iglesia ha resultado fundamental en el avance que analizamos; sin embargo, el carácter laico de la enseñanza superior es el motivo por el que una parte importante de las mujeres no acceden, dado el arraigo de la religión y de la Iglesia en la sociedad española. Para contrarrestarlo, estaban las instituciones de marcado carácter católico que pretenden acercar la formación, incluso superior, a las mujeres sin abandonar los principios y valores de la religión.

Así, las esferas oficiales, bajo la influencia de la ILE fijan programas de estudio obligatorio y desde el punto de vista legislativo se regu-

lan las formas de acceso y los requisitos que han de tener las aspirantes a los distintos puestos: se establece el sistema coeducativo en el nivel primario; en el secundario, se reforman los estudios de las escuelas Normales de Maestras, y se hacen más científicos al crearse la Escuela de Estudios Superiores del Magisterio.

Existían maestras desde la época de Carlos III: solo necesitaban saber «leer, escribir y contar»; a partir de 1783 se establecen las escuelas de primeras letras, considerando un mérito (no un requisito) que las maestras no fueran analfabetas. Será a partir de 1858, tras la aprobación de la «Ley de Educación de 1857» impulsada por Claudio Moyano cuando se establezcan los estudios reglados de 2 años y el posterior estímulo, analizado anteriormente, tras el establecimiento de la Escuela Normal de Maestras y posteriormente la Escuela de Estudios superiores de magisterio; a partir de 1918 algunas mujeres obtienen la plaza de Catedráticas de Instituto, como Julia Gómez Llopis, M.^a Luisa García Dorado y Julia Villén del Rey; e inevitablemente ya a partir de 1930 docentes universitarias, como Jenara Vicenta Arnal Yarza (es la primera), Felisa Martín Bravo, M.^a del Carmen Goyarre y María de Maeztu en facultades de Ciencias, Física, Filosofía y Pedagogía respectivamente.

No obstante, la sectorialización en la instrucción profesional de la mujer se impone, y así se instituyen centros como la Escuela del Hogar y Profesional de la Mujer con títulos como Institutriz, Taquígrafa-Mecanógrafa, Matrona, o Enfermera. En cualquier caso, ya hay una diversificación entre estudios meramente profesionales y aquellos otros que las mujeres pueden cursar por otros motivos distintos a la mera atención a las necesidades materiales.

Por eso se crea en 1926 el Instituto-Escuela de Segunda Enseñanza, de carácter público y mixto, con una importante presencia femenina entre el profesorado, prueba evidente de que el nivel educativo alcanzado es alto, aunque cuantitativamente todavía poco extendido: de hecho, el Bachillerato se dividirá en dos etapas, una para las señoritas que lo cursan sin intención de ir a la universidad y otra para las que sí piensan acudir. Para salvar el rechazo de gran parte de la sociedad a enviar a sus hijas a una escuela mixta, se crea el Liceo Femenino de Madrid, cuyo profesorado en 1918 ya estaba integrado en gran parte por Doctoras y Licenciadas en Medicina, Farmacia, Ciencias y Filosofía.

La apertura de la universidad para las mujeres a partir de 1910 (en 1900 sólo 44 matriculadas), pasa por la anulación de la consulta previa a la superioridad para la matriculación tanto en Facultades como en las Escuelas Técnicas y desde 1908 se conceden becas en la Junta de

Ampliación de Estudios (JAE) para estudiar en el extranjero: ni que decir tiene que todas estas facilidades son sobre todo aprovechadas por las mujeres de clases media y alta que familiarmente están entroncadas con la intelectualidad del momento y que constituyen una élite intelectual y social, de marcado carácter laico. Es el caso de Juana Ontañón y Adelina Méndez de la Torre, ambas maestras que amplían estudios en el extranjero. O Angela Barco Hernández que obtiene una beca para profundizar en la Universidad de París en una investigación muy acorde con la época titulada *«El problema feminista. Situación social de la mujer»*.

En una encuesta realizada entre las alumnas universitarias en 1923, tres cuartas partes dicen realizar estudios universitarios «para labrarse un provenir», pero el resto aluden a deseos de mejora cultural de carácter personal y mejora de la carrera de la que ya han egresado (magisterio, generalmente) para acceder a mejores oportunidades laborales. Son licenciadas o estudiantes universitarias porque las titulaciones de grado medio resultan más proclives a un ejercicio profesional inmediato, que por su condición social no necesitan. Entre las graduadas universitarias el ejercicio se demora más en el tiempo, pero generalmente a ellas no les apremia comenzar a trabajar como a las de la burguesía media y baja o las escasas proletarias, que optan por titulaciones de grado medio.

Se produce en estos años un interesante intercambio cultural hispano-americano del que fue actor imprescindible Rafael Altamira, cuya figura política a veces no ha sido suficientemente valorada; Altamira, fundador de la Escuela Histórica del Derecho, se erige además como una figura activa en el intercambio no solo en la Universidad sino también a través de conferencias, investigaciones y actividades culturales; pero también como actor clave en la incorporación de las mujeres a la Universidad (las *sinsombrero*). Su condición de jurista fue determinante: no solo porque la regulación legislativa resulta fundamental, sino porque se crearon diferentes instituciones pioneras en esta disciplina, como el Instituto Iberoamericano de Derecho Comparado.

Todo este avance, este cambio, se estructura en torno a las medidas legales aprobadas en este tiempo: el Decreto de 8 de marzo de 1910 que autorizó el acceso a la enseñanza superior para mujeres y hombres en igualdad de condiciones; la Real Orden de 2 de septiembre de 1910 por la que el Ministro de Instrucción Pública y Bellas artes declara el libre acceso de las mujeres al ejercicio de cuantas profesiones tengan relación con el ministerio siempre que posea el título académico exigido; y el Real Decreto de 26 de noviembre de 1926 permitiendo el acceso de las mujeres a la Real Academia de la Lengua, que le había sido negada

anteriormente a Gertrudis Gómez de Avellaneda y que consiguió tras cumplida lucha Emilia Pardo Bazán.

En lo relativo al acceso a la Universidad, si bien se había seguido produciendo mayoritariamente a la carrera de medicina, lo que inevitablemente se identifica como una prolongación de la formación femenina ligada a los cuidados de la familia y la casa, paulatinamente esa elección se tornará a otras carreras menos prácticas y más intelectuales. Esto constituye un dato muy relevante, porque demuestra el interés crítico en el conocimiento, el pensamiento intelectual, la teorización filosófica; pero además la incorporación al mundo laboral y a su correspondiente independencia económica, como Derecho, la menos concurrida al principio, está detrás de esta elección; e Ingeniería en la que la presencia femenina es meramente testimonial y ligada a la tradición familiar: así, se encuentran matriculadas en Escuelas de Ingeniería María Teresa de Usabiaga, hija de un profesor de la escuela y Pilar de Careaga Basané, hija del Marqués de Valmaseda; sólo esta segunda realiza prácticas profesionales como maquinista de tren, antes de ampliar estudios en el extranjero, pero manifiesta que ejercerá su profesión sólo hasta que se case.

La actividad de las mujeres letradas es de capital importancia en el ámbito de la reivindicación política femenina: su formación y sus contactos con hombres que sí apoyan la causa femenina les va a permitir conseguir logros importantes en el ámbito del derecho de familia: divorcio, capacidad de obrar o ejercicio de actividades profesionales.

Todos estos avances legislativos en el acceso de las mujeres a la cultura y la educación no tienen, sin embargo, un reflejo inmediato en la consecución de derechos: el proceso de emancipación iniciado en el ámbito cultural, no sirve para que se les reconozca capacidad jurídica dentro del matrimonio y la ley, sigue siendo claramente discriminatoria porque el Código Civil parte de la obligación de sumisión de la mujer al varón dentro del matrimonio, obligándole a obedecer y negándole cualquier tipo de participación en la administración del patrimonio no solo conyugal, sino el suyo propio.

3. LA PLENA INCORPORACIÓN A LA UNIVERSIDAD Y A LAS PROFESIONES LIBERALES

Esta generación de mujeres reivindica el ingreso no solo a la vida laboral, sino también a la vida pública: el planteamiento del que parten

es menos elevado ideológicamente y más práctico, sobre todo si tenemos en cuenta que las mujeres de clase baja siempre habían trabajado; el problema moral que los intelectuales decimonónicos se plantean a la hora de analizar la salida de la mujer del ámbito privado-doméstico no afecta a las proletarias, sino a las burguesas, teniendo en cuenta que esta clase social está muy estratificada y abarca personas con posición económica muy diversa, pero con unos valores morales y de comportamiento muy similares. No es por tanto trabajo femenino sí o no, sino trabajo de las mujeres burguesas sí o no, que es además al grupo social al que afectan, desde la práctica, gran cantidad de las normas de derecho civil familiar, en cuanto al régimen económico matrimonial, porque son las que aportan dote y patrimonio.

Sin embargo, hay una indudable evolución que permite este cambio: cuando las mujeres dejan de sufrir el control intelectual que sobre ellas ejercen de forma exhaustiva los hombres, operado a través de la instrucción académica y se produce su ingreso en la sociedad civil, y por consiguiente en el mercado de trabajo. Este cambio de mentalidad tiene lugar inicialmente en la clase proletaria por dos tipos de razones: primero porque su relación con el otro sexo es más independiente; no son pocas las mujeres proletarias que han de hacer frente a los problemas cotidianos en solitario al faltar el cabeza de familia y no contar con otro apoyo de familiares varones, simplemente porque en muchos casos estos no tendrían tampoco posibilidades para socorrerlas.

En segundo lugar, porque (Capel, 1986) las mujeres proletarias son conscientes de que crean bienes de consumo, y se verán influenciadas por el discurso socialista o anarquista (Rosa Luxemburgo, Clara Zetkin o *Azuzena Roja*, nombre en clave de Isabel González) con respecto a la importancia de su actividad en el modelo económico capitalista: simultáneamente toman conciencia de clase y de colectivo, aunque algunas se desmarcan pronto de unas teorías sindicalistas que las excluye del colectivo y que, según muchos testimonios de mujeres de la época, resultaban sexistas salvo con las que se constituían líderes del movimiento obrero, puesto que se las llega a acusar incluso de ocupar puestos de trabajo que deberían ocupar los hombres.

Las mujeres burguesas sin embargo disponen generalmente de un protector; luego como colectivo, su despertar a la vida laboral se ha de producir necesariamente más tarde; y de forma distinta, ya que mientras que para las proletarias el trabajo es un medio de vida primero y un motivo de reivindicación colectiva después, para las burguesas pronto va a ser casi exclusivamente una forma de realización personal más que

un medio de vida propiamente dicho; o al menos, si es un medio de vida para mujeres solteras, se reviste de un halo de superioridad, de actividad más elevada que el trabajo manual o fabril, proletario.

Por esta razón, las profesiones liberales serán las elegidas por mujeres burguesas mayoritariamente; por ésta y porque son las que tienen acceso a una educación más esmerada y duradera, y también porque cogen el testigo de las sagas familiares que las sustentan.

Como tradicionalmente las mujeres se han dedicado al cuidado de hijos, ancianos y enfermos en el ámbito de la casa, las profesiones relacionadas con estas actividades son las que suponen el punto de partida para el ingreso en el mundo profesional, pero con una gran profesionalización desde el principio: matronas, maestras o institutrices son sus principales nichos laborales. La de matrona es, no obstante, una profesión minoritaria, porque las exigencias legales de edad para ejercerla dejan un paréntesis temporal que pocas mujeres de clase social baja pueden permitirse desde que terminan la escuela primaria hasta que acceden. Las principales profesiones liberales que desarrollan estas mujeres son las siguientes:

- Farmacéuticas: práctica entroncada con la tradición de cuidados de enfermos, generalmente siguen la profesión paterna. Es sedentaria, permite por lo tanto atender a la familia dentro del desarrollo de un comercio de proximidad en el que resulta muy oportuna la presencia de una mujer.
- Médicas: orientadas sobre todo a las ramas de pediatría y ginecología dentro de la más pura tradición de los deberes de cuidado; se observa una cierta tendencia a formar gabinete con el padre o el marido (caso de la oftalmóloga Trinidad Arroyo, la Dra. Martina Castells o la radióloga barcelonesa Dra. Quadra Bordes) por la desconfianza que genera entre los pacientes la titularidad de una mujer, aunque algunas desarrollaron su profesión en la sanidad pública como la Dra. Concepción Alexandre (tología) que ejerce en el Hospital de la Princesa en Madrid o la Dra. Elisa Soriano, profesora del Hospital Universitario San Carlos.
- Abogadas: es la profesión menos concurrida al principio, pues mientras que las anteriores ven incrementarse notablemente el número de matrículas universitarias femeninas, la imposibilidad de acceder a puestos oficiales como Judicatura, Notarías, Registros, Abogacía del Estado o Fiscalía, retraía a las mujeres que

sólo podían ejercer la defensa privada (tal es el caso de Clara Campoamor y Victoria Kent que actúan ante los tribunales en escasas ocasiones y que realmente desarrollan su actividad laboral en el campo de la enseñanza).

La formación universitaria favorece el acceso a puestos mejor considerados y mejor remunerados: Filosofía y Letras se convierte en la elección fundamental pues permite atender por partes iguales las dos principales motivaciones de las mujeres que acuden a la universidad: la cultura y la práctica, pues da acceso a la enseñanza en los niveles medio y superior, o a los cuerpos de Archiveros, Bibliotecarios y Arqueólogos a los que se accede con cierta facilidad después de haber obtenido el título de Maestras.

Pero la principal ocupación que siguen desarrollando es la docencia. Muchas de estas mujeres, no obstante, pasarán de ser maestras a otra formación universitaria como Derecho, Filosofía y Letras, Ciencias Naturales, Física, Química, Medicina o Farmacia. Ejemplo clave de esta progresión es Clara Campoamor, artífice de la consecución del derecho de sufragio en España, integrado en el artículo 36 de la Constitución de 1931. Proveniente de la baja burguesía, se formó primero como maestra y posteriormente, en 1920 inició sus estudios de bachillerato, consiguiendo el título y matriculándose luego en la Facultad de Derecho de la Universidad Central, por la que se licenció el 19 de diciembre de 1924 convirtiéndose en una de las pocas abogadas españolas de la época. En 1925 se convirtió en la segunda mujer en incorporarse al Colegio de Abogados de Madrid, fue la primera abogada en defender un caso ante el Tribunal Supremo, la primera en ocupar la junta directiva del Ateneo de Madrid, la primera en hablar en el Congreso cuando accedió a su escaño en las elecciones de 1931 y la primera entre las españolas en pronunciarse ante la Sociedad de Naciones: Campoamor, tenía claro que, tal y como afirmaba Virginia Woolf, había que «matar al ángel del hogar», para dar paso a una nueva mujer que pudiera crecer en libertad.

No obstante, el trabajo femenino se consideraba siempre desde la subsidiariedad. Se asumía como una necesidad, una forma de sustituir o complementar el masculino: la agricultora, era mano de obra colaboradora y no remunerada, generalmente; la obrera fabril, ocupaba las primeras fases del proceso productivo, sin especialización; la burguesa que desarrolla profesiones liberales, lo hace a la sombra del padre o del marido.

La razón fundamental es la eventualidad de su trabajo, el hecho de que se le consideraba algo meramente temporal (hasta contraer matrimonio y/o tener descendencia) o en tanto en cuanto el puesto no pudiera ser ocupado por un varón. Asimismo, por la naturaleza de los puestos de trabajo, los que ocupaban las mujeres eran más sedentarios u objeto de una mayor rutina, teniendo siempre jefes varones como superiores en la plantilla de personal.

Además, aunque el horario laboral tenía poco margen de diferencia con el de los varones, los salarios sí se veían comprometidos entre un tercio y la mitad de lo que cobraban sus análogos varones, alegando esas razones de temporalidad y complementariedad en la economía familiar. Y se incide en la diferencia salarial desde posiciones institucionales, prohibiendo el trabajo nocturno en la ley de 11 de julio de 1912, mejor remunerado, en aras de una protección a su sexo que realmente puede tener más que ver con el hecho de que por las horas nocturnas se recibía un salario más alto (Nielfa, 2003)²², coartando nuevamente la vía de la independencia económica.

Por sectores, podemos observar también las grandes diferencias que separan el trabajo femenino del masculino: en el sector secundario, sobre todo en las fábricas textiles las condiciones de los locales en los que se desarrolla el trabajo femenino es de una extrema precariedad, ocasionada sobre todo por la escasa consideración que del mismo se tiene en el proceso de producción; desde el sindicalismo se reivindican mejoras, no tanto por ser una cuestión feminista sino alegando derechos de igualdad y justicia de la clase trabajadora: Teresa Claramunt y Belén Sárraga (anarquistas) o Claudina García y Virginia González (socialistas) son ejemplos de líderes sindicales al frente de la Sociedad de Arte Fabril «La Constancia» adherida a la CNT o la Federación Nacional Textil, a la UGT.

El sindicalismo católico también aborda el problema, rentabilizando la general tendencia de las mujeres a ponerse bajo la protección de la Iglesia y se hace omnipresente entre las obreras textiles a domicilio (más aisladas y conservadoras) fundamentalmente; de este sindicalismo son representantes María Echarri, María Domenech o Carmen Entraigües, entre otras, fomentando asociaciones protectoras de las proletarias.

²² NIELFA CRISTÓBAL, G. (2003), «Trabajo, legislación y género en la España contemporánea: los orígenes de la legislación laboral», *¿Privilegios o eficiencia? Mujeres y hombres en los mercados de trabajo*. GÁLVEZ MUÑOZ, L., y SARASÚA, C. (eds.). Universidad de Alicante (39-53).

Dentro de este tipo de asociaciones, existen memorables ejemplos como *La obra de intereses católicos de Valencia* que fundó una *liga de compradoras* rechazando adquirir los productos de empresas que no respetasen unas reglas mínimas de trato con sus trabajadoras: jornada laboral, salario, eliminación del trabajo nocturno, descanso dominical, respeto a la honestidad femenina.

Existieron otras iniciativas en este sentido solidario con la clase trabajadora, aunque de carácter laico; tal fue el caso de la fundación de la «Casa de Niños» por el Lyceum Club Femenino en el madrileño barrio de Chamberí, que ofrecía de forma gratuita servicio de guardería para hijos de madres obreras donde recibían alimentación sana, higiene corporal o revisión médica semanal; situada en el barrio burgués de Chamberí, en el centro de una gran arboleda, permitía a las niñas y niños disfrutar de actividades al aire libre. Las familias podían solicitar el ingreso de sus hijas e hijos menores de tres años, dando prioridad a aquellas solicitudes cuyas madres fueran asistentes, empleadas, obreras fabriles o costureras (sectores altamente feminizados) con medios escasos de sobrevivencia y tenían en cuenta además criterios familiares en mayor riesgo de exclusión como madres solas y familias numerosas. Una vez cumplidos los cinco años, ayudaban a gestionar el ingreso del alumnado en escuelas públicas o colegios que garantizaran el servicio de comedor, contribuyendo así a disminuir la presión familiar.

Pero este tipo de entidades, religiosas o laicas, tienen un interés marcadamente tutelar: la mujer acomodada, si era católica se entregaba a la obra de caridad que ciertamente favorecía a muchas mujeres de forma inmediata, lo que hizo que contara con muchas adeptas; si era laica, a la filantropía, pero el fin de la iniciativa está en la aceptación de la existencia de una sociedad desigual (Mirguet, 1933); más tarde las obras de carácter filantrópico son asumidas por la II República como servicios públicos.

En el sector terciario, muchas mujeres, normalmente provenientes del medio rural se emplean en el servicio doméstico o como porteras de los nuevos edificios que están renovando las ciudades. Se abre un enorme abanico de posibilidades de empleo femenino, aunque las condiciones sean deplorables.

Dentro del ámbito del Transporte y las Comunicaciones, los terrestres son los que emplean la mayor parte de las trabajadoras: el desarrollo del ferrocarril trajo consigo la contratación de gran número de empleadas de oficinas, vendedoras de billetes, guardabarreras, aunque algunas de ellas sólo pueden ejercerse en sustitución de un pariente

varón. El Metro va a multiplicar el número de puestos de trabajo de estas características: se ofrecen los puestos con condiciones más duras y peor remunerados, como el taladro de billetes en la entrada y la revisión y recogida de los mismos en la salida, la extensión de los partes de liquidación y el conteo y comprobación del metálico, exigiendo que permanecieran solteras, con la condición de que se abandonara el puesto al contraer matrimonio tras percibir una *dote* que no era otra cosa que una suerte de indemnización por la pérdida de su puesto de trabajo²³: en Jiménez Aquino (1928) podemos leer «al cabo de varias horas de picar billetes las rodillas de las pobres muchachas albean de nieve. ¡Menos mal que, precavidas, se arroparon las piernas con una manta!». ²⁴

El ámbito de las comunicaciones se convierte pronto en un sector de casi exclusividad femenina: si bien el ingreso a través del manejo del telégrafo es sectorial y muy restringido para las mujeres, la llegada del teléfono va a suponer el ingreso de un número muy importante de telefonistas, operadoras y encargadas, pues ante todo era necesario «voz musical, amabilidad y belleza» (Capel, 1986, p. 218). También el trabajo de clasificación de correo es una de las principales ocupaciones femeninas en esta época.

Por lo que se refiere a la Administración pública, los organismos oficiales permanecieron prácticamente cerrados al sexo femenino hasta 1918 cuando se aprueba el «Estatuto de funcionarios» que permite el acceso como auxiliar de tercera y también tras algunas vicisitudes en el Cuerpo de Inspectores de Trabajo, para mujeres: «La mujer podrá servir al Estado en todas las clases de la categoría de auxiliar. En cuanto a su ingreso en el servicio técnico, los reglamentos determinarán las funciones a que puede ser admitida y aquellas que por su especial índole no se le permitan». Las primeras en acceder son María Domenech de Cañellas y Juana García Sanjosé. En 1931 ya hay 51 mujeres en este cuerpo.

Asimismo, en las profesiones burocráticas comienza a ser muy demandado el trabajo femenino, porque se consideran especialmente aptas para la mujer ya que resultan más cómodas para los empresarios: son más constantes, pierden menos el tiempo, no fuman, son más dóciles y corteses y así, acceden a puestos como cajera, mecanógrafa, archivera, tenedora de libros o bibliotecaria.

²³ Titular (7 de abril de 1930), «Las empleadas del metropolitano han pedido al gobierno intervención para que se les conserve el puesto cuando contraigan matrimonio», *La Voz*.

²⁴ Museo Estación Fantasma de Chamberí, Madrid, 26 de enero de 2024.

La dependencia de comercio se perfila como otra alternativa común: a partir de los años 10 y sobre todo en la década de los 20, la figura de la empleada se va haciendo familiar, en calidad de asalariada. El perfil de estas mujeres es el de mujer joven (menos de 25 años), fundamentalmente solteras y viudas; se emplean en pequeños negocios y en los primeros grandes almacenes de la época. Si son casadas, generalmente atienden en el negocio familiar de titularidad del marido, como aportación gratuita, pues no reciben remuneración alguna, salvo que legalmente acrecen la parte de ganancias que les pueda corresponder.

Por subsectores, los puestos que se ocupan se refieren principalmente al sector de la alimentación, bebidas y combustibles (fruterías, hueverías, tabernas, carbonerías, ultramarinos) en las que el margen de beneficio es muy pequeño y los sueldos, también. Otros sectores que se van conquistando están más relacionados con el ocio o el lujo: mercerías, perfumerías, pastelerías y jugueterías, entre otras. Las dependientas de comercio sobre todo de este sector textil forman parte del proletariado por sus condiciones de vida y de trabajo; pero tienen la conciencia de pertenecer a una clase social superior por diversas razones, entre las que destaca la forma de vestir, como señaló Emilia Pardo Bazán.

Según Gloria Nief²⁵, es un sector en el que no se considera el trabajo femenino como complementario, simplemente porque los salarios son muy bajos y se ve degradante para el hombre la dependencia en los establecimientos de venta de sedas, blondas, camiserías o guantes, pues según la propia Comisión de Reformas Sociales en su informe de 1890 manifiesta que «da grima ver a un hombre fuerte y robusto *mediendo* metros de puntilla, regateando un casquete de paja o envolviendo cuidadosamente una gruesa de botones de camisa». La conciencia de superioridad de los hombres dedicados al comercio (aunque no sean muy numerosos) con respecto a sus compañeras, es también patente: los salarios femeninos son considerablemente inferiores a los de los varones que, generalmente, ocupan puestos de mayor responsabilidad como encargados o contables, frente a la simple dependencia que desempeñan las mujeres.

Dentro de la esfera que nos ocupa, es importante mencionar el colectivo de mujeres que ejercen una profesión como sujeto mercantil, es decir el sector de las mujeres que tienen un comercio propio, que son

²⁵ NIELFA CRISTÓBAL, G. (1986), «Las mujeres en el comercio madrileño del primer tercio del siglo XX», *Mujer y Sociedad en España: 1700-1975*. Instituto de la Mujer (299-332).

titulares del mismo: la gran mayoría son viudas (82%) que continúan ejerciendo el negocio del marido fallecido o llevan a cabo empresas muy pequeñas de ámbito local muy reducido en los sectores sobre todo de la alimentación, bebidas y combustibles; y un porcentaje menor el de mujeres que tienen un negocio relacionado con la moda, novedades, mercería y belleza.

Las mujeres titulares de un comercio por sí mismas, estaban enormemente limitadas por el estatuto jurídico de la mujer según el «Código de Comercio» (en adelante, CCm) de 1885 que no permitía mucha amplitud; ni tampoco el régimen económico matrimonial al que estaban sometidas tras la aprobación del «Código Civil de 1889», situación que se prolonga durante casi todo el siglo xx, hasta 1975. En su artículo 4 el «Código de Comercio» establecía que no podrían ejercer el comercio quienes estuviesen sujetos a la patria potestad ni a la autoridad marital (número 2º) ni tampoco quien no tuviera la libre disposición de sus bienes (número 3º), limitando claramente el acceso a las mujeres.

Asimismo, y ya de forma nominativa, las mujeres casadas mayores de 21 años debían contar con la autorización expresa de su marido consignada en escritura pública (art. 6) quien podía revocar libremente de forma expresa o tácita la licencia concedida; si la mujer comerciante contraía matrimonio, necesitaba igualmente la licencia desde ese momento. Sólo se abstraían de la autorización si la pareja vivía separadamente por sentencia judicial firme, si el marido era incapaz, estaba en situación de prodigalidad o sufriendo pena de interdicción civil.

Dada la situación de precariedad se desarrolló una importante obra legislativa en torno al trabajo femenino, siempre en torno a la protección de su *honra* y de su rol reproductivo: la creciente incorporación de las mujeres como mano de obra proletaria en las fábricas dará lugar a una legislación laboral novedosa en España, desde la «Ley de 13 de marzo de 1900», la ley del descanso dominical de la que se excluye en gran medida al comercio o la «Ley de 27 de febrero de 1912», denominada «Ley de la Silla» que obligaba a los establecimientos a tener un asiento para las dependientas de comercio destinado a cada empleada en el local «donde desempeñe su ocupación y con exclusión de los que pueda haber a disposición del público». O la «ley de 3 de abril de 1919» que establece la obligatoriedad de una jornada ininterrumpida de descanso de doce horas y dos horas para comer.

La mencionada Ley de 1900 es la primera en establecer una serie de medidas favorables en cuestión de maternidad. En su artículo 9, recoge un permiso de maternidad de tres semanas con reserva del pues-

to de trabajo, así como el permiso de lactancia y el régimen de funcionamiento de ambos derechos. Con el «Real Decreto de 8 de marzo de 1907» y posteriormente con el «Decreto-Ley de 21 de agosto de 1923», se modifica la Ley de 1900, ampliando el permiso a las seis semanas anteriores y posteriores al parto, reservando el puesto a la trabajadora durante ese periodo con la posibilidad de ampliarlo y estableciendo, como se venía haciendo, el derecho a un permiso de lactancia. Como medida innovadora, se regula el derecho a percibir una indemnización durante el tiempo que durase el permiso: sin embargo, se materializa solo a partir del año 1931 en forma del Subsidio Obligatorio de Maternidad, con carácter tardío respecto al resto de países.

Según Alonso Olea (1989, p. 128)²⁶ son acciones que se deben enmarcar dentro de la acción humanitaria para la protección de la mujer sobre todo en su condición de elemento reproductor: es decir evitar todas las actividades que puedan comprometer situaciones de embarazo, parto o lactancia. Sin embargo, Nielfa, (2003), alude a un sesgo de género que caracterizó la legislación laboral desde sus orígenes, atisbando una clara intención gubernamental de prohibir todas aquellas actividades que pudieran igualar la actividad laboral femenina con la masculina, e intentando por la vía legal someter a la mujer al ámbito de lo doméstico en la medida de lo posible y limitando hasta la desaparición el ejercicio de una actividad laboral cuando se accedía al matrimonio. Además, la dificultad para cumplir gran parte de las normas establecidas conllevó una gran invisibilidad y precariedad del trabajo femenino, cuando no la decisión de no contratar mujeres para evitar las normas que se consideraban contrarias al beneficio empresarial.

Algunas de estas normas tienen origen en la Conferencia Internacional del Trabajo celebrada en Washington en el año 1919, primer acontecimiento llevado a cabo por la recién creada Organización Internacional del Trabajo (OIT) importante porque se aprecia una concienciación internacional, por parte de los principales países, pero también por la presión social y por la actuación de mujeres y hombres que reivindican esos derechos (por ejemplo María Echarri, Inspectora de Trabajo Femenino que reivindicó la igualdad salarial y el derecho de las mujeres a administrar su salario, así como la abolición de la obligación de obtener el permiso del marido para desempeñar un puesto de trabajo) y se codifican en el denominado «Código del Trabajo de 1926», con las siguientes limitaciones para el trabajo femenino:

²⁶ ALONSO OLEA, M. (1989), *Derecho del Trabajo*. Civitas.

- El marido podía recurrir ante el juez municipal el derecho de la esposa a recibir su salario directamente.
- Excluían a las mujeres casadas del mercado de trabajo mediante las excedencias forzosas por matrimonio o los despidos por maternidad.
- Se prohibían ciertos trabajos por constitución física, insalubridad o peligrosidad.
- Se restringe el acceso al empleo público.
- Se limita el horario por razones de moralidad, prohibiendo el trabajo nocturno y por razones económicas, limitando el número de horas extraordinarias que pueden desempeñar a dos, frente a las seis de sus compañeros varones.

El contexto social y económico ha favorecido la consecución del derecho al trabajo (aunque en condiciones de una marcada desigualdad laboral), toda vez que se ha conseguido la obligatoriedad de la educación básica, la promoción de la secundaria, y el acceso a las escuelas de formación profesional (las mencionadas Escuela de comercio, de correos y telégrafos, de archiveras y bibliotecarias) y a la Universidad, que han servido de lanzadera para acceder al mercado laboral que se fue gestando desde el último cuarto del siglo XIX.

Pero no hay que olvidar que en España aún hay una parte de la sociedad muy conservadora que, anclada en los principios burgueses del XIX, propugnan un modelo de mujer sometida a los roles de género decimonónicos, aunque en la década de los años 20 podemos decir que está muy generalizada la formación-instrucción femenina y la incorporación al mundo laboral, con las características analizadas. Y una legislación civil matrimonial que la perpetúa en ese rol.

El desarrollo personal de las mujeres es prácticamente simultáneo para la baja burguesía y el proletariado. El acceso libre a la universidad, que tiene lugar a partir de 1910, aunque es indiscriminado legalmente, beneficia sobre todo a las burguesas, en primer término, pero abre un camino de posibilidades de formación muy interesante para el sexo femenino. La irrupción de la mujer en las aulas universitarias se lleva a cabo por lo tanto a lo largo de los años 20; sus frutos comenzarían a recogerse o al menos se estaría en condiciones de hacerlo a partir de la década siguiente que se ve truncada por la guerra civil y el advenimiento de la dictadura franquista.

Más allá de la constatación de la pertinaz lucha de muchas mujeres que a lo largo de la historia se enfrentan a la incompreensión e incluso

al escarnio por querer formarse y tener inquietudes intelectuales; del hecho de que muchas mujeres tuvieron que renunciar incluso a su apariencia femenina para poder acudir a los centros universitarios; de que las primeras mujeres universitarias tuvieran que pasar por la humillación de ser cosificadas como reclamo para que sus compañeros varones acudieran a las clases de mejor gana; más allá de todo esto, podemos apreciar la imparable evolución en la consecución de un derecho fundamental, el derecho a la educación, que traerá consigo la reivindicación de derechos civiles y políticos para el sexo femenino, y la incorporación al mercado laboral que puede proporcionarles la independencia económica y la consiguiente reforma del derecho civil familiar.

Dentro de la lucha femenina, la educación es un pilar fundamental para sus reivindicaciones, porque el conocimiento otorga el poder de cambiar el mundo. Si el siglo XIX es el siglo de la pedagogía, ya fuera de carácter católico o liberal, el primer tercio del siglo XX es el del desarrollo de instituciones que materialicen los ideales pedagógicos formulados en el siglo anterior: de signo católico, las Escuelas Teresianas, fundadas en 1911 por el padre Poveda; o laico como la ILE de influencia burguesa e intelectual, introduciendo la idea de instrucción crítica, no dogmática ni sectorial, avalando el principio de la coeducación (que se establece en 1909, pero adquiere su mayor esplendor teórico durante la II República, considerado por el Papa Pío XI como algo moralmente incompatible con una educación verdaderamente cristiana) como el principal argumento para terminar con la discriminación educativa femenina; en el proletariado estos principios de la ILE, se llevan a cabo a través de la Nueva Escuela, fundada por el recién fundado Partido Socialista Obrero Español (PSOE). Desde ambos posicionamientos, se fomenta la concurrencia de las mujeres en la participación de todas las actividades ciudadanas, en la construcción de una sociedad nueva, diferente. Pero la legislación civil en lo relativo al régimen económico matrimonial, no se reforma; y se sigue manteniendo a las mujeres al margen de la más elemental administración del patrimonio conyugal.

Desde mediados de los años 20 hasta mediados de los años 30 cuando estalla la Guerra Civil, se produce un profundo cambio en el pensamiento de las mujeres y acerca de las mujeres, no solo a nivel personal, sino social, colectivo. Se accede al conocimiento de las ideas feministas que ya están ampliamente extendidas en Europa y en EE.UU. y la teoría feminista se incorpora al discurso de muchas intelectuales de la época: se percibe un cierto retraso en la edad de acceso al matrimonio (Capel,

1986)²⁷ por razones económicas en el caso de las proletarias y pequeño-burguesas, y por razones de formación educacional en las clases superiores. Muchas mujeres de este periodo histórico son conscientes de que tienen un destino propio, independiente de los roles domésticos y reproductivos que se les venían asignando históricamente, aunque su área de influencia, sin embargo, fue limitada: geográficamente, sobre todo a los núcleos urbanos más desarrollados y socialmente, a las clases burguesas más acomodadas. Pero indudablemente se sentaron las bases de un desarrollo educativo igualitario, en el que el principio de coeducación en los currículos impartidos en las escuelas y en los edificios que las albergaban, resultó determinante.

4. LA INCORPORACIÓN DE LAS MUJERES A LA VIDA PÚBLICA HASTA LA II REPÚBLICA

Los ideales de la Nueva Escuela y de la ILE tuvieron un gran arraigo en la política educativa de la II República; pero una limitada aplicación práctica por razones coyunturales, temporales e ideológicas. No hubo tiempo material de elaborar una ley que recogiera las aspiraciones educativas del espíritu republicano, pero sí se desarrolló un proyecto de ley a cargo de Luzuriaga, previo incluso a la aprobación de la Constitución (es decir durante el periodo del gobierno provisional) que definía una educación pública, estatal, extraconfesional y gratuita. E igualitaria, porque no hace distinción entre educación femenina y masculina; este principio se recoge como derecho fundamental en la «Constitución de 1931» que, a falta de la promulgación de una ley general de educación recoge en su artículo 48 el derecho a la educación y a la cultura, la estructura y emisión de títulos académicos (art. 49) y la diversidad cultural de las diferentes nacionalidades que componían el Estado (art. 50), haciendo especial hincapié en la utilización de las lenguas cooficiales.

Asimismo, se proyectó la construcción de 27.000 centros escolares que permitiesen articular la implementación de este modelo educativo; pero las convulsiones políticas, terminan pronto con estas previsiones: el advenimiento del periodo conservador radical-cedista evitó el desarrollo o derogó las normas ejecutivas que se habían ido aprobando durante el bienio progresista en aras de establecer el modelo, que se

²⁷ CAPEL MARTÍNEZ, R. M. (1986), «Debates, conquistas y expectativas de la enseñanza de la mujer española durante la edad de plata». Coloquio de Historia de la educación *VI Coloquio de Historia de la Educación*. Instituto de la Mujer (741-754).

intentó retomar en la última etapa, sin éxito debido al estallido de la guerra.

Pero antes de que esto ocurriera, todos estos avances que dan lugar a una nueva época suponen, con ciertas limitaciones, la culminación de la libertad e igualdad de la mujer en España tras la consecución del sufragio femenino durante la II República, con un claro reflejo (aunque insuficiente) en la legislación matrimonial: se regula el matrimonio civil y el divorcio en sendas leyes especiales, pero no hay una reforma profunda del derecho matrimonial recogido en el Código Civil, heredero de la tradición canónica y tridentina que informó el derecho español desde el siglo XIII, y la regulación del régimen económico matrimonial no se movió un ápice, dando lugar incluso a contradicciones legales por mantener el deber de obediencia de las mujeres y la administración exclusiva del patrimonio conyugal y femenino por parte del varón. No obstante, desde mediados de los años 20 hasta mediados de los años 30 son muy numerosas las mujeres que trabajan, y que forman parte de la vida pública.

El escenario examinado se prolonga por lo tanto en esta década y las mujeres van accediendo en un número mucho mayor a puestos de trabajo diversos, a puestos en la administración e incluso a cargos políticos, según su preparación y la pertenencia a una u otra clase social y su militancia en partidos políticos.

La «Constitución de 1931» en su artículo 46 define el trabajo con una doble condición como derecho y como deber: «El trabajo, en sus diversas formas, es una obligación social, y gozará de la protección de las leyes. La República asegurará a todo trabajador las condiciones necesarias de una existencia digna» y en virtud de ello se promulga el 21 de noviembre de 1931 la «Ley de Contratos de Trabajo» y la «Ley de colocación obrera» de 27 del mismo mes y año.

En lo relativo al trabajo femenino, esta nueva regulación tiene un impacto relevante y renovador, pero insuficiente porque aunque suprimió algunas limitaciones mantuvo otras con un carácter claramente segregador por sexos²⁸: se declararon nulas las cláusulas de despido por matrimonio de las trabajadoras («Decreto de 9 de diciembre de 1931»), se logró el acceso a empleos y cargos públicos en condiciones

²⁸ NIELFA CRISTÓBAL, G., «Trabajo, salud y vida cotidiana de las mujeres en España durante el siglo XX», *100 años en femenino. Una historia de las mujeres en España*. RUBIO, O. M.; TEJEDA, I. (ed.). AC/E Ministerio de Cultura - Asociación Cultural Española (122-139).

de igualdad ya previsto en el artículo 40 de la «Constitución de 1931», permitió el acceso de las mujeres a notarías y registros de la propiedad («Decreto de 29 de abril de 1931»), así como a la procuraduría («Decreto de 6 de mayo de 1933») o la secretaría judicial («Decreto de 13 de mayo de 1932»), pero se vetó la entrada en la carrera judicial y fiscal.

Además, se produjo una profunda segregación por sexos en la Administración Pública al crear determinados cuerpos funcionariales que debían ser desempeñados exclusivamente por mujeres, como el regulado por el «Reglamento de Colocación Obrera», que preveía que en la Oficina Central de Colocación hubiera puestos reservados a mujeres para asesorar a otras mujeres demandantes de empleo en las profesiones y oficios «peculiares de su sexo» (art. 41): lejos de suponer una discriminación positiva, constituyó una perpetuación de los roles femeninos y de las actividades laborales altamente feminizadas.

Las mujeres siguieron necesitando la autorización marital para desempeñar un trabajo o ser titulares de una empresa, porque no se removió la legislación contenida ni en el «Código de Comercio» ni en lo relativo al régimen económico matrimonial del «Código Civil»; así, necesitaron esa misma autorización para cobrar su salario hasta 1937, aunque tácitamente podían cobrarlo si no había oposición del esposo y siempre en situaciones de separación conyugal; encontraron serias dificultades para ser contratadas en determinados puestos en los que se primaba a los varones, como es el caso de las jornaleras del campo, que solo podían ser contratadas para la actividad si no había varones en paro. Esta norma, consecuencia de la profunda crisis económica y coyuntural propia del sector, determinó que muchas mujeres terminasen emigrando a las ciudades y accediendo al servicio doméstico en condiciones de precariedad y generando una alteración demográfica que se ha ido profundizando con el paso del tiempo.

No se removieron tampoco las limitaciones en lo relativo al desempeño de determinados oficios para los que se consideraba necesaria una fuerza física mayor, peligrosos o considerados insalubres (como el «Decreto de 28 de mayo de 1931» que prohibía el trabajo de mujeres y menores en tareas de pintura industrial), en atención, nuevamente, a la función reproductiva de las mujeres. En este sentido, es cierto que se puso en marcha un seguro de maternidad que ya se había previsto en la legislación anterior pero nunca se había desarrollado, afectando a las mujeres asalariadas cotizantes, pero dejando fuera a las empleadas en el servicio doméstico, lo que *de facto* se tradujo en un gran número de mujeres sin cobertura porque era un sector altamente feminizado. Tam-

poco se removió la prohibición de nocturnidad («Decreto de 9 de junio de 1931»), salvo en espectáculos públicos («Decretos de 9 de noviembre y 13 de diciembre de 1934»).

En cuanto a la actividad política el reconocimiento del voto femenino tras arduos debates parlamentarios supuso el posicionamiento político de las mujeres y su acceso a la vida pública: el PSOE y los partidos de derechas se mostraron favorables, aunque por diferentes motivos, mientras que otros partidos representados en el hemicycle consideraban que era necesario reconocerlo, pero no en ese momento. Las mujeres, principales interesadas en el resultado del debate, no reaccionaron de forma homogénea (Franco, 1986, p. 252)²⁹: las socias del Lyceum Club y las de la Asociación de Mujeres Españolas reivindicaron el derecho como algo imprescindible no de forma coyuntural sino como una forma de acceder y ejercer la ciudadanía, lo mismo que las afiliadas a sindicatos obreros no católicos, persuadidas de que la participación política mejoraría su situación a futuro; el debate, con signo femenino, lo protagonizaron la socialista María Lejárraga partidaria del voto pero no en ese momento político, lo mismo que Margarita Nelken, frente a las que lo pedían de forma inmediata e indiscriminada, mujeres pertenecientes a posiciones políticas más conservadoras, activistas de sindicatos católicos como medio para arrebatar el poder a la izquierda.

La única representante política plenamente convencida con criterios jurídico-políticos fue Clara Campoamor, que protagonizó un encarnizado debate no sólo frente a gran parte de sus homónimos masculinos en el Parlamento sino contra la propia Victoria Kent que era firme detractora alegando motivos de falta de instrucción crítica en la mayoría de las mujeres votantes. El enfrentamiento dialéctico entre ambas que por otro lado coincidían en gran parte de los congresos, conferencias y actos organizados por las asociaciones feministas de la época, quedó plasmada en el Diario de Sesiones del Congreso del 1 de octubre de 1931, que recoge la contestación parlamentaria de Clara Campoamor a su compañera, desde la más profunda amargura:

«Señores diputados: lejos yo de censurar ni de atacar las manifestaciones de mi colega, señorita Kent, comprendo, por el contrario, la tortura de su espíritu al haberse visto hoy en trance de negar la capacidad inicial de la mujer; al verse en trance de negar, como ha negado, la capacidad inicial de la mujer.

²⁹ FRANCO RUBIO, G. A., «La contribución de la mujer española a la política contemporánea: de la restauración a la guerra civil (1876-1939)», *Mujer y Sociedad en España 1700-1975*. Instituto de las Mujeres (239-264).

Creo que por su pensamiento ha debido pasar, en alguna forma, la amarga frase de Anatole France cuando nos habla de aquellos socialistas que, forzados por la necesidad, iban al Parlamento a legislar contra los suyos».

Pero la reivindicación había traspasado el hemisiciclo y se había instalado en las calles; el día de la votación para la aprobación del artículo que reconocía el sufragio femenino, la tribuna de público estaba repleta de mujeres que se habían reunido previamente a la entrada del Congreso, repartido pasquines propagandísticos en los que instaban a los diputados a votar a su favor, con el siguiente texto: «Las mujeres españolas esperan recibir de los Diputados de la República su primera lección de ética política al verlos mantener las leyes que ellos votaron en el Parlamento, concediéndoles el derecho al sufragio en igualdad de condiciones que al varón», e incluso pidieron ser recibidas por el presidente de la Cámara, Julián Besterio, del que lograron el compromiso de apoyo al texto debatido.

La participación de las diputadas en la Cámara no se limitó solo al sufragio (Franco, 1986, p. 256); Campoamor participó activamente en los subsiguientes debates acerca del divorcio, la reforma del «Código Penal», la abolición de la prostitución, la investigación de la paternidad, el reconocimiento de la actuación de la mujer como testigo en juicio y en los matrimonios, o el acceso a todas las profesiones derivadas del título de abogacía.

Margarita Nelken mantuvo su escaño en las tres legislaturas de la República e intervino gran número de veces en debates relacionados con la legislación laboral y oponiéndose de forma muy vehemente a la amnistía de 1934 a los militares golpistas. María Lejárraga destacó en la reivindicación de temas laborales; Matilde de la Torre Gutiérrez en los temas relacionados con la cuestión religiosa o Francisca Bohigas, del grupo conservador, en favor del Magisterio y de las condiciones laborales de sus integrantes.

La labor política de las mujeres republicanas, (más extendida entre las de izquierdas, aunque no exclusivamente) también fue inmensa en las actividades de campaña, participando activamente en mítines en los que siguieron apelando también al rol tradicional femenino de esposa y madre, pero con un matiz distinto del católico conservador: desde la izquierda se insta al voto para conseguir la igualdad con los varones y el bienestar de los suyos; desde la derecha, se insta al voto desde el miedo que provocan los logros de la izquierda; así en un mitin celebrado en Cádiz en 1933 la ponente se expresaba de la siguiente forma:

«Mujer católica

La ley de divorcio profanó la santidad del matrimonio cristiano ¡Esta ley es fruto revolucionario!

La enseñanza laica hará que tu hijo se olvide de ti y no te conceda el respeto debido ¡Esta ley es fruto de los sin Dios!

¡Estas leyes las votaron todos los partidos de izquierdas! ¡Vota contra ellos!»³⁰.

Asimismo, fueron muchas las mujeres que ejercieron algún tipo de cargo político en los Ayuntamientos, Diputaciones Provinciales y en la Administración General del Estado, ocupando puestos de alcaldesas y concejales, excepcionalmente de ministras, y muchos más numerosas en las Direcciones Generales y Secretarías.

Todas estas mujeres, consiguieron posicionarse reivindicando la representación política de sus semejantes, y cosechar para ellas importantes cambios legislativos, insuficientes, sí, pero avances que suponían el inicio de una evolución que nunca llegó a desarrollarse.

El estallido de la Guerra Civil obligó a las mujeres a desempeñar una actividad pública mucho mayor, del lado del ejército que las representaba: el volumen de trabajo aumentó; con los hombres en el frente, las mujeres deben ocupar los puestos que permitan cubrir las necesidades básicas familiares y las del Estado.

Así, en la zona republicana (Franco, 1986) se produce una intensa movilización femenina, que va desde la incorporación al ejército de las milicianas, a la ocupación de los puestos en las fábricas manteniendo viva la industria, incluso bélica, pero también manteniendo los servicios públicos sobre todo de tipo sociosanitario.

La incorporación femenina al ejército pronto fue mal vista, incluso en la izquierda y sustituida por la «madre combativa», cuyo máximo ejemplo era Dolores Ibárruri *Pasionaria*, figura que encarna el compromiso político y social sin abandonar la posición maternal y protectora de la mujer. En este sentido fueron de gran importancia las organizaciones como la Agrupación de Mujeres Antifascistas que se había constituido anteriormente (1933) y divulgado a través de la revista *Mujeres*. La Agrupación Antifascista, una vez comenzada la guerra, creó la Comisión de Auxilio Femenino cuyas principales actividades fueron la recaudación de dinero y ropas para el frente; talleres, guarderías y asilos

³⁰ Extracto de un mitin celebrado en Cádiz en 1933 en CARO CANCELA, D. (1987), *La Segunda República en Cádiz*. Diputación Provincial de Cádiz.

para huérfanos y preparación profesional a mujeres que debían ocupar puestos de trabajo como maquinistas de los servicios de transporte.

Carlota O'Neill, que había fundado otra revista divulgativa *Nosotras* de marcado carácter comunista, cuyas seguidoras fundaron otra agrupación, Unión de Muchachas que organizaban cursos de capacitación para enfermeras y otros oficios necesarios, así como servicios de lavanderías para el ejército o comedores infantiles, es claro ejemplo de ello. Y también Mujeres Libres de credo anarquista, pero con idénticas inquietudes y actividades similares; la más significativa de Mujeres Libres fue la fundación del Hogar de la Mujer, desde donde lanzó una amplia campaña de alfabetización y capacitación profesional para cubrir los puestos de producción vacantes.

La característica común de todas ellas fue seguir básicamente la consigna de incorporarse al trabajo activo, pero no al frente, aunque la postura de Mujeres Libres fue más beligerante en este sentido. Además, las mujeres ocuparon también puestos en organizaciones políticas y sindicales, llegando a ocupar puestos directivos en el Gobierno, como Federica Montseny, entre otras, lo que nos permite hablar, al menos desde el plano teórico, de una plena incorporación de las mujeres a la vida pública.

En el territorio controlado por el ejército sublevado, Mercedes Sanz Bachiller funda en 1936 el Auxilio de Invierno, convertido en Auxilio Social una vez fagocitado por la Sección Femenina de Falange Española. Se encarga de las labores de enfermería y confección para el frente, pero no participan ni en el ejército ni en la industria de guerra, porque siguiendo las palabras de su fundador José Antonio Primo de Rivera, el papel a desempeñar por la mujer española del nuevo estado sería «ocupar el hogar, dedicarse a su marido y cuidar a sus hijos», expulsándola de nuevo de la vida pública.

Pronto la Sección Femenina monopoliza toda la actividad femenina de ese sector ideológico: marcada por la preeminencia de Falange Española en los primeros años de la guerra y del posterior franquismo, mantenía una estructura vertical jerarquizada que se componía de grados, formando a sus dirigentes en la Escuela de Mandos. Su actividad durante la guerra se concentró también en las labores de asistencia en el frente (lavandería, servicios sanitarios, recaudación de fondos y ropas y labores de apoyo moral a los soldados), pero se prolongará durante todo el periodo de dictadura franquista, adquiriendo un enorme volumen (300.000 mujeres) (Franco, 1986, p. 262) aunque con mayor presencia hasta los años 60.

Las mujeres republicanas de izquierdas que habían conseguido un posicionamiento social y político muy respetado e incluso habían trascendido nuestras fronteras a través de la interacción pre-bélica con los países de nuestro entorno (Campoamor ante la Sociedad de Naciones, por ejemplo) se vieron represaliadas y exiliadas tras la Guerra Civil, lo mismo que sus ideales. Fueron muchas las maestras, sobre todo, las grandes señaladas por haber realizado sus funciones al servicio de la república; pero también, por supuesto, las representantes sindicales, políticas, alcaldesas, ministras, abogadas, médicas que tuvieron que exiliarse y algunas no volver jamás. Otras, sin embargo, pudieron quedarse sufriendo un profundo exilio interior, como María Moliner.

III. La educación femenina durante la dictadura. El retorno a la domesticidad femenina como valor moral del régimen

Tras la Guerra Civil y la imposición del Estado nacional católico, triunfa la idea teresiana de la mujer transmisora de los valores morales del catolicismo, a la que se le presupone un innegable ascendente sobre el comportamiento de los varones desde el amor y la comprensión, representación de la extendida máxima *detrás de un gran hombre siempre hay una gran mujer*, profundamente arraigada en la sociedad española que comenzó a ser partícipe de la evolución cultural e instructiva de las mujeres tardíamente, si lo comparamos con los países de nuestro entorno. Ese sustrato sociocultural y la imposición del modelo nacional católico finiquitaron cualquier atisbo de modelo de educación laica e igualitaria.

Frente a mujeres como Victoria Kent, Clara Campoamor o Margarita Nelken que habían conseguido una indudable independencia personal y económica, emancipadas desde el punto de vista de jurídico (ninguna contrajo matrimonio), fruto de la educación que recibieron en la etapa previa, la dictadura promueve un modelo de mujer, «muy mujer, muy bella, muy atractiva, muy digna, muy culta, muy fuerte y muy piadosa»³¹.

Para ello, se pone en marcha el aparato propagandístico totalitario que inspiró el Estado nacionalcatólico impuesto. La concurrencia de la Iglesia resultará determinante, porque el modelo a seguir es el de la Virgen María, que es virgen y madre; por lo que el ideal femenino para

³¹ OLIVA REINA, M. (1938), *Experiencias de Educación*. Rayfe.

acercarse a su imagen debe atender cronológicamente a ambos aspectos marianos: primero al mantenimiento de su virginidad (identificándolo con la honra) y después a su maternidad como fin principal de su existencia; las principales virtudes que debe tener la mujer católica española son el silencio, la modestia, la obediencia y la subordinación al varón. Como en el siglo xvi.

La transmisión de estos valores se lleva a cabo a través de distintos vehículos: la Acción Católica Femenina, las congregaciones marianas y la Sección Femenina de Falange Española y de las JONS, que formarían mujeres para la Patria. La función de la Sección Femenina resultó de gran relevancia en el desarrollo del nuevo modelo: se estableció la obligación de cumplir un servicio social que consistía en desempeñar funciones administrativas básicas, o técnicas para el Auxilio Social, que, incorporado a la Sección Femenina en 1937, continuaba desempeñando sus actividades (no así las otras dos delegaciones, Frentes y Hospitales, al haber terminado la contienda).

Ese servicio, el denominado Servicio Social consistía en una prestación obligatoria de seis meses sin la cual era imposible obtener títulos profesionales, puestos en la administración pública o simplemente el pasaporte; tenía la clara intención verbalizada por su directora Pilar Primo de Rivera de que «ni una sola mujer se escape de nuestra influencia y para que todas ellas sepan después y en cualquier circunstancia reaccionar según nuestro entendimiento falangista de la vida y de la historia» (Primo de Rivera, 1943, p. 235)³².

Para ello la Sección Femenina, creó las Escuelas de Formación en las que se impartía la Enciclopedia Elemental comprensiva de los únicos saberes que debían adquirir las mujeres: enseñanzas del hogar (alimentación, cocina, corte y confección, puericultura, economía doméstica), lecciones de nacionalsindicalismo, lecciones de religión e historia sagrada y cultura general (Lengua Española, Historia de España, Geografía, Aritmética, Ciencias Naturales, Física y Química). Además, instruía a las alumnas en su organización, en aras de conseguir la rentabilización del tiempo: se diseñó un horario-tipo (que denominan «método») de 112 horas semanales de trabajo de 6 de la mañana a 10 de la noche todos los días, de las cuales 20 se dedicarían a preparar comida, 9 a coser, 22 a limpiar y 15 a lavar y planchar, con un tiempo de ocio de una hora y media semanal y una hora diaria para hablar con

³² PRIMO DE RIVERA, P. (1943), *Discursos, circulares y escritos*. Sección Femenina de FET y de las JONS.

los hijos/as y el marido³³. Este horario, extenuante, se veía recompensado porque el trabajo doméstico, según el Padre Jiménez «moraliza extraordinariamente» ya que la ociosidad es la madre de todos los vicios.

La idea tradicional de que la ignorancia era el mejor aliado de la domesticidad femenina vuelve a establecerse de forma axial: la mejora de las condiciones socioculturales experimentadas por las mujeres a través del acceso a la educación desde finales del siglo XIX son un claro exponente de ello. Por eso es necesario aniquilar cualquier atisbo de conocimiento que permita a las mujeres el empoderamiento: a través de la educación se dirige el conocimiento a reproducir los roles sexuales tipificados mediante modelos sexistas y asignaturas especiales, fundados en las diferentes misiones de hombres y mujeres, excluyendo a las mujeres no solo de la vida pública, sino aún más si cabe sometiéndolas en la vida privada, en lo relativo a la dependencia jurídica y económica.

Previo a la regulación del nuevo modelo educativo, se procede al desmantelamiento de la débil estructura educativa republicana mediante la depuración del profesorado, de las bibliotecas escolares y de la eliminación de la coeducación («Decreto de 23 de septiembre de 1936» y posterior «Orden de 1 de mayo de 1939»). Pero el régimen, centrará su atención en la exhaustiva expurgación de los libros de texto: mediante circular de 5 de marzo de 1938 se establecen los criterios que han de tener los únicos permitidos basados en el credo político triunfante y en la *única* religión, reforzando un concepto ultramontano de nacionalismo español identificado con lo católico y con la autoridad jerárquica, e imponiendo un principio discriminatorio nuevamente entre las enseñanzas masculinas y las femeninas.

Claro ejemplo de ello es la edición de dos libros diversos de Historia de España dirigidos a los distintos sexos: *España es así*, escrito por Agustín Serrano de Haro, que, dirigido a los varones de enseñanza secundaria, divulga entre ellos una historia de gestas y batallas varoniles y sangrientas y les alienta a ser constructores de la historia. En este libro, solo tienen cabida algunas mujeres como Isabel La Católica, Isabel II en una versión muy concreta, la Regente María Cristina o Gertrudis Gómez de Avellaneda, previamente tratadas con un importante sesgo de género; por otro lado, se publica *Guirnaldas de la historia*.

³³ Sección Femenina de FET y de las JONS (1946), *Enciclopedia Elemental*. Altamira.

*Historia de la cultura española contada a las niñas*³⁴, escrita por el mismo autor movido, según argumenta en el prólogo por «la indignación y pena» que le producía «ver en las manos de esas dulces niñas libros absurdos para ellas» (Serrano, 1948 prólogo): éste nuevo ejemplar, constituye un elenco de hechos históricos protagonizados por mujeres ilustres modelo de compasión, elegancia, belleza, fidelidad conyugal y laboriosidad, porque si la civilización es hija de la mujer, España será «lo que vosotras [las niñas] hagáis de ella».

Pero la norma que regula y estructura este modelo es la «Carta Magna de la Educación Española», ley aprobada por las Cortes el 14 de julio de 1945, sancionada el 17 de julio y publicada en el BOE el 18 de julio. Conocida como Ley de Educación de 1945, no parece que sea casual el momento de su publicación, haciéndolo coincidir con el aniversario de la sublevación de 1936, porque realmente es una norma que comenzó a gestarse mucho antes, en 1939.

Razones de oportunidad política aconsejaron su lentitud: el proyecto inicial será mucho más cercano a las teorías totalitarias de Alemania e Italia, aliados políticos de Franco; pero el cambio de signo de la II Guerra Mundial y la caída de esos regímenes hizo que el dictador tuviese que acercar posturas con la Iglesia española, sobre todo si tenemos en cuenta que ya se estaba negociando el Concordato de 1953.

El eje principal de la ley es la proscripción de la coeducación, dado el marcado carácter eclesiástico y nacionalcatólico que tiene el texto: el Estado, como titular de la obligación de estructurar un sistema educativo nacional, solo aparece como subsidiario de la Iglesia, para completar la obra donde la Iglesia no llegue. En lo relativo al presente trabajo, marca inexorablemente el fin teleológico de la educación de la mujer, porque su foro es el hogar, el cuidado de la casa y de la prole, con la consiguiente reversión de la legislación civil en materia de familia, y la vuelta al matrimonio católico y el sometimiento de la mujer. La separación por sexos se prolonga hasta la educación de adultos y adultas, que estará a cargo respectivamente de maestros y maestras formados también en escuelas segregadas por sexos.

Esta ley estará vigente hasta la década de los años 60, cuando al amparo del ministro de Educación, el tecnócrata Villar Palasí, se promulgaron la «Ley de Reforma de Enseñanza Primaria» de 1965 y el texto refundido de 1967 que no aportaron cambios significativos, pero

³⁴ SERRANO DE HARO, A. (1948), *Guirnaldas de la historia: historia de la cultura española contada a las niñas*. Escuela Española.

facilitaron una reforma más profunda en 1970, con la denominada «Ley Solís».

La Ley de 1945 establece un curriculum diferenciado por sexos; solo las niñas han de cursar la asignatura «Enseñanzas del hogar» que comprendía cocina, costura, corte y confección, puericultura y economía doméstica, porque las mujeres deben saber «guisar bien, zurcir, remendar, lavar y planchar, cortar, puericultura y medicina casera, así como método», es decir el horario-tipo mencionado anteriormente. Otras asignaturas son iguales en denominación para ambos sexos, pero con contenidos diferentes: la educación física de los varones se dirige a conseguir hombres fornidos, acreedores de respeto y autoridad, mientras que la de las niñas se dirige a lograr mujeres sanas y preparadas para la maternidad; la educación del Espíritu Nacional se dirige a la contribución a la familia y a la parroquia en el caso de las mujeres, dejando la Patria como Unidad de Destino de lo Universal para los varones.

Desde la enseñanza primaria (de 6 a 10 años) se impone la costura y el bordado como materia central; la caligrafía y la aritmética básica completan la instrucción. Se impone un rígido sistema de inspección para vigilar el cumplimiento del curriculum y la exigencia de separación física por sexos en las escuelas. La enseñanza secundaria se concreta en un bachillerato desdoblado en elemental y superior en el que había escasa afluencia femenina, por las consecuencias fatales que esto hubiera tenido para el hogar y la familia. En cualquier caso, el bachillerato femenino se sobrecarga con materias que preparen para el hogar y se deja casi totalmente en manos de las órdenes religiosas femeninas que aseguraba el cumplimiento de los principios establecidos. Lo mismo ocurrió con la formación de las maestras, a cargo, casi en su totalidad, de congregaciones religiosas tradicionalmente dedicadas a la educación (como las Teresianas, aunque no solo) haciendo hincapié en sus planes de estudio (de un año, según el programa aprobado en 1940) en la formación religiosa y doméstica, ya que las alumnas debían superar un examen que acreditara sus competencias en costura, bordado y otras labores caseras, para titularse.

Se consiguió que las mujeres educadas en este programa fueran silenciosas, calladas, sumisas, abnegadas, sencillas y piadosas: mujeres para Dios, la Patria y el Hogar; en este contexto, no es de extrañar que la legislación civil de familia las constriñese a una legal incapacidad jurídica que les imposibilitaba cualquier acción que no estuviera supervisada y autorizada por el marido. Tampoco tenían mucho que decir, despojadas de todo conocimiento.

Desde el punto de vista social también se trabajó en pro de la consecución de este modelo a través del apostolado seglar ejercido por Acción Católica que se reorganiza una vez concluida la guerra para combatir la inmoralidad, y «restaurar todas las cosas en Cristo» con su «ejército pacífico», según Monseñor Zacarías de Vizcarra, quien elaboró un Curso de Acción Católica y reorganizó jerárquicamente la estructura que se había desdibujado durante la guerra, y con la intervención activa de Falange Española; su eje principal es el respeto a la autoridad paterna, como reflejo y perpetuidad de la estructura patriarcal por lo que la autonomía de la mujer queda cada vez más menoscabada: en el seno del hogar, como esposa y madre cuyos deberes eran sagrados en la recristianización del hogar.

Será la beneficencia la ocupación principal de las mujeres de la facción triunfante, tratando de paliar situaciones de miseria en que habían quedado muchos del bando vencido, instándolas a ser servidoras del bien, pero desde el más absoluto triunfalismo, creando una dependencia ideológica por parte de las familias receptoras más damnificadas y en particular de las mujeres de esas familias, que ven en esta caridad la única forma de salir adelante.

La acción, incluía también la rehabilitación ideológica de las mujeres en las cárceles entre las represaliadas. Organizaron escuelas propagandísticas, catequesis infantil y academias nocturnas de catequesis religiosa para adultos y adultas. Este apostolado tuvo un gran influjo en las clases trabajadora y media-baja de la burguesía urbana, en una sociedad totalmente clasista y jerarquizada; sin embargo, en el mundo rural donde la organización fue más débil y el analfabetismo más contundente, el apostolado llega de manos de la difusión radiofónica a través de novelas moralizantes por entregas, rosarios colectivos, narración de vidas de santas y consultorios sentimentales.

La imagen de la mujer española católica y moralmente superior pasa por un código de vestimenta muy descriptivo, que se prolonga durante los años 40, 50 y gran parte de los 60 como consigna para exteriorizar su rectitud moral y en el que se incide de forma recurrente desde el púlpito y desde el apostolado, en un intento de borrar definitivamente la imagen de mujer libre, independiente, moderna, culta, activa y social de los años 20 y de la República: falda amplia, por media pierna que evite adivinar cualquier forma femenina, manga larga o bajo el codo, sin transparencias ni escotes, tacón medio; esta era la representación gráfica de la mujer española católica y decente, según la normalización de la época.

El acceso a la Universidad vuelve a ser testimonial, centrándose nuevamente en la carrera de magisterio y excepcionalmente en otras titulaciones como farmacia, filosofía y letras o derecho, por tradición familiar mayoritariamente. No se prohíbe legalmente, pero se dificulta o se desmotiva a las hipotéticas alumnas, porque la formación universitaria no era necesaria para alcanzar sus fines de esposa y madre. Algunas de las que habían iniciado su formación universitaria antes de la guerra, retoman sus estudios como es el caso de la abogada María Telo, que tendrá una relevancia definitiva en la consecución de derechos femeninos durante la Transición; otras no pueden terminarlos por encontrarse en el exilio, por haber sido represaliadas o estar presas; y en otros porque abrazan el nuevo modelo de mujer, que realmente era el antiguo, caduco y decimonónico anterior a la República.

Pero el número de mujeres matriculadas en las facultades va aumentando a pesar del régimen; en Derecho, por ejemplo, la evolución es paulatina pero significativa: de las 2.588 que había en el curso 1935-1936, a las 5.480 del curso 1944-1945 o las más de 10.000 del curso 1955-1956 (Flecha, 2011, p. 169)³⁵, aunque se prohibirá su acceso, entre otras profesiones, a la abogacía del Estado, al servicio de Aduanas, a la inspección técnica de Trabajo, a la fiscalía y judicatura, a notarías y registros. De nuevo, la única profesión abierta a la mujer era también la peor remunerada: el magisterio.

Muchas de estas mujeres, de nuevo, acceden a la universidad por una mera cuestión cultural: pertenecientes a la alta burguesía y a las familias vencedoras, se considera un signo de distinción social que las hijas acudan a la universidad en muchos casos con la humillante intención de *encontrar marido*; sin embargo, la formación y aportación de muchas de ellas fue determinante en la lenta evolución hacia el cambio de régimen político y a la consecución de la igualdad, pues a partir de los años 60 desde su pertenencia a la Sección Femenina en muchos casos, comenzaron a militar en sindicatos y partidos ilegales en la clandestinidad, o formando grupos feministas al margen de la oficialidad; tal es el caso de las abogadas Cristina Almeida o Paca Sauquillo o la jueza Manuela Carmena, entre otras, que protagonizaron esta circunstancia y lideraron el cambio operado en la década de los años 70.

El trabajo femenino está proscrito desde la más temprana formación ideológica del régimen. El «Fuero del Trabajo», promulgado en 1938

³⁵ FLECHA GARCÍA, C. (2011), «Por derecho propio. Universitarias y profesionales en España en torno a 1910», *Tabanque: Revista pedagógica*, núm. 24 (157-174).

para los territorios que los sublevados iban controlando y posteriormente para todo el territorio, era tajante al respecto al establecer que su intención era «liberar a la mujer casada del taller y de la fábrica», negando por lo tanto cualquier atisbo de realización personal a través del trabajo para conseguir la más elemental independencia económica, pero desde luego dando la espalda a situaciones *de facto* muy numerosas: las mujeres que debían trabajar para poder cubrir el sustento de su familia, al estar fallecidos, presos, inhabilitados, enfermos, tullidos o represaliados los varones de la familia.

La «Ley de Contrato de Trabajo», aprobada el 14 de diciembre de 1942 establece en su artículo 11.d) la capacidad limitada de la mujer para celebrar contratos de trabajo y para contratar su aprendizaje: «La mujer casada, con autorización de su marido, salvo el caso de separación de derecho o de hecho, en el que se reputará concedida por ministerio de la ley para todos los efectos derivados del contrato, incluso el percibo de la remuneración». Se instauran subsidios para fomentar la natalidad y circunscribir a la mujer al espacio doméstico, premiando su capacidad reproductiva (a través del esposo eso sí, ya que era el que se encontraba habilitado para cobrarlo); se vuelve a imponer la excedencia por matrimonio mediante el pago de una *dote* (que no es la dote civil matrimonial a pesar del nombre) y se llega a prohibir directamente la contratación de mujeres casadas.

Esta situación, determinó que muchas mujeres tuvieran que acudir al mercado informal de trabajo (Nielfa, 2012), dedicándose al servicio doméstico por horas, a labores de costura desde su domicilio, al alquiler de habitaciones y pupilaje de huéspedes. De hecho, España tenía una de las menores tasas de actividad femenina remunerada en el mundo (solo un 16% de la población activa oficial)³⁶; pero el cambio de coyuntura en que se encuentra el régimen a partir de mediados de los años 40 favoreció el cambio de criterio, al menos en cierto modo.

La necesidad de congratularse con las posturas más progresistas representadas por EE.UU. y Europa, el pleno empleo masculino y las necesidades de contratación de una economía en plena expansión, hicieron que a partir de los años 50 el trabajo femenino se extendiera y fuera admitido, dentro de la más estricta moralidad cristiana. Acción Católica propugna la creación de secciones especializadas dedicadas al

³⁶ NICOLÁS MARÍN, M.^a E. (1986), «La situación de las mujeres a través de los movimientos del apostolado seglar: la contribución a la legitimación del franquismo (1939-1956)», *Mujer y Sociedad en España: 1700-1975*. Instituto de la Mujer (365-390).

apostolado en los centros de trabajo, al constatar que la movilización obrera está comenzando a arraigar, favoreciendo modelos de cooperación fraterna entre empresarios y trabajadores (sindicatos verticales), que también tuvieron su versión femenina.

La Iglesia por su parte, imbuida de los aires renovadores del Concilio Vaticano II, reivindicó la igualdad salarial, como un avance en la igualdad, que se desvirtuaba al promover la complementariedad del trabajo femenino, la menor jornada, la menor dedicación causando una profunda brecha salarial. Además, se permitió que las mujeres casadas pudieran, con el permiso del esposo, cobrar su propio salario: en su condición de cuidadora de la familia podía estimular el consumo y con ello la maltrecha economía que había mantenido a España en una miseria económica endémica. La presencia de las mujeres se hace cada vez más evidente en un mercado laboral en desarrollo, pero no se la libera de la responsabilidad moral del trabajo doméstico, de su condición de esposa y madre, del cuidado de la familia, instando a una compatibilidad que sin embargo no se promueve desde el Estado con políticas públicas que permitan apoyar esos cuidados (Nielfa, 2012).

La aportación política de las mujeres de la dictadura fue testimonial. Desterrada del imaginario social la figura de la mujer republicana diputada, alcaldesa, directora, ministra, en favor del modelo de mujer invisible y sumisa que se viene describiendo, la presencia de mujeres en el ámbito público se limitó a dos nombres vinculados al ideario del Movimiento, como esas excepciones históricas tan celebradas en la dictadura de mujeres excepcionales haciendo cosas *de hombres*. Tal es el caso de Pilar Primo de Rivera que en su condición de directora de la Sección Femenina de Falange ocupó un puesto de procuradora en Cortes desde su creación en 1942 y Mercedes Sanz Bachiller, promotora del Auxilio de Invierno (posteriormente absorbido por Auxilio Social), vinculada a la acción sindical del Movimiento.

Pero las Procuradoras se van introduciendo paulatinamente en las Cortes y en el resto de las instituciones. No será hasta la denominada séptima legislatura, a partir de 1961 cuando han egresado las mujeres que empezaron a acudir a la universidad en los años 50, en que esté presente otra mujer Purificación Sendeno, y en la siguiente Teresa Loring. Sus aportaciones son generalmente en la Comisión de Educación y tienen nula participación pública en la Cámara, evitando cualquier forma de exposición.

Pero en 1967, ingresan Ana Ballenilla Fajardo, María Belén Landaburu, Josefina Veghison Tornet, Mónica Plaza de Prado y Pilar Careaga

Basabe, alcaldesa de Bilbao. La promulgación de la denominada «Ley de Igualdad» en 1961 actúa de apoyo jurídico a la incorporación de todas estas mujeres en la vida pública. Su participación ya es imparable: temas relacionados con la educación, sí; pero también con el medio ambiente, el funcionariado, los derechos retributivos de las mujeres, la seguridad social y el auxilio a la vejez, temas presupuestarios, agricultura, montes, ordenación del suelo, sector alimenticio o información, fueron una constante en las Cortes de 1967 y sucesivas, en las que fueron incorporándose más procuradoras que formularon incontables ruegos y preguntas ante la elaboración de decretos y leyes.

Todas estas mujeres se habían formado en la universidad a lo largo de la década de los años 50 y 60; todas ellas, y algunas que eran muy jóvenes cuando se distorsionó el futuro de España con la imposición del Estado nacional católico, serán, entre otras, las que impulsarán el cambio de estatus de las mujeres en el seno de la Transición política que se inaugura a partir de 1975, desde la renovación del derecho y la reforma de las leyes del derecho de familia, entre otras.

IV. La importancia del matrimonio en la estructura social. El papel de la teoría feminista

A la vista de todo lo analizado, se puede inferir que el matrimonio es el eje fundamental de la estructura social: trasciende al tiempo y al espacio, todas las religiones prevén rituales que lo signifiquen, se educa en el matrimonio como fin del ser humano. Es cierto que existe un sustrato moral muy marcado: la ordenación de la vida sexual a través de la fidelidad o de la castidad, y por lo tanto el rechazo a otro tipo de relaciones afectivo-sexuales; incluso en muchas sociedades sería un medio para evitar o reducir la violencia sexual entre integrantes de una misma comunidad o la proscripción de relaciones incestuosas.

El matrimonio como generador de derechos y obligaciones se distingue claramente de las uniones de hecho. Los esfuerzos del legislador y de la Jurisprudencia dan cumplida cuenta de esta circunstancia; se ha luchado por que no haya una estigmatización social de la unión de hecho ni de la familia derivada de dichas uniones. Pero hay una diferencia clara en lo relativo a los derechos económicos derivados del matrimonio: permisos laborales, acceso a prestaciones por viudedad, limitación de los derechos hereditarios de las parejas, diferentes criterios fiscales en determinados aspectos. La distinción jurídica es clara y

consciente, y así lo manifiesta la jurisprudencia del TS. Pervive por lo tanto la doctrina tradicional: el matrimonio crea estado y por lo tanto derechos y obligaciones en virtud de un vínculo jurídico que va más allá del ámbito de los sentimientos que puedan profesarse los implicados.

El matrimonio estructura la sociedad porque es necesario para constituir una familia; es cierto que actualmente en virtud del artículo 32 de la CE se reconocen distintos modelos de familia con los mismos derechos que la denominada tradicional. Pero no es menos cierto que el matrimonio traspasa cualquier coyuntura espacio-temporal que nos podamos plantear: así, la disolución del vínculo por divorcio conlleva la desarticulación formal de la pareja, pero no el fin de las relaciones económicas de los cónyuges que perduran durante la liquidación del patrimonio e incluso planean sobre los cónyuges como personas físicas durante al menos cuatro años: las deudas de uno de los cónyuges al erario público e incluso a terceros particulares son reclamables si se refieren al tiempo en que el matrimonio estaba vigente, siempre y cuando tengan la condición de deudas comunes, gananciales a diferencia de otras sociedades de carácter mercantil cuyo patrimonio se desvincula del de los socios y socias como persona física.

Por eso es indudable su marcado carácter económico y patrimonial, que siempre ha estado presente: a través del matrimonio se ordenan también la estructura económica y productiva de la comunidad. Con sistemas más o menos perfeccionados esta condición siempre se ha podido constatar, desde el matrimonio en la antigua Grecia, hasta nuestros días. La compra de mujeres a través de la dote, con todas las particularidades que ya han sido analizadas anteriormente, representa un sistema económico concreto, en el que no conviene que las mujeres sean sujeto activo, sino pasivo. Posteriormente se utilizan argumentos relativos a la moralidad, la decencia, el prestigio social, pero trascienden dos cuestiones fundamentales: la necesidad de salvaguardar frente a terceros la legitimidad de la prole y el mantenimiento del sistema productivo.

En todos los momentos históricos, siempre ha estado latente la desconfianza hacia las mujeres por la fragilidad en la determinación de la paternidad de la descendencia, por lo que se las ha marcado con un estricto código de conducta reforzado por dogmas de carácter mágico o religioso; pero también la necesidad de mantener un patrimonio concreto bajo la administración de los varones, desde la dirección de las conquistas bélicas de la antigüedad y el medievo hasta la dirección de las empresas económicas ingentes propias del capitalismo, ahondando en el sistema heteropatriarcal.

Y el matrimonio, con su halo mágico primero y la sustentación en el amor romántico después, es la institución perfecta para conseguir ambos fines; que las mujeres no fueran conscientes de este extremo, resultó imprescindible para mantenerlas en la más absoluta desinformación, incluso a través de la regulación legal que vino a consolidar un pensamiento ético segregador. De hecho, según se ha podido comprobar, a medida que aumenta el conocimiento de las mujeres, aumenta su reivindicación de igualdad jurídica, ya sea en el plano laboral, civil o político, es decir tanto público como privado.

La teoría feminista resulta determinante en este camino. Se ha analizado cómo aparecen ligados los conceptos divorcio y feminismo. No es casual. Es producto de la constatación de la situación de dependencia permanente con respecto al varón, en aras de un sistema económico en el que no participan, pero para cuyo mantenimiento es necesaria su aportación. Y la forma de sometimiento siempre tiene que ver con el control del cuerpo: Gerda Lerner insistió en el hecho de que, a través del miedo inferido a las mujeres mediante la amenaza de dañar a su prole, se consiguió una importante cuota de sometimiento; este hecho antropológico se ha ido perfeccionando para pasar del daño físico al social: mediante la posibilidad de dejar a esa prole sin herencia, sin sustento, sin legitimación, convertida en seres marginales. Por eso se consigue perpetuar el vínculo; y por eso el feminismo, al empoderar a las mujeres y otorgarles una existencia independiente, primero desde la individualidad del ser humano y desde la conciencia política de su existencia, y después desde la independencia económica, es un movimiento ligado al divorcio, porque esta figura constituye el medio de exonerarse de la perpetuidad.

Pero el camino no es corto: primero las mujeres han de adquirir conciencia de sujeto político; después han de adquirir la herramienta que les permite hacer vindicaciones políticas en las instituciones, traspassando la teoría (sufragismo), para finalmente conseguir la modificación de la legislación que las perpetúa en la dependencia económica, es decir la reforma del derecho de familia: patria potestad, matrimonio, regímenes económicos matrimoniales y derechos reproductivos.

Celia Amorós dijo que «no hay nada más práctico que una teoría», porque las ideas claras potencian la acción; el feminismo tiene raíces ilustradas: allí donde hubo Ilustración, hubo feminismo porque se pone en razón todo lo instituido; hasta ese momento carecía de perspectiva política: las demandas tenían la condición de «mujeriles», frente a la condición de movimiento social que adquiere a partir de la Ilustración

y de la Revolución Francesa, en el que las quejas pasan a tener la naturaleza de vindicaciones, y ya se puede hablar con propiedad de teoría feminista, capaz de articular demandas claras porque las mujeres adquieren conciencia social.

Antes de la Ilustración había una cierta percepción de sí mismas, se emitían incluso por parte de pensadores masculinos amargas quejas sobre su situación, pero no había una articulación teórica, y mucho menos un movimiento social: las mujeres son lo que son por designación de otro, es una construcción normativa de la que los varones se otorgan a sí mismos la condición de conocedores de la naturaleza femenina; incluso desde la universidad: Jean de Meun, desde la Sorbonne propugna una crítica feroz hacia las mujeres que alcanza por su origen académico la condición de cierta; en contra, se introduce un catálogo de «mujeres ilustres», en el contexto de la Querella.

Pero la argumentación en contra de este concepto de lo femenino no es ni profunda ni firme: Pizan se queja de la limitación de las mujeres, pero no pone en cuestión el orden de la sociedad patriarcal porque no tiene conciencia de discriminación desde el punto de vista individual, porque no se percibe a la mujer como sujeto moral ni político, sino como individuo. Solo con la llegada de la filosofía cartesiana y la aplicación del racionalismo se produce una crítica a la sociedad y a la compartimentación de los saberes tradicionales que no tienen método sino que son empíricos; la introducción del método que remite a la razón, se plasma en el idea del saber público, que es para todo el mundo, incluidas las mujeres, razonamiento que acude a sustentar los intereses políticos de la incipiente burguesía como grupo, porque es el razonamiento generalizador que no puede circunscribirse a ningún estamento concreto. Se las dota por lo tanto de una categoría que trasciende la individualidad y las enmarca en una clase social concreta, con conciencia de ello; pero también de las herramientas necesarias para que con el tiempo adquieran la conciencia de sujeto político; en este sentido la obra de Poullaine de la Barre en 1673, es determinante para las reivindicaciones que años más tarde protagonizan las revolucionarias de la Revolución Francesa.

Desde los salones de las *preciosas* se articula la teoría de la revolución; y adquieren junto con sus compañeros varones en los debates que generan la conciencia de ciudadanía y los argumentos para desmontar el patriarcado, que coinciden con los utilizados para dismantelar las bases del Antiguo Régimen: si no existen los estamentos porque son adscriptivos y contrarios a la naturaleza humana, entonces también es

adscriptivo el sexo, que no es meritorio sino natural. Pero los ilustrados varones proscriben las vindicaciones feministas. Mary Wollstonecraft (1748-1793) analiza esta postura a través del puritanismo, trasponiéndolo en el terreno de la ética y universalizando el sujeto moral: si todas las personas somos hijas de un mismo Dios, todas somos iguales; por lo tanto el tipo de educación y la feminidad normativa constituyen un artificio (género) en el que se basa la identificación de lo genéricamente humano con lo masculino, dando lugar a dos clases de individuos: las mujeres y los seres humanos; si las mujeres reclaman su condición de ser humano, por ejemplo reclamando su ciudadanía, se les dice que se comportan como varones porque su función en la naturaleza es la de generar nuevos y fuertes ciudadanos. En España, se atisba esta demanda en la obra de Josefa Amar y Borbón (1749-1833).

A partir de la Ilustración, prende esta conciencia de «colectivo» (término actualmente evolucionado y desechado) porque las mujeres son conscientes de la traición que han sufrido en la Revolución Francesa, informando el movimiento social; pero también porque el marco de pensamiento de la Ilustración fue el que proporcionó al feminismo su propio marco teórico y conceptual, necesario para evolucionar hacia la categoría de pensamiento político.

Ante el abandono de los ilustrados, las mujeres escriben sus propios cuadernos de quejas que hacen llegar a la Asamblea, donde solo hay hombres, para elaborar la Constitución, base de la democracia. Algunas voces, como Condorcet, claman por la igualdad en la educación de las niñas y niños; pero triunfa el planteamiento del ilustrado Rousseau, y votan en contra de la moción porque las mujeres han de ser las guardianas de la virtud de los ciudadanos. A través del matrimonio monógamo y del sometimiento sexual, los varones perpetúan su herencia: la dependencia material, económica genera una dependencia espiritual que perpetúa el sometimiento. Pero Olympe de Gouges (1748-1793) en 1791 lleva a cabo la primera reivindicación feminista de contenido político, cuando elabora una Declaración de derechos de la ciudadana, en la que en lugar de declarar la igualdad de «todos los hombres» la dirige a «las hijas, a las madres, a las hermanas», es decir a «todas las mujeres» otorgándoles la condición de sujeto político y donde reivindica para ellas, además de los derechos, todas las obligaciones como pagar impuestos, es decir la ciudadanía económica, la presencia en la vida pública que está estructurada en base a un sistema económico determinado, que permite exigir al estado el reconocimiento de derechos civiles y políticos y la participación en la vida pública.

Las transformaciones económicas y culturales que ha traído consigo la Revolución Industrial, las revoluciones sociales que han tenido lugar en Europa entre 1830 y 1848, y los cambios que se han producido en la estructura económica y familiar consecuencia de todas estas transformaciones, generan una unidad doméstica diferente de la vieja familia extensa propia del Antiguo Régimen, para dar paso a la familia nuclear que continúa siendo una unidad de producción: el paso de una sociedad rural a una sociedad urbana tiene su incidencia en la reivindicación feminista porque las mujeres acceden al mercado de trabajo por cuenta ajena en las fábricas, no ya como parte del trabajo familiar en el campo, por ejemplo, y ello les dota de una conciencia de generadoras de riqueza que se extiende desde la clase obrera a la burguesía de la mano del liberalismo.

Como movimiento social y político nace en EE.UU. y en Inglaterra en el contexto del protestantismo y se inscribe en la tradición del feminismo igualitario o de la igualdad. El gran despertar del protestantismo está muy vinculado al movimiento feminista porque al reivindicar la lectura personal de la biblia para volver a los orígenes del cristianismo, las mujeres también leen y reflexionan, alzando la voz en un espacio colectivo y público, ensanchando la subjetividad de la lectora como un elemento de resignificación y una actividad intelectual, ya que en el seno de su comunidad interpretan la Biblia. Por otra parte, el trabajo es fervor sagrado para el protestantismo y liga con la idea del mérito en función del esfuerzo y el talento, del que consideran que no puede negársele a las mujeres.

La teoría feminista encuentra en el sufragismo un espacio apropiado para su desarrollo: todos estos argumentos ilustrados en torno a la igualdad y al sufragio con carácter general, es decir masculino, serán también los argumentos esgrimidos por el feminismo sufragista del siglo XIX; pero en los nuevos valores de la clase media, generados por el cambio político que se apoyan en el rechazo del absolutismo y la promoción social basada en el mérito, las mujeres están al margen, porque no tienen acceso a la vida pública, social, política, profesional. En España, reivindican el cambio Concepción Arenal (1820-1893) en lo relativo a la igualdad cultural y profesional, Emilia Pardo Bazán, en lo relativo a la igualdad política y profesional o Carmen de Burgos en lo relativo a la igualdad política.

En esta coyuntura tiene lugar en Pensilvania el 19 y 20 de julio de 1848 la primera convención feminista en la que con motivo de la reivindicación del sufragio universal se unen mujeres provenientes del

gran despertar (cuáqueras) por un lado y por otro las antiesclavistas, que se encuadran en el marco de pensamiento socialista de la Segunda Internacional y dan lugar a un decálogo en el que por primera vez, hay una manifestación conjunta de sororidad en torno a la resolución de los problemas que las mujeres han identificado como aquéllos en los que asienta la lucha feminista; es la Declaración de Séneca Falls, en la que, en el inicio de la segunda ola feminista se demanda el derecho al voto en el ámbito público, sí; pero también se critica el matrimonio desde el punto de vista institucional, como nodo del problema de la invisibilidad de las mujeres: conjuntamente a la igualdad jurídica de los cónyuges en el matrimonio, se reivindica la derogación de las leyes de la patria potestad, los derechos económicos y particularmente el de propiedad (que otorga la condición de ciudadanas) y la promulgación de aquéllos otros derechos que favorecen la igualdad y la independencia: el derecho a la educación igualitaria, al ejercicio de las profesiones a las que van accediendo en igualdad de condiciones, la libertad para hablar en público.

Una nueva reflexión comienza a tener mucha presencia: la abolición de la esclavitud y su raíz común con la situación de las mujeres en el espacio privado, es decir en el matrimonio; en *La sujeción de las mujeres*, Stuart Mill critica el sometimiento que para las mujeres supone el matrimonio en la esfera privada, pero también la prostitución; Flora Tristán denuncia que en los prostíbulos hay una verdadera desigualdad de clase entre las prostitutas y los clientes, denunciando por primera vez la prepotencia económica de quien tiene derecho a comprarlas como mercancía, en el contexto del voraz capitalismo.

En Seneca Falls, se plantea también si hay que rechazar el matrimonio; pero el feminismo no es contrario al matrimonio; antes bien, reivindica la libertad individual de las mujeres y la igualdad de todos los seres humanos, por lo que la demanda es, en orden a definir relaciones afectivas de pareja, que se respeten esos parámetros: es decir proscriben y critican una institución alienante para las mujeres tal y como lo era el matrimonio decimonónico, heredero del definido en el Decreto de Graciano y en las Decretales de Gregorio IX, con las implicaciones civiles que tiene en cuanto a la dependencia económica definida en un régimen económico matrimonial que comunica las ganancias y a la perpetuidad de la institución en orden a las consecuencias que tiene en derecho público. Critica el sometimiento que el protestantismo impone a las mujeres basándose en el recato y la obediencia. Critica que, al ser el único medio legitimado para ejercer la maternidad, se supedita cual-

quier acción femenina a esa condición, sin otorgar el derecho a elegir con lo que conlleva de control del cuerpo; critica que, a través de la institución del matrimonio, se limite la mujer a una existencia doméstica, entregada a unos impuestos deberes de cuidado, que ni siquiera se computan a efectos de aportación económica al sistema productivo. Se reclama por lo tanto la igualdad jurídica con los varones.

En este sentido Lucy Stone (1818-1893), la mujer que logró introducir la 13.^a enmienda en la constitución de EE.UU. y por lo tanto que se aprobara el sufragio femenino, es pionera también en la reivindicación de derecho matrimonial al firmar un contrato de matrimonio en el que determinados bienes raíces sean de su titularidad individual exclusiva, exentos de la administración de su marido.

Si la Ilustración determina un marco teórico, un pensamiento y una tradición intelectual, la Internacional Socialista enmarca la reivindicación política, porque a partir de ella el sufragismo se convierte en un movimiento de masas, con una gran capacidad de movilización social. El feminismo, además de ser un movimiento intelectual, es un movimiento social que acuña conceptos y pensamientos críticos que han de desembocar en el cambio social.

Las reivindicaciones feministas, que se habían desarrollado muy cerca de las reivindicaciones de igualdad general en el seno del pensamiento socialista, pronto son criticadas por el marxismo, que consideró los problemas de las mujeres como secundarios, supeditados a la lucha de clases y acusando al feminismo de defender unos intereses claramente burgueses por lo que instaron a sus militantes a abandonar la lucha feminista y ejercer la lucha reivindicativa desde la militancia política de los recién fundados partidos políticos socialistas y comunistas.

El movimiento feminista, que se había mantenido unido en torno al derecho de sufragio, sufre una escisión entre el feminismo socialista y el liberal que considera que con la consecución de la igualdad jurídica en el seno de las democracias se ha conseguido el objetivo. La irrupción del marxismo en las instituciones, trata de no perder sus activistas en la lucha de clases, a través de las vindicaciones de la lucha de sexos, y termina circunscribiéndolo sobre todo a las burguesas: confluyen en los debates personas, profesionales, asociaciones y partidos políticos que participan de ambas inquietudes, porque la sociedad debe ser reformada como planteamiento ético, con el sufragismo como telón de fondo, circunstancia que no todos los agentes defienden con la misma vehemencia.

Y se escinde entre dos planteamientos distintos: los liberales y los radicales socialistas, que toman mayor presencia a partir de la I Guerra Mundial: Alejandra Kollontai (1872-1952) analiza la correlación teórica entre prostitución y matrimonio: a través de la virtud y de la dependencia económica, circunscrita a un determinado modelo de producción (el capitalista) se profundiza en la segregación de las mujeres, y se las conmina a mantenerse en el sistema de protección patriarcal capitalista para evitar ser consideradas como prostitutas; lo mismo que Sylvia Pankhursts (1862-1960) quien considera que el matrimonio también es claro exponente de la doble moral sexual descrita desde Stuart Mill, Josephine Butler y Alejandra Kollontai.

Clara Zetkin (1857-1933) es quizás uno de los ejemplos más claros de la doble militancia que se inicia en este momento: reivindica la libertad sexual y abandera la reivindicación de independencia económica dentro del matrimonio que indudablemente se consigue a través del sufragio (logro conseguido por el feminismo liberal), pero al mismo tiempo reivindica la lucha de clases desde el socialismo marxista, integrando por lo tanto a las mujeres dentro de un movimiento social no estrictamente feminista.

En lo relativo a la regulación del matrimonio y sus efectos económicos, el marxismo no supuso un avance; por el contrario, volvió a someter a las mujeres proletarias a los varones, en pro de la lucha de clases en la que no vieron reforzadas sus reivindicaciones, sino dentro de la conciencia de clase. El feminismo, se constituye en una práctica política que va más allá que el socialismo, que consideró que los problemas de las mujeres eran secundarios, con respecto al problema principal de la alienación social que sufre el proletariado.

Todas estas teorías de la corriente liberal serán recogidas en España por Emilia Pardo Bazán y Carmen de Burgos, quienes reivindican la independencia económica femenina y su consecución a través de la educación de las mujeres; y en lo relativo a los derechos laborales, es de gran relevancia María Cambrils.

En este contexto histórico se consigue el sufragio femenino en gran parte de Europa (en España en 1931) y se modifica en gran medida el derecho de familia y el derecho civil matrimonial, con la consecución del divorcio y por lo tanto el reconocimiento de la individualidad femenina, la proscripción de la perpetuidad del matrimonio y la incorporación de la mujer a la vida política y laboral. En España Clara Campoamor, Margarita Nelken, María Lejárraga, entre otras muchas; son laicistas y librepensadoras, que se oponen al monopolio ideológico de

la Iglesia Católica y reivindican la educación laica de las mujeres que se consigue con Constitución de 1931, la coeducación, el matrimonio civil y la regulación del divorcio.

La II Guerra Mundial en Europa y EE.UU. y la Guerra Civil en España, paraliza el avance de la teoría feminista, hasta 1949 en que se publica *El segundo sexo*; el punto de inflexión de la teoría feminista, lo encontramos en Simon de Beauvoir (1908-1986). Desde el existencialismo filosófico, se pregunta qué somos las mujeres, por qué somos «las otras» y plantea la cuestión de género como un constructo cultural, aprendido: no se nace mujer, se llega a serlo; en el contexto del matrimonio según el pensamiento de Beauvoir el varón ejerce la trascendencia y la mujer la immanencia, a través de la limitación que opera su condición física, reproductora. Fue muy crítica con la institución del matrimonio, que se impone por costumbre, incluso el de carácter laico, revisando la historia de la institución desde tiempos primitivos, la proscripción del divorcio y la ordenación de la actividad sexual para garantizar la legitimidad de la prole y por ende de la herencia, todo ello sin olvidar la mistificación del amor que aleja a las mujeres de cualquier sospecha de prostitución, convirtiéndolo en un proyecto, sustentando su existencia.

Pero el matrimonio, según Simone de Beauvoir nunca será un proyecto para iguales, porque está calculado para sostener la desigualdad. El activismo ha decaído considerablemente: se produce un enorme retroceso en la reivindicación feminista, y en España incluso en el terreno jurídico: exiladas, represaliadas o fallecidas las feministas del periodo anterior, en lo relativo al matrimonio se retorna al modelo católico de sometimiento y subordinación en lo social y en lo jurídico con la abolición de la normativa republicana elaborada en beneficio de la igualdad de sexos.

En España, la censura franquista hace que las teorías de Beauvoir no tengan apenas resonancia hasta finales de los años 50; Gloria Nieve pone en valor la actividad feminista que se desarrolla en la clandestinidad, durante el franquismo. La regresión que analiza Beauvoir con respecto a la regulación del derecho matrimonial y de familia, son perfectamente identificables en el modelo de relación matrimonial implantado en la dictadura, que resultan, sin embargo, criticados por distintas autoras: María Laffite, condesa de Campo Alange, publica en 1948 *La secreta guerra de los sexos*, en la que alude al triunfo absoluto del varón dentro de la historia, y supone la reanudación del debate feminista anterior a la guerra. La escritora Carmen Conde se hace eco de esta reivin-

dicación; pero no sólo: en el plano jurídico Mercedes Formica abre batalla para la reforma del Código civil, que tendrá lugar en 1958. Ambas, desde ideologías diferentes, pero en cualquier caso nunca sospechosas de progresistas, despiertan a la conciencia feminista: conocen la publicación de Simone de Beauvoir, e incluso la reseñan.

Los planteamientos de Beauvoir significan, al igual que en su momento lo fue la Ilustración, un eje sobre el que pivotan las nuevas reivindicaciones feministas que se basan en la independencia jurídica y económica, a través del papel efectivo de las mujeres en la sociedad: no solo la igualdad jurídica, sino la real.

El pensamiento de Betty Friedan (1921-2006), vuelve de nuevo a desentrañar la desigualdad femenina en el entorno social: las mujeres de la posguerra se sienten mutiladas en el entorno social de repunte del patriarcado y de la reducción de la mujer al ámbito doméstico, e identifica el *problema que no tiene nombre*. Se pregunta por qué las mujeres que han conseguido un estatuto jurídico igualitario continúan sintiéndose marginadas en la sociedad.

En España, en la década de los 60, se produce un nuevo repunte de la actividad pro-femenina alejada de la versión católica: se funda el Seminario de Estudios Sociológicos de la Mujer y se plantea una encuesta respecto al papel de la mujer en la sociedad, que arroja un resultado del 50% aproximadamente favorable al trabajo femenino, desde la compatibilidad con la actividad doméstica. En 1961 se promulga la «ley de derechos políticos, profesionales y de trabajo de la mujer» que será conocida como «ley de igualdad» y cada vez son más numerosas las incursiones de autoras cuyas ideas tímidamente feministas se manifiestan en sus escritos: Lili Álvarez, que da a conocer el pensamiento feminista de Betty Friedan, que comenta también M^a Aurelia Capmany. A partir de 1964-1965 irrumpe en el panorama feminista Lidia Falcón: jurista y periodista publica *Los derechos civiles de la mujer* y *Los derechos laborales de la mujer* y se declara abiertamente feminista, en la década de los años 60.

El movimiento se ha reactivado, son numerosas las publicaciones que exponen la situación jurídica de la mujer en España y plantean reivindicaciones tanto desde la teoría (publicaciones y prensa) como desde la práctica, como la iniciativa de María Telo, que en contacto con la exiliada Clara Campoamor, en 1969 organiza en España el Consejo Anual de la Federación Internacional de Mujeres de Carreras Jurídicas, poniendo las bases para la creación de la Asociación Española de Mujeres Juristas, desde una conveniente concordia con un franquismo que se

pretende renovado en esta década; pero también se funda en la clandestinidad el Movimiento Democrático de Mujeres, que en 1967 remite al vicepresidente del Gobierno un escrito titulado «Por los derechos de la mujer española» exponiendo sus reivindicaciones.

En general, será a partir de los años 70 del siglo xx cuando haya un repunte del activismo, recuperando los textos de Beauvoir, cuando se generen unos nuevos planteamientos de lucha feminista. Pero la brecha entre el feminismo liberal y el radical se ha hecho mucho más profunda en la posguerra. Si bien el concepto de género, antropológicamente tratado por Gerda Lerner, ha abierto un debate interno en la teoría feminista, y se van sentando las bases del feminismo de la diferencia, frente al feminismo de la igualdad, acuñando un término nuevo el de *identidad femenina* (Irigaray).

Durante la década de los años 70 y primera mitad de los 80 del siglo xx el feminismo radical se impone y así activistas y filósofas como Kate Millet (1934-2017) o Shulamith Firestone (1945-2012) desarrollan un nuevo marco teórico en el que reivindican por un lado que el matrimonio basado en el amor romántico y la política sexual de subordinación de las mujeres articulan el sometimiento que supone ese instituto jurídico en el marco legal y abren el debate hacia nuevas vindicaciones: el derecho al aborto o la denuncia de la violencia sexual. En España, en los años 70, la actividad se hace mucho más intensa, hasta conseguir la abolición de la licencia marital y la regulación del divorcio en 1981; es el momento del fin de la dictadura franquista y el triunfo de las reivindicaciones feministas en torno al matrimonio civil, al divorcio y al aborto que durante la transición española se articula a partir de colectivos feministas, grupos vinculados a partidos políticos y al ambiente universitario.

SEGUNDA PARTE
ANÁLISIS JURÍDICO A PARTIR DE LA
CONSTITUCIÓN DE 1978

Capítulo 5

■ La regulación jurídica del matrimonio, el divorcio y el régimen económico matrimonial a partir de la Constitución de 1978

Existe un antes y un después de la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978 (CE) en lo relativo a la regulación del matrimonio y de las relaciones familiares. La Constitución supuso un cambio importante, pero no radical y desde luego no profundo en la ordenación del matrimonio y sus efectos.

Tampoco se hizo una revisión en profundidad de las implicaciones económico-patrimoniales de la figura jurídica del matrimonio, sino que se siguió dejando el ganancial como el régimen supletorio; es decir, por el que optan tácitamente los cónyuges que no manifiestan expresamente nada en contrario antes de contraer matrimonio, o lo modifican *a posteriori* mediante capitulaciones matrimoniales. Es decir, la aplicación de la ganancialidad es automática.

Sí se incorpora la posibilidad de quebrar el vínculo al programar el artículo 32 que la ley regulará «las causas de separación y disolución y sus efectos»; en ese sentido, vino a romper con el tradicionalismo imperante, aunque la redacción del artículo no fue demasiado clara. No es casual que la norma no utilice la palabra *divorcio*: la Iglesia que consideraba el divorcio como algo contra la naturaleza misma del matrimonio y había monopolizado la institución desde antiguo, recupera el control que había perdido durante la República, al imponer de nuevo el franquismo la institución católica. En plena Transición, la mención de la palabra podía malograr los acuerdos entre distintas fuerzas políticas y sociales, entre las que estaba precisamente el episcopado.

En cualquier caso, la redacción de la Constitución, su aprobación y las reformas legales que se derivan de su aplicación no fueron ni inme-

diatas ni fáciles, sino producto de un largo proceso de cambio, que, si bien se había iniciado en los últimos años de la dictadura, eclosionan durante la Transición y se materializan a lo largo de tres décadas, hasta llegar a la situación actual, que plantea una nueva problemática.

I. La transición española: 1975-1982

1. LOS CAMBIOS POLÍTICOS, SOCIALES Y CULTURALES, COMO CONTEXTO DE LA APROBACIÓN DE LA «LEY DEL DIVORCIO DE 1981»

1975 constituye un año de enorme importancia en el devenir político de España; la muerte del dictador da paso a un periodo de cambio que si bien había comenzado a pergeñarse con anterioridad, se visibiliza a partir de ese momento, se constata socialmente y se plasma en la renovación de la estructura política del Estado con hitos de carácter legislativo como la Ley de Reforma Política en 1976, última de las leyes fundamentales y piedra angular del modelo constitucional; y de carácter político, como la celebración de las primeras elecciones generales libres y pluripartidistas en 1977, o la formación de la Asamblea Constituyente, que dará sus frutos al aprobarse y sancionarse en 1978 la Constitución Española, aún vigente.

El cambio sociocultural está en marcha. Las mujeres consiguen transformar el modelo impuesto por uno nuevo, conquistado a través de sus reivindicaciones sociales, pero también, y, sobre todo, legales: «las condiciones legales de las españolas hasta 1975, asegura Valcárcel, explican por qué había tantas abogadas en el feminismo de los primeros años» (Varela, 2005, p. 130)¹.

2. EL ACTIVISMO POLÍTICO DEL MOVIMIENTO FEMINISTA

1975 fue el Año Internacional de la Mujer, declarado por la ONU; por lo que el régimen franquista se dispuso a organizar una serie de actos oficiales apoyados en la actividad de la Sección Femenina. El 2 de febrero de 1975 tuvo lugar en el Palacio de Congresos de Madrid la jornada de inauguración de estos actos, presididos por la esposa del

¹ VARELA, N. (2005), *Feminismo para principiantes*. Ediciones B.

dictador y la entonces Princesa de España, Sofía de Grecia², con el fin de organizar la aportación española a la Conferencia Mundial de carácter gubernamental prevista para los días comprendidos entre el 19 de junio y el 2 de julio en Ciudad de México.

Sin embargo, los grupos feministas alternativos que operaban en la clandestinidad, iniciaron una serie de reuniones y contactos ya desde mediados del año anterior con el fin de elaborar un programa común feminista y democrático para el Congreso Mundial de Mujeres (también en el marco de actividades organizadas por Naciones Unidas) dirigido a organizaciones no gubernamentales, que se celebró en Berlín Oriental del 20 al 24 de octubre, coordinado por la Federación Democrática Internacional de Mujeres.

Será éste el foro que el revivido feminismo español utilice con dos fines principales: reivindicarse frente al modelo oficial de mujer que se había elaborado durante la dictadura y materializado en la imagen que se proyecta en el acto del Palacio de Congresos; y exigir el cambio estructural del Estado heteropatriarcal que continuaba legislando de forma opresiva menoscabando el desarrollo vital de las mujeres en España, aun a pesar de reformas importantes, como la abolición de la licencia marital.

El movimiento feminista en España comienza a tomar forma a partir de asociaciones femeninas de diversa índole: colectivos profesionales, asociaciones vecinales y de amas de casa, asociaciones universitarias, como la Asociación Universitaria para el Estudio de los Problemas de la Mujer (AUPEPM) o la Asociación Democrática de la Mujer, entre otras muchas; pero también a través de pequeños grupos o *lobbies* en los que mujeres con un alto nivel de formación y generalmente pertenecientes a estratos sociales y económicos bien posicionados se reunían para debatir acerca de la problemática que detectaban y cuyo principal objetivo consistía en visibilizar la discriminación que sufrían y concienciar a la sociedad de la imperiosidad del cambio.

Estos grupos y asociaciones se integran en la Plataforma de Organizaciones Feministas que jugó un importante papel con sus aportaciones en la redacción de la ley del divorcio, después de un largo camino de lucha feminista que se materializó en acciones concretas a la vuelta del Congreso de Berlín, como la celebración en diciembre de 1975 de

² Portada de periódico e imagen (20 de febrero de 1975), Inauguración del año internacional de la mujer. ABC <https://journals.openedition.org/histcrit/docannexe/imagen/1104/img-1.jpg>

las I Jornadas por la Liberación de la Mujer (Madrid, Colegio Montpellier) o las *Jornades Catalanes de la Dona* en marzo de 1976 que supusieron un foro de debate para el feminismo; pero también se organizaron acciones de lucha a pie de calle, como la primera manifestación post-franquista el 15 de enero de 1976 con el lema «*Mujer: lucha por tu liberación*» o la primera manifestación reivindicativa del 8M que tuvo lugar en 1977.

El movimiento feminista español contribuyó a crear una nueva cultura en la sociedad española, consciente de la necesidad de transformar el modelo familiar sexista imperante durante la dictadura a todas luces alienante para el desarrollo personal de las mujeres; y la única forma de hacerlo era tener presencia, irrumpir en las negociaciones políticas de la Transición con reivindicaciones propias: la denuncia pública de las situaciones de discriminación que sufrían, la conquista del espacio público liderando el cambio. Para ello fue fundamental su comparecencia en los medios de comunicación: prensa, radio y televisión se convierten en el espacio perfecto para hacerse oír, haciendo pedagogía acerca de los puntos que consideraban imprescindibles para ello: la legalización del divorcio y del aborto, la reivindicación de la libertad sexual y reproductiva, la igualdad de derechos sociales y políticos, la despenalización del adulterio femenino. Pero esta presencia también deparó al movimiento antipatías y escarnios, incluso entre las propias mujeres, que, tras un letargo de más de 40 años, no estaban preparadas para abordar la transformación social. Las feministas de la transición definieron una postura anticlerical y anticonservadora, pues sus reivindicaciones chocaban frontalmente con los valores establecidos: la maternidad y la familia tal y como se consideraban en ese momento, el rol de cuidadora, la mujer doméstica.

Esta postura, acercó las reivindicaciones feministas a los partidos más progresistas como el PSOE o el Partido Comunista, dando lugar al largo debate sobre la doble militancia, pues la disciplina de partido obligó en muchas ocasiones al sacrificio de la reivindicación feminista en algunos puntos y a hacer concesiones en pro del consenso que permitió la consolidación del modelo constitucional.

Esta circunstancia determinó la necesidad de elaborar una base teórica sólida, académica, que abordaron entre otras la Asociación Española de Mujeres Universitarias, el Seminario de Estudios Sociológicos de la Mujer o la Asociación de Mujeres Juristas y en la misma línea aunque años más tarde, la fundación en 1987 del Seminario *Feminismo e Ilustración* por la Profesora Celia Amorós, impartido en la Facultad

de Filosofía y Letras de la Universidad Complutense de Madrid hasta 1994, impulsora también de la creación del Instituto Complutense de Investigaciones Feministas que continua siendo hoy en día el paradigma de la elaboración de la teoría feminista en España. Otras asociaciones, se decantaron por la acción política y la presencia en las Instituciones, como el Movimiento Democrático de Mujeres, la Asociación de Mujeres Separadas y Divorciadas o el Frente de Liberación de la Mujer.

La diversidad en los planteamientos, fue utilizada por los detractores del movimiento para apuntalar sus argumentos acerca de la inconsistencia del feminismo; pero las mujeres estaban ya presentes en las Instituciones: en las elecciones de 1977 accedieron al Congreso 21 diputadas de distintas formaciones políticas, y no solo representando a partidos de izquierda que históricamente habían integrado las reivindicaciones feministas de forma más clara; durante la elaboración de la Constitución las diputadas asumieron la defensa de las propuestas que la Plataforma de Organizaciones Feministas hizo llegar al presidente de las Cortes, planteando propuestas que afectaban directamente a la vida de las mujeres. Su presencia en las Instituciones ha sido una constante desde ese momento hasta la actualidad, aumentando progresivamente, imponiendo las cuotas representativas en partidos políticos, la administración e incluso en la esfera privada, aunque aún queda mucho por hacer.

Siguiendo la interpretación de Nuria Varela (2005, p. 130), la agenda feminista de los años 70 parte de «una gran desmemoria. No existía pasado. El franquismo lo había destruido.» Pero vislumbraba un futuro, que tuvo que concentrar en tres exigencias, de las que indirectamente partirían el resto de las transformaciones: la despenalización de los anticonceptivos, la aprobación de una ley de divorcio y la legalización del aborto.

La conquista del primero de los derechos supuso un cambio fundamental: no solo el ejercicio de la libertad sexual, sino el control de la función reproductiva, o lo que es lo mismo la liquidación del modelo único mujer-madre que posponía hasta el impedimento el desarrollo intelectual de las mujeres y por ende el ejercicio de actividades laborales fuera del hogar. Al hilo de este derecho se despenalizaron otras situaciones que eran no solo discriminatorias sino contrarias a la dignidad de la mujer como ser humano: el adulterio femenino penado hasta con 6 años de cárcel, el amancebamiento, o la modificación de la edad de la mujer para ser sujeto pasivo de los extintos delitos de raptó y estupro.

La legalización del divorcio supuso un intenso debate: desde el principio fue uno de los derechos irrenunciables de las mujeres. Ya se

percibió como inherente al feminismo en los albores del sufragismo, y se manifestó por gran parte de la intelectualidad de principios del siglo xx, como en la obra *El divorcio en España* de Carmen de Burgos, según ha quedado expuesto. Suponía la superación de un modelo de matrimonio en el que el sometimiento legal y económico impedía la toma de cualquier decisión sobre sí misma o sobre su prole; suponía la reivindicación como persona, la aceptación de responsabilidad patrimonial y económica sobre sus bienes y su economía; suponía dejar de estar supe-ditada legalmente a otro ser humano, a perpetuidad. Suponía en definitiva la revisión en profundidad del derecho de familia. La regulación del aborto, por su parte, fue más controvertida y tardía, y se vio sometida a un recurso de inconstitucionalidad que impidió su entrada en vigor (en una primera redacción legislativa que luego se ha modificado) hasta 1985.

Con todo, la aprobación del artículo 14 de la Constitución, supuso no obstante un horizonte nuevo para las demandas feministas: la prohibición legal, formal, de discriminación por razón de sexo, trajo consigo la necesidad de legislar en igualdad, aplicando el principio a la interpretación jurisprudencial de las normas ya elaboradas y aún vigentes y enmarcando la nueva legislación.

Las circunstancias vitales de las mujeres habían cambiado sustancialmente: la aprobación de la «Ley 14/1970, de 4 de agosto, General de Educación», recogía entre sus premisas la coeducación y la obligatoriedad hasta los 14 años para ambos sexos, así como la regulación de la Formación Profesional; la mejora económica y cultural de la clase media permitió enviar a hijas e hijos a la universidad por lo que el nivel de formación de las mujeres creció considerablemente, permitiéndoles acceder al mercado de trabajo, al ser posible además el control de la natalidad.

En las *Jornades catalanas de la Dona*, se reivindicó el fin de la legislación laboral protectora de la mujer por considerarla discriminatoria y marginalizante, lo que se materializó en la «Ley de Relaciones Laborales de 1976» que en su artículo 10 reitera el principio de igualdad de trato entre mujer y varón eliminando la necesidad de autorización marital para la contratación, sin paliativos. El impulso se verá reforzado en los años siguientes con la aprobación del «Estatuto de los Trabajadores», eliminando la prohibición de dedicarse a profesiones tradicionalmente reservadas a los varones, como la incorporación a las fuerzas armadas, a las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado, a la minería o a la industria pesada, entre otras muchas. Aparte de las situaciones de especial protección como el embarazo y la lactancia, se acomete una

importante lucha para conseguir la igualdad laboral, aunque a día de hoy aún podemos hablar de desigualdad en el desarrollo de la carrera profesional y de la profunda brecha salarial entre mujeres y hombres.

II. La Constitución de 1978, en lo relativo al matrimonio y a la familia: especial consideración de los artículos 32 y 39

La aprobación del texto constitucional supone el posicionamiento político de España entre los países de su entorno; esta afirmación se puede inferir del análisis del artículo 1.1 que establece: «España se constituye en un estado social y democrático de derecho», rompiendo con el modelo anterior, pues el acto mismo de aprobación de la norma es constitutivo del nuevo Estado, *social y democrático* y sometido a las normas legales, es decir *de derecho*. La propia estructura de la Constitución con su Título I dedicado exclusivamente a los derechos fundamentales constituye en sí misma una declaración de intenciones acerca de sus objetivos: el reconocimiento y protección de los derechos inherentes a la persona, en la línea marcada por la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Europea de Derechos Humanos, que se invocan en el artículo 10 como el marco interpretativo de los recogidos en el texto.

La organización estructural de estos derechos fundamentales, en particular los agrupados en el Capítulo 2º, en el marco del texto constitucional conforma un sistema que interrelaciona todos los derechos y libertades reconocidos: derecho a la igualdad, a la vida (es decir la proscripción de la pena de muerte), libertad ideológica y religiosa, a la seguridad, al honor, a la intimidad, al establecimiento del domicilio, a la propia imagen, a la libre circulación, a la participación política, a la libertad de expresión en todas sus formas. En todo este elenco, es de vital importancia el artículo 24 que regula el derecho a la tutela judicial efectiva, es decir el derecho a plantear litigios y a ver resarcidas las demandas postuladas en el marco de la ley porque «la ausencia de un sistema de garantías mínimo supone que los derechos fundamentales no pasen de ser una idea más o menos romántica» (Esteba, López, 1980, p. 208)³.

Pero de entre todos ellos, el más relevante y por ende el que condiciona el ejercicio de todos los demás es el artículo 14, que establece la

³ ESTEBA, J. de, y LÓPEZ GUERRA, L. (1980-1984), *El régimen constitucional español*, Vol. I. Labor.

igualdad formal de todas las personas: «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.» Más allá de la ausencia absoluta del necesario lenguaje inclusivo, exigible hoy día, la interpretación de la norma es extensiva a las diversas formas de existencia que determine la voluntad de cada persona.

No obstante, para el presente estudio, es vital la manifestación que el artículo recoge en función del sexo, porque supone la erradicación de cualquier forma de discriminación hacia las mujeres, y por lo tanto la modificación de toda la legislación discriminatoria que había sido una constante a lo largo de la historia y también, durante el periodo inmediatamente anterior: la igualdad formal que predica el artículo 14 impide el tratamiento diverso de las niñas y los niños en los planes de estudio, en las condiciones de acceso al trabajo, en el ejercicio de los derechos políticos, en el acceso al matrimonio y en los efectos derivados de éste, es decir consigue «la configuración de un nuevo sistema matrimonial basado en la plena igualdad jurídica de ambos contrayentes y en el absoluto respeto de su libertad religiosa, ideológica y de culto» (Liñán, 2016, p. 366)⁴.

Muchas han sido las reformas y los avances al amparo del texto constitucional en lo relativo al derecho de familia con el fin de adecuar la legislación a la realidad social; pero como en otros muchos ámbitos, no se está agotando la interpretación de la norma: al aplicar el criterio de igualdad que se regula en el artículo 14, en puridad, se está aplicando la versión formal del concepto jurídico de igualdad, pero no el material, que también recoge la constitución en su artículo 9.2:

«Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social» en concordancia con el artículo 53.1 CE, que dice: «Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título (I) vinculan a todos los poderes públicos. Solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a)».

es decir, al amparo de la interpretación del Tribunal Constitucional.

⁴ LIÑÁN GARCÍA, A. (2016), «La evolución del estatuto jurídico de las mujeres en España en materia de familia, matrimonio y relaciones paternofiliales», *Revista Arenal* 23:2 julio-diciembre 2016 (349-374).

La aplicación equitativa del concepto de igualdad requiere de una interpretación más amplia de la Constitución, de forma que los «poderes públicos promuevan las condiciones para que la igualdad de los individuos sea real y efectiva»⁵. También en derecho de familia, es decir también entre esposas y esposos.

A pesar de todo, aún hay que hablar de desigualdad en el derecho matrimonial; una desigualdad que tiene lugar no en el reconocimiento del derecho; no en la igualdad jurídica formal entre mujeres y hombres; no en la regulación del divorcio; hay que hablar de desigualdad económica y patrimonial real sobre todo en matrimonios heterosexuales en los que aún hay un importante sustrato de la desigualdad jurídica que informó los matrimonios decimonónicos a los que antes hacíamos referencia y que pervive aún. Actualmente, la lucha por la igualdad real está promovida incluso desde el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, pero *de facto* resulta insuficiente.

El papel que juega el texto constitucional no obstante es definitivo en lo relativo al matrimonio: el artículo 32.1 establece que «El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.» Por su parte, la regulación del artículo 32.2 al establecer que «La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos» abre la puerta de la reforma: es la «Ley 30/1981, de 7 de julio» que pasó a modificar nuestro CC regulando el divorcio, y las modificaciones posteriores que ha ido experimentando, iniciando tímidamente el camino para que unos años más tarde se regule el matrimonio entre personas del mismo sexo convirtiéndose España en el tercer país en reconocer este derecho después de Países Bajos y Bélgica.

El artículo 39, por su parte, regula la protección a la familia:

1. «Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.
2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.
3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

⁵ LINACERO DE LA FUENTE, M. (2018), *Derecho Civil I. Introducción al Derecho Civil, Derecho de la Persona, Derecho Subjetivo y Negocio Jurídico*. Tirant lo Blanch.

4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.»

La separación de ambos conceptos no es gratuita ni casual, sino que de ella ha de derivar un nuevo concepto de matrimonio y un nuevo concepto de familia: el matrimonio, no es la única forma de constituir una familia, que goza de protección constitucional propia aunque se liquide el matrimonio que la originó e incluso si éste nunca existió, apartándose no solo de la regulación tradicional del Código Civil recuperada durante la dictadura, sino también de la regulación que hacía el artículo 43 de la Constitución republicana de 1931 que sí vinculaba ambas instituciones; el artículo 32 de la Constitución de 1978 regula el derecho a contraer matrimonio y el 39 la protección de la familia, como situaciones jurídicas diferenciadas, que pueden o no estar vinculadas, no sin la crítica de la doctrina civilista del momento que, como García Cantero, consideran que esta separación es reflejo de «una visible desvalorización en la escala de valores constitucionalmente protegidos» (García Cantero, 1983, p. 193)⁶.

Una de las primeras consecuencias visibles, es la desvinculación entre matrimonio y procreación: este concepto que a lo largo de la historia había venido siendo uno de los principales elementos del matrimonio (junto a la publicidad del vínculo y al contenido patrimonial), pasa por lo tanto a segundo término y finiquita el concepto canónico de matrimonio; pero no sólo: finiquita la función reproductiva como una de las principales (si no la principal) de la mujer dentro de la relación conyugal, en torno a la cual había girado toda la teoría de la entrega, la dependencia y el sometimiento.

El matrimonio que regula nuestra Constitución en 1978 está mediatizado por la regulación civil previa, la contenida en el Código y la asumida socialmente. Según la interpretación de Yolanda Gómez y Antonio Torres del Moral en su monografía de 1990, el matrimonio que vislumbran las Cortes constituyentes tiene las siguientes características⁷:

⁶ GARCÍA CANTERO, G. (1983), «Familia y Constitución», *Desarrollo de la Constitución española de 1978*. RAMÍREZ JIMÉNEZ, M. (ed.). Pórtico (191-214).

⁷ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.; TORRES DEL MORAL, A. (1990), *Familia y matrimonio en la Constitución española de 1978*. Editorial Congreso de los Diputados, Colección Monografías.

- Es heterosexual, pues, aunque socialmente no son extrañas las relaciones entre personas del mismo sexo, parece que la regulación del Código Civil en sus artículos 44, 66 y 67 (en su regulación vigente en ese momento) hablan del hombre (o marido) y la mujer. La vinculación sexual recogida en el código en favor de la reproducción estaba aún vigente en el Código y parte de la doctrina avalaba este concepto: así Entrena Klett (1984, p. 385), se refiere como uno de los requisitos de perdurabilidad del vínculo, a la unión carnal, derivada de la obligación de vivir juntos, lo que implicaría la relación marital; sin embargo, otros autores, no consideran que se pueda imponer una determinada conducta sexual a los cónyuges de la interpretación del artículo 68, entendida dentro de una forma más amplia de reconocimiento de la libertad individual.
- Pero la heterosexualidad exigida, también estaría encaminada a la distinción de los diferentes roles sociales atribuidos a cada uno de los cónyuges: esposa, tareas domésticas; esposo, sustentador económico. La atribución de la prole al varón, como receptora del patrimonio generado por línea patrilineal era otro de los objetivos que históricamente, perseguía la heterosexualidad y que la CE no termina de desterrar.
- El acuerdo de voluntades, o lo que es lo mismo el consentimiento válido, que se mantiene como una constante en todo tiempo, pues no hay matrimonio sin consentimiento, elemento fundamental para contratar.
- Es un matrimonio monógamo; de nuevo esta característica no aparece recogida en la regulación constitucional, pero sí en la civil. No obstante, el contexto social en el que se redacta la norma obedece a este principio: de nuevo por una razón de seguridad jurídica del varón con respecto a la prole a la que sustenta y en la que deposita su patrimonio y también por razones de orden público en una estructura social occidental.

En cuanto al contenido, de nuevo nos lleva al debate tradicional: el amor entre los cónyuges no es un elemento determinante del matrimonio, toda vez que puede haber relaciones amorosas al margen de él. Por lo tanto, es el contenido económico el que determina la existencia de un matrimonio, porque constituye un requisito irrenunciable al contraerlo: por eso siempre se regula un régimen económico matrimonial.

Según Ana Fernández-Coronado⁸ lo que se dirime en esta redacción final del artículo 32.2 de la CE es la histórica dicotomía entre matrimonio civil y religioso en el seno del ordenamiento jurídico estatal; fueron muchas las voces que se alzaron en defensa de los derechos fundamentales, alegando que el de libertad de culto se vulneraba al no reconocer al matrimonio canónico en toda su extensión; sin embargo precisamente en aras de la libertad de culto, se ha de acoger en el seno del ordenamiento jurídico el derecho a contraer matrimonio fuera de las normas religiosas, que quedan en el ámbito de la intimidad individual de cada persona.

La forma de contraer también fue objeto de debate. Al amparo de la libertad individual a la hora de elegir una forma concreta, se reconoce un verdadero matrimonio civil, no sin la crítica de parte de la doctrina. Los diputados López Rodó y Carro Martínez, ambos del partido conservador Alianza Popular, defendían enmiendas al Anteproyecto constitucional en el que se suprimiera el reconocimiento constitucional a la diversidad formal del matrimonio, posponiendo así el debate sobre el matrimonio civil o no a un momento legislativo posterior, y privando por lo tanto a la figura de la cobertura constitucional de la que hoy goza.

El reconocimiento del matrimonio civil como primera opción, y del matrimonio religioso (de cualquier confesión) con plenos efectos civiles, fue una realidad constitucional que modificó en este sentido también la regulación del Código Civil que en su artículo 49, establece que «Cualquier español podrá contraer matrimonio dentro o fuera de España: 1.º En la forma regulada en este Código. 2.º En la forma religiosa legalmente prevista».

Precisamente por eso, la Constitución menciona las distintas «formas de matrimonio»: llegó a plantearse incluso la tradicional dualidad de la naturaleza del matrimonio (contrato/sacramento) y la posibilidad de que el Estado asumiera como igualmente válido civilmente el matrimonio contraído en forma canónica, lo que hubiera resultado contradictorio en un estado aconfesional y pluralista, dando un valor extraordinario a lo religioso, lo cual no resulta acorde a derecho según la doctrina recogida en el Auto del Tribunal Constitucional de 31 de octubre de 1981, que incide en la separación entre la Iglesia y el Estado.

⁸ FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, A. (2006), «La evolución jurídica del sistema matrimonial», *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, núm. 3 (93-112).

Gran parte de la doctrina tradicionalista⁹, abanderando el «Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos» ratificado en Roma en 1979 (en adelante, AAJ) se aferraba a esta posibilidad alegando que se vulneraba este acuerdo e intentando asimilar el concepto *formas* al de *clases*: en el periodo político anterior ambos vocablos podían utilizarse de manera indistinta porque solo había una clase matrimonio, el católico, pero con el nuevo ordenamiento jurídico constitucional es preceptivo distinguirlos: la *clase* hace referencia al tipo, pero la *forma* hace referencia la modo¹⁰ en que se contrae. La *clase* solo puede ser la civil, porque el derecho de igualdad (art. 14) es el marco interpretativo del resto de los derechos fundamentales recogidos en el Capítulo 2º del Título I de la CE, entre otros la libertad religiosa, aunque se contraiga bajo distintas *formas*, o ritos que pueden ser las que determinen las distintas confesiones religiosas.

Durante el proceso constituyente se diferenciaron dos posturas claramente contrarias, lo que determinará los subsiguientes debates que se llevaron a cabo para las reformas posteriores: los que defendían la vinculación tradicional matrimonio-familia, y por lo tanto se mostraban contrarios a la disolución voluntaria del vínculo, y los que defendían la introducción de otras formas de familia no basadas en el matrimonio, es decir la desvinculación de ambos conceptos, lo que generaba una relación directa con la contemplación del divorcio como consecuencia, que daría paso a otros tipos de familia.

El posicionamiento inequívoco de la Constitución en favor de un matrimonio civil, aunque no se mencione expresamente, probablemente por razones de consenso, tiene como consecuencia la posibilidad de disolución por otras causas que no sean el fallecimiento de uno de los cónyuges, entroncando con la regulación de 1932 y superando la indisolubilidad matrimonial recuperada en el «Fuero de los Españoles» en 1945 vigente hasta 1978. Los diputados conservadores clamaban por evitar que se hiciera un reconocimiento constitucional implícito, mientras que los partidos progresistas presentaban enmiendas que encaminaban la posterior acción legislativa tendente a regular el divorcio.

⁹ MARTÍNEZ-LÓPEZ MUÑOZ, J. L. (1984), «Posible inconstitucionalidad parcial de la ley española de divorcio de 1981», *Persona y Derecho: Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y Derechos Humanos*, núm. 11 (171-210).

¹⁰ NAVARRO VALLS, R. (1979), «Los efectos civiles del matrimonio canónico en el acuerdo sobre asuntos jurídicos de 1979 entre la santa sede y el estado español», *Ius Canonicum*, Vol. 19, núm. 37 (107-154).

Así, el Grupo parlamentario comunista propuso la siguiente enmienda: «Podrá disolverse [el matrimonio] por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges, con alegación en este caso de justa causa»; y el socialista «El matrimonio puede disolverse por mutuo disenso y a petición de cualquiera de los cónyuges, si concurre justa causa en la forma que se establezca por ley de divorcio». El Senado fue también escenario del mismo debate, de forma que el Grupo de Progresistas y Socialistas Independientes, el senador independiente Camilo José Cela, la Agrupación Independiente, el Grupo Mixto, y la senadora Begoña Landaburu, entre otros, se mostraron favorables a la redacción del texto que recogía la posibilidad de disolución, mientras que otros senadores del Grupo Mixto en voto particular, alegaban su inconveniencia por los problemas de conciencia que generaba en parte de la sociedad española de aquella época.

En este orden de cosas, podemos concluir siguiendo a Yolanda Gómez *et al.* (1990), que la regulación constitucional del matrimonio viene a reconocerlo como un derecho individual a contraerlo, como una determinada forma de contrato, sin tutela de las relaciones personales que se deriven del mismo que genera un grupo en sí mismo constitucionalmente protegido porque el instituto engendra derechos y obligaciones para los contrayentes y para la institución misma, desvinculado de la reproducción, que originaría otra institución diferente, como es la familia. Hay, además una clara necesidad jurídica de reconocer legalmente la figura, su delimitación en la realidad, incluso por oposición a otras relaciones permitidas y respetables pero que no son un matrimonio y por lo tanto escapan a sus efectos y condiciones.

Por otro lado, la CE asume la realidad familiar en el artículo 39; pero la desvincula del matrimonio y la regula de una forma lo suficientemente amplia como para que tengan cabida en ella distintos modelos de familia: por un lado supone un paso hacia adelante con respecto a la regulación del divorcio que sin duda ya estaba en el ánimo del legislador, y por otro la conecta con la función económica que la define, al incorporarla al Capítulo III del Título I, «De los principios rectores de la política social y económica».

La unidad familiar es un grupo caracterizado por la existencia de uno o más sujetos sustentadores y uno o más sujetos dependientes, que pueden ser descendientes, pero también ascendientes o parientes de grados más alejados: la premisa es que este grupo, heterogéneo, desarrolle una comunidad de vida, y en definitiva sea una unidad de consumo. La legislación tributaria vendrá en pocos años a definir a la familia en este

sentido, marcando claramente su función en la economía, y por ende su naturaleza pública, además de la privada a la que se viene analizando.

Algunos autores consideraron que la ausencia de definición afianzaba la idea tradicional de familia (Espín, 1984, p. 21)¹¹; pero nada más lejos de la realidad. La diversidad en los tipos de familia, en muchos casos ya existentes previa la aprobación de la CE pero sin cobertura legal, se hace patente: madres y padres separados o divorciados que conviven con sus hijos e hijas; parejas de hecho o matrimonios en sucesivas nupcias que, procedentes de relaciones anteriores, aportan hijos e hijas no comunes y/o suman descendencia común (familias reconstituidas); hijos e hijas de relaciones anteriores no conyugales (recordemos que la constitución iguala todo tipo de filiación) que han de convivir al menos temporalmente con la *nueva* familia de alguno de sus progenitores; parejas de hecho heterosexuales o no, que tienen descendencia por adopción. Por nombrar solo algunos ejemplos, porque la diversidad familiar es tan amplia como la voluntad individual a la hora de establecer relaciones de pareja.

La CE protege *todos* los tipos de familia, porque ésta constituye un instituto jurídico en sí misma, más allá del concepto de institución natural que se le arrogó sobre todo a partir del Código Civil de 1889. Siguiendo a Yolanda Gómez, la familia tiene unos elementos fijos: la consistencia del grupo; la extensión por parentesco que generalmente se ha visto modificada por las circunstancias de la producción; y la relación de jerarquía que también ha ido variando desde el *caput familiae* en la figura del varón que controla y organiza todo el funcionamiento del grupo, a la jerarquización que viene dada por la relación de dependencia económica entre sujetos sustentadores y sujetos dependientes.

Existen no obstante, otros elementos variables como la asignación de representación política (patente por ejemplo en las Cortes franquistas), las funciones de actividad social (la reproducción sexual ordenada y la función económica), la función socializadora, la educadora, la de cuidados; estas funciones se han ido sustituyendo paulatinamente por la función estatal que las ha ido asumiendo, en virtud de la aplicación de la condición social del Estado (art. 1.1 CE) y del derecho fundamental de participación.

Además, ha irrumpido en la constitución de la familia la voluntariedad de sus miembros: el parentesco, no genera por sí mismo *familia*, la

¹¹ ESPÍN CÁNOVAS, D. (1984), «Protección a la familia», *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, Tomo IV. Edersa.

pertenencia a un grupo familiar determinado tiene un doble carácter: legal o formal, por un lado, que crea un estado de parentesco, pero no tiene por qué ejercerse; y por otro lado de carácter material que viene dado precisamente por esa vocación de permanencia en el grupo en función de la autonomía de la voluntad, aunque no exista parentesco legal, formal.

Con todo ello, la CE supera el concepto tradicional de familia, y abre la puerta a muchos modelos distintos que están protegidos por la norma suprema al obligar a los poderes públicos a velar por su bienestar y a regular la problemática que se derive de ello; es, además, un modelo dinámico: Yolanda Gómez, en el contexto histórico en que se manifiesta (1990), consideraba que no podía considerarse familia la constituida por una pareja homosexual con prole, ya sea esta adoptiva o natural de uno de los progenitores. Hoy en día, no solo está reconocido y protegido, como no podía ser de otra forma, este modelo familiar; sino que como apunta María Linacero (2022), hay que revisar el concepto y dar cabida a realidades cada vez más presentes como familias con personas dependientes, víctimas de violencia, reconstituidas, y un largo etcétera.

Pero lo cierto es que la preocupación de los constituyentes, ajenos a esta evolución en un momento histórico en el que no podía vislumbrarse, radicaba sobre todo en la problemática que iba a suscitar la aprobación del divorcio como fin de la familia tradicional, y trató en todo caso de prevenir los problemas inmediatos que iba a generar. La historia ha demostrado que esa previsión ha resultado escasa e inoperante, porque la atención de la prole existente al momento de disolverse el matrimonio era de una cortedad manifiesta, dada la posibilidad de seguir creando grupos familiares con necesidades similares que coexisten bajo una misma dependencia económica. De nuevo el problema económico está presente; de nuevo, estas relaciones familiares novedosas van a chocar frontalmente con el régimen económico matrimonial imperante.

III. La modificación del Código Civil: la ley de divorcio de 1981

El divorcio tal y como se recoge en la ley de 1981 es el final de un largo camino y el punto de partida de otro; marca el final del monopolio católico sobre el matrimonio en España, de ese matrimonio de mujer

agradecida, *ángel del hogar*, que no tiene que preocuparse de cuestiones económicas mayores (para las que simplemente no estaba preparada), de ese matrimonio de mujer sometida, en algunos casos a la violencia doméstica silenciada; y el inicio de un largo camino reivindicativo en el que las mujeres exigen el ejercicio de la totalidad de los derechos relativos al matrimonio: la igualdad real y efectiva a la hora de contraer, la igualdad de trato, la igualdad y la individualidad en lo relativo al patrimonio. Porque a través de la idea de la superioridad masculina en las relaciones conyugales, apoyada en gran medida en la doctrina católica, dentro de la institución del matrimonio se operó a lo largo de la historia impunemente sobre el patrimonio propio de las mujeres; pero la propiedad privada es el derecho que determina la ciudadanía desde el Derecho Romano y esa misma impronta la recoge el Derecho constitucional europeo; la legislación tradicional menoscabó el derecho de las mujeres no sólo a administrar sus bienes, sino a reivindicarse como ciudadanas: tal y como manifestaba Ana M.^a Pérez del Campo en una entrevista realizada por la Unidad de Igualdad de la UCM¹² con motivo de la celebración de los 40 años de la ley, «el divorcio es fundamental para las mujeres porque es la prueba más clara de que le corresponde la autoridad en las decisiones de su vida y de su familia» (Pérez del Campo, 2021, 0:31).

1. LA POSTURA DE LA IGLESIA ANTE EL CAMBIO. LOS ACTORES DE LAS LEYES EN EL CONGRESO. EL TRATAMIENTO DEL DIVORCIO EN LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN DE LA ÉPOCA

Precisamente por ese motivo la aprobación del divorcio supuso una gran preocupación no sólo para la clase política, sino también para los actores sociales: la doctrina jurídica (no solo civilista, aunque fundamentalmente) la opinión pública, la Iglesia, los medios de comunicación, que se posicionan o eluden el posicionamiento (lo que ya es un posicionamiento en sí mismo), porque suponía finiquitar el rol de mujer sometida legalmente a la autoridad heteropatriarcal, dando paso a una situación socio-jurídica nueva: la mujer trabajadora, la mujer cabeza de familia, la mujer intelectual, la mujer política.

¹² REIG, M.; RODRÍGUEZ, M. (2021), *40 años de la Ley de Divorcio en España: el movimiento feminista* [Vídeo de YouTube]. Unidad de Igualdad de la UCM.

Martínez Vázquez de Castro¹³ hace una clasificación evolutiva del divorcio que se corresponde con el desarrollo de la propia realidad social en España, que resulta muy representativa: divorcio-sanción por causas subjetivas, basado en la culpa; divorcio —remedio por causas objetivas, que se define en la temporalidad del cese de la convivencia y en la incompatibilidad entre los cónyuges; divorcio— acuerdo, que alienta la voluntad de las partes, sin causa y por tanto sin culpa; divorcio libre, sin alegación de causa en función de la autonomía de la voluntad individual exclusivamente; y liberalización absoluta, cuando ni siquiera es necesaria la intervención del Estado.

Por todas estas fases ha pasado la regulación del divorcio en España; pero en un primer momento solamente se podían asumir la primera y la segunda de las formas: la que se basa en la culpabilidad y por lo tanto define un divorcio causado; la segunda forma, apoyada en el trascurso de unos plazos de separación que también resultaban causados y una suerte de divorcio de mutuo acuerdo que no aparece adscrito a ninguna causa en concreto pero que *de facto* no era incausado; este último tipo fue un auténtico punto de fricción en la sociedad y en las Cortes, por cuanto dejaba en manos de los cónyuges la decisión, aunque sometida a los mismo plazos mínimos de convivencia y separación conyugal previas, y supuso el posicionamiento en contra por parte de la Iglesia.

Tal y cómo había quedado aprobado en el texto constitucional y el tono en el que se desarrollaron los debates parlamentarios de la Asamblea constituyente, el legislador era deudor de una regulación del divorcio; las leyes que iban a reformar el CC en lo relativo al matrimonio, no se hicieron esperar y en un periodo de dos años y medio se promulgaron sendas leyes de reforma del Código: la «Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio»; y la «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».

Con respecto a la primera de ellas, resultan muy representativas dos cuestiones: la primera es que de forma casi extemporánea, por la diversidad de los aspectos que regula, y desde luego de forma muy poco visible, en ese cuerpo legal se procedió a la reforma de los artículos

¹³ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. (2008), *El concepto de Matrimonio en el Código Civil*. Civitas.

relativos al régimen económico matrimonial; algo que casi pasó desapercibido para la opinión pública: no resultó un tema, no ya de vital importancia, sino que aún a día de hoy muchas personas no son conscientes de que se operó un cambio mínimo; la segunda es que se reformó lo relativo a la filiación, previamente al divorcio, con muy buen criterio técnico para evitar lagunas en el estatus jurídico en que iba a quedar la descendencia de progenitores divorciados.

El divorcio como concepto, fagocitó el resto de las modificaciones en derecho de familia, acaparó la atención de la opinión pública y de los actores sociales, aunque cronológicamente se reguló en segundo lugar, cuando desde la lógica jurídica la regulación del régimen económico matrimonial debería estar en el mismo cuerpo legal que el divorcio, porque es inherente al matrimonio. Bien está que se regularice la filiación de forma previa, para no dejar en un vacío legal la situación de la prole habida de un matrimonio que se disuelve, pero el régimen económico matrimonial, es consecuencia inmediata del matrimonio y a mi juicio debería haberse regulado conjuntamente, y de paso haber aprovechado la oportunidad para integrar ambos aspectos del matrimonio, extrayendo la normativa patrimonial del libro de Obligaciones y Contratos, en el que aún hoy se encuentra.

Siguiendo la lógica planteada, se analiza en primer lugar la Ley 30/1981, de 7 de julio, la denominada ley de divorcio, para pasar posteriormente a analizar la primera ley en el tiempo, la Ley 11/1981, de 13 de mayo, en lo relativo a reforma del régimen económico matrimonial.

El divorcio regulado en 1981 es, como se ha visto, un divorcio causado y mediatizado por la temporalidad de los plazos para acceder a él; no se prevé la aplicación directa del divorcio salvo en aquellos casos en que el cónyuge demandado esté condenado por sentencia firme por haber atentado contra la vida del otro o sus ascendientes o descendientes (causa 5ª del art. 86). Resulta imprescindible la separación previa ya sea de hecho o de derecho durante un periodo mínimo de dos años, que varía con un sinfín de circunstancias: desde que se interpuso la demanda de separación sin que se haya resuelto por el tribunal de instancia, desde que se produjo el abandono del domicilio conyugal, si se interpone en un plazo de 30 días, desde que se tiene constancia de la separación de hecho; o por aplicación de las causas que previamente se han previsto para la separación, muy similares a las aplicadas en tiempos anteriores, cuando solo se preveía ésta: alcoholismo, toxicomanía, infidelidad, condena superior a seis años (art. 86 3ª b), entre otras.

Aunque la ley constituye un hito legislativo y social, desde el punto de vista técnico en la primera regulación del divorcio en España en 1981 es prácticamente imposible discernir entre separación y divorcio, salvo por el efecto disolutorio del vínculo, porque las causas, que casi siempre han de existir, son muy similares. El artículo 86 *in fine* regula el mutuo acuerdo, pero no lo numera dentro de las causas de divorcio, ni lo menciona siquiera con esas palabras:

«Cuando el divorcio sea solicitado por ambos o por uno con el consentimiento del otro, deberá necesariamente acompañarse a la demanda o al escrito inicial la propuesta del convenio regulador de sus efectos, conforme a los artículos 93 y 103 de este Código».

Es decir, lo relativo a los alimentos y la atribución del domicilio. El divorcio de mutuo acuerdo también debía ser causado y sometido a la temporalidad, acuñándose un concepto muy propio del tiempo como lo fue la denominada *incompatibilidad de caracteres*, (y dejando en el imaginario español expresiones como *no me concede el divorcio* o *no voy a darle el divorcio*), porque realmente era el subterfugio utilizado cuando no había ninguna de las causas tasadas pero uno de los cónyuges no deseaba seguir vinculado, dando cabida al segundo tipo de divorcio recogido por Martínez Vázquez de Castro (2008), enmarcado en lo que ha denominado causas objetivas.

Si bien toda la ley fue objeto de históricos enfrentamientos sociales y políticos, dar entrada al divorcio de mutuo acuerdo resultó una cuestión axial. Martín de Santa Olalla, dice al respecto que «la ley de divorcio fue uno de los asuntos más polémicos de la corta gestión de Gobierno Calvo-Sotelo, y demostró la fuerte diversidad ideológica que existía en UCD» (Martín de Santa Olalla, 2001, p. 541)¹⁴. Y no sólo en el seno de UCD; el debate sobre el divorcio determinó el posicionamiento de la ciudadanía, de los partidos políticos, de la prensa y por supuesto de la Iglesia generando una corriente divorcista en la que encontramos a los partidos progresistas de izquierdas como el PSOE o el PCE, la prensa progresista de la época como *El País*, *Diario 16* o *Mundo Obrero*, la Plataforma de Organizaciones Feministas, gran parte de la intelectualidad de la época y una parte importante de la doctrina civilista, que,

¹⁴ MARTÍN DE SANTA OLALLA SALUDES, P. (2001), «La ley del divorcio de junio de 1981 en perspectiva histórica», *Revista Espacio, Tiempo y Forma, Serie V, Historia Contemporánea*, núm. 14 (519-551).

como Díaz Picazo (1972) se habían posicionado a favor del matrimonio civil y del divorcio ya a principios de los años 70.

Por su parte, se mostraban contrarios los partidos conservadores, como Alianza Popular y los de extrema derecha con escasa representación parlamentaria pero aún muchos seguidores, la prensa monárquica y conservadora como ABC y el Diario YA, la de extrema derecha como el Diario El Alcázar y parte de la doctrina civilista de forma más o menos abierta.

Decir que la Iglesia fue un bastión importante en la postura antidivorcista, no sería del todo exacto; porque la Iglesia como institución, en un principio, decidió mantenerse al margen. Consciente de los cambios sociales y políticos operados en España adoptó un perfil bajo y manifestó que las cuestiones legales estaban al margen de su labor pastoral, sin duda porque la cúpula de la institución en España estaba ocupada por obispos aperturistas que preferían mantener con el poder civil una relación de tolerancia mutua: si bien la doctrina de la Iglesia se oponía al divorcio, consideraron que el proceso de democratización del país no necesitaba tener un frente más abierto; tal fue el caso de tres de los más importantes prelados en la Iglesia española: Vicente Enrique y Tarancón (Madrid-Alcalá), José María Bueno Monreal (Sevilla) y Narcís Jubany (Barcelona).

Sin embargo, un gran número de obispos, así como sacerdotes y párrocos dependientes de ellos, llevaron a cabo una incisiva campaña de oposición a la regulación del divorcio en España iniciada con la pastoral titulada *El divorcio y la opinión pública*, elaborada por Pablo Barrachina, Obispo de Orihuela en la que recordaba la indisolubilidad del matrimonio por ser un instituto de Derecho Natural, anterior al Estado, lo que le deslegitimaba para su regulación. Otros obispos le siguieron y publicaron instrucciones y pastorales recordando la estabilidad de la familia y el impulso que el divorcio daría a la decadencia moral, al considerar que aumentaría el número de rupturas matrimoniales. Tal y como manifiesta Ana María Pérez del Campo (2021, 0:50), parte actora y activa en la aprobación de esta ley: «Yo lo decía cuando daba las charlas, ¿por qué se opone la gente al divorcio? Si nadie va a obligar a nadie a divorciarse, ¿se van a divorciar solo *las* que quieren!»

Pero el anteproyecto elaborado por el Ministro de Justicia, Íñigo Cavero Lataillade, resultó ser del agrado de la jerarquía de la Iglesia, que, consciente de la necesidad de afianzar la relación Iglesia-Estado desde el marco de la secularización del poder civil operado por la CE, manifestaba, según la interpretación de Santa Olalla, que siempre sería

mejor «una reforma de la situación con la moderación de la UCD por medio, que dejar un vacío legal que pudiera ser cubierto de una manera más radical por otros partidos [de izquierdas]» (Martínez de Santa Olalla, 2001, p. 528).

En contra de esta posición institucional adoptada por la Iglesia, es de destacar la intervención de José Guerra Campos, obispo titular de Mutia (Filipinas) y auxiliar de la diócesis de Madrid-Alcalá, que en un documento titulado *Ideas claras sobre la ley civil del divorcio*, enumera seis por las que la Iglesia debe oponerse enérgicamente: la indisolubilidad del matrimonio; la bondad de esa máxima por ser expresión de la voluntad de Dios; el reprochable pragmatismo de los que, dentro de la Iglesia, la apoyan frente a su propia doctrina; los cánones del Concilio Vaticano II, que propugna el bien común; la experiencia perniciosa experimentada en otros países; y la prudencia moral que debe imponerse. Es decir, según él, la ley del divorcio incitaba al mal.

Cavero se entrevistó con el Secretario de Estado del Vaticano y otras autoridades eclesiásticas y elaboró un informe, *La reforma del régimen matrimonial del Código Civil y la regulación legal del divorcio*¹⁵, que tuvo buena acogida en el partido y en la jerarquía de la Iglesia, a pesar de Barrachina y sus seguidores. El *proyecto Cavero* se remitió al Consejo de ministros en enero de 1980, y fue aprobado por el Gobierno el 18 de febrero del mismo año con las reservas de algunos de sus ministros por considerar que el texto final iba más lejos de lo propuesto y además era contrario al AAJ de 1979.

El *proyecto Cavero*, tal y como indica Martín de Santa Olalla (2001, p. 532), resultaba «la síntesis perfecta entre la posibilidad del divorcio y la dificultad para obtenerlo», pues entre otras dificultades tenía prevista la denominada *cláusula de dureza* en el artículo 87: es decir, la posibilidad de que el Juez lo denegara si consideraba que causaba un mal mayor para la prole o para el otro cónyuge, quebrando así la posibilidad de regular un divorcio por mutuo acuerdo, y salvaguardando el interés (moral) del cónyuge que no quisiera acceder por razones religiosas o morales (aunque también de índole económica y patrimonial).

Pero la izquierda contraataca con duras críticas alegando que la separación constitucional entre Iglesia y Estado no se está respetando, al otorgar una cierta capacidad de decisión a una institución ajena al mismo, y aprovecha la prensa progresista para publicar su criterio y

¹⁵ CONSEJO DE MINISTROS (1979), *La reforma del régimen matrimonial del Código Civil y la regulación legal del divorcio*.

arruinar en el debate del Congreso de los Diputados el Proyecto de Ley presentado por el Gobierno. Es en este punto donde más se evidencian las discrepancias en el seno de UCD, el partido que gobierna: ante una crisis de gobierno de gran calado, el presidente Adolfo Suárez sustituye a Cavero por Francisco Fernández Ordoñez, partidario de una postura divorcista mucho más amplia; la jerarquía de la Iglesia, continúa manteniéndose al margen aunque siguen proliferando las instrucciones pastorales y los artículos en la prensa más conservadora de los obispos tradicionalistas; pero el nuevo ministro, lejos de asumir el texto acordado incorpora una serie de modificaciones que imprimen a la ley una impronta progresista sin precedentes: considera que el divorcio constituye la ruptura con el pasado eclesiástico del Estado y para facilitar el acceso a la institución, reduce considerablemente los plazos de separación previa, facilita la solicitud de uno solo de los cónyuges si se da esta eventualidad y amplía las decisiones que pueden tomar por mutuo consentimiento, sin comprobación de causas tasadas.

El debate, que se libra básicamente en tres frentes (el Congreso, la Iglesia y el propio partido del Gobierno), gira en definitiva en torno a la regulación o no de la *cláusula de dureza*, y se extiende desde ahí a toda la ley. Fernández Ordoñez se enemistó públicamente con la Iglesia, que incluso llegó a excomulgarle: algunos sacerdotes manifestaron no estar en contra de la regulación del divorcio, sino en contra de algunas de sus cláusulas¹⁶; también hubo una reacción contundente de la Conferencia Episcopal, que hasta ahora había dejado hacer al poder civil, pero el 3 de febrero de 1981 publicó la *Declaración de la Comisión Permanente de la Conferencia Episcopal Española sobre el Proyecto de Ley de Modificación de la regulación del Matrimonio en el Código Civil*, en la que expone su postura¹⁷: siendo el matrimonio y la familia instituciones naturales y anteriores al Estado, no consideran de recibo que la disolución del vínculo quede prácticamente en manos de los cónyuges; tal y como ya habían manifestado en la *Instrucción Colectiva sobre el Divorcio*¹⁸ en 1979 y considerando que el divorcio es un «supuesto remedio a un mal social», los obispos advierten que la aprobación de la ley que se debate en el Congreso puede dejar «una puerta

¹⁶ MARTÍN DESCALZO, J. L. (31 de enero de 1981), *Amordazar a los Obispos*. ABC.

¹⁷ COMISIÓN PERMANENTE DE LA CONFERENCIA EPISCOPAL ESPAÑOLA (1981), *Declaración sobre el Proyecto de Ley de Modificación de la regulación del Matrimonio en el Código Civil*. Texto extraído de *El País*, 05/02/1981.

¹⁸ CONFERENCIA EPISCOPAL ESPAÑOLA (1979), *Instrucción sobre el Divorcio Civil*.

abierta a la generación del mal»; y terminan haciendo una llamada a la responsabilidad que se ha de asumir frente a aquellas personas que hayan contraído en el convencimiento de la perpetuidad del vínculo. Además, alegando una supuesta necesidad de velar por los intereses de las personas más débiles (esto es, esposa y descendencia) se oponen a la desaparición del artículo 87 del proyecto, que contenía la denominada *cláusula de dureza*.

Se registraron multitud de enmiendas a la redacción de este artículo: desde la petición de supresión total (diputada Carmela García-Moreno de UCD) hasta la petición de ampliación (diputado Díaz-Pinés de AP) para no considerar la aplicación de esta prerrogativa como algo excepcional y extraordinario, sino común en la resolución judicial tras haber oído a una figura mediadora que Díaz Pinés llama el «defensor de la familia».

Finalmente se rechazan las enmiendas propuestas en ambos sentidos, por Coalición Democrática, el PCE, Minoría Catalana, Grupo Andalucista, Grupo Vasco, Socialistas de Cataluña, Grupo Socialista y algunas posturas particulares, como la de los señores Díaz-Pinés y Castaño Salido, ambos de UCD o el señor Bandrés, del Grupo Mixto. Y se llega a un texto consensuado del artículo 87:

«Cuando el divorcio se funde en un cese efectivo de la convivencia conyugal, a que se refieren los artículos 82.6 [el cese efectivo de la convivencia conyugal durante tres años] y 86.4 [el cese efectivo de la convivencia durante al menos cinco años, a petición de uno de los cónyuges] de este Código, el Juez, a petición del otro cónyuge [esto es, el no culpable de la ruptura] podrá denegar el divorcio si se acredita que causa perjuicio de extraordinaria gravedad a los hijos menores o incapacitados o al cónyuge habida cuenta de su edad, estado de salud o la duración del matrimonio, supuestos en los que deberá fundarse la sentencia. No podrá denegarse el divorcio por esta causa cuando el cese efectivo de la convivencia hubiere durado más de siete años».

Sin embargo, este artículo nunca llegó a formar parte de la ley de divorcio: consciente de lo limitante que resultaba para el ejercicio del derecho de las personas, el Ministro de Justicia Fernández Ordoñez en la sesión plenaria de 5 de febrero de 1981, solicita la votación secreta de la Cámara para la supresión del artículo 87, opción que se adopta por una mayoría simple de 121 votos a favor: el juez, no podrá denegarlo si concurren causas justificativas y objetivas, tasadas en la ley, por una pura razón de derecho positivo o quizás de desconfianza en la judicatura, lo que el Magistrado Carlos María Entrena Klett (1984, p. 588),

lamenta, porque dictar una resolución teniendo en cuenta *la cláusula de dureza* supondría, dice, «un arbitrio que al juez se le concede para ponderar los casos extremos».

Es cierto que algunas normas de derecho comparado vigentes en ese momento recogían normas asimilables a la cláusula de dureza, redactadas años antes: así el Código Civil francés, el alemán, el portugués, el polaco, el inglés, el belga o el holandés. Pero también es cierto que la legislación en esos países está en ese momento histórico en pleno proceso de cambio: sociólogos y sociólogos de esas mismas nacionalidades, reunidas en Madrid en la VII Reunión del Grupo Internacional de Investigaciones sobre el divorcio, en 1981 presentan unas conclusiones acerca de la evolución del mismo como fenómeno social que anula el principal obstáculo que ven los detractores: las rupturas no aumentan por efecto del divorcio sino que su regulación es un elemento instrumentalizador de las que ya existen.

Así, Inés Alberdi¹⁹ recoge en un artículo los resultados de dicho congreso, analizando la influencia del cambio de las leyes de divorcio en la evolución del número de divorcios en países europeos y advirtiendo que la simplificación de los trámites, influye en el número de formalizaciones de rupturas que ya existían, con la correspondiente sanción judicial, pero no aumenta el número, sino que solo constata su existencia cuando el divorcio «ya está aceptado socialmente y es deseado individualmente» (Alberdi, 1981, p. 189), del mismo modo que «las leyes restrictivas no lo impiden, pero lo dificultan», aplazando la decisión de los cónyuges. Asimismo, concluyen que existen otros factores decisivos como el ambiente social o la situación económica de las mujeres.

En la mencionada reunión, la representación española estuvo a cargo de investigadoras españolas como Rosa Conde, Pilar González o Salustiano del Campo; los datos que se facilitaron en esta reunión en cuanto a la realidad española arrojan un resultado de aceptación por la sociedad muy elevado, un 64% para el divorcio causado, basado en la separación previa, la infidelidad o los malos tratos (según concepto de la época) y un 45% para el mutuo acuerdo, incausado. Solo un 17 % se manifiesta en contra. Todos estos porcentajes exceden del 100%, lo que indica que en muchos casos la población no tenía un criterio claro, y por lo tanto podían manifestar distinta opinión según el momento en el fueran preguntados.

¹⁹ ALBERDI ALONSO, I. (1981), «Sociología del Divorcio», *REIS Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 13 (183-196).

Se registran entre la entrada en vigor de la ley en julio de 1981 hasta fin de año un total de 9.483 divorcios en España, lo que representa un 0,30% del total de los matrimonios registrados en ese momento²⁰. Ese porcentaje crece en 1982, con la ley algo más estabilizada al 0,60%, elevando su número a 21.464 divorcios²¹: sin embargo, no podemos hablar de un aumento significativo. En 1981 la ley tiene una vigencia de 5 meses desde su aprobación, los juzgados de familia comienzan a funcionar y en los juzgados mixtos es una novedad que indudablemente retrasa la tramitación; en 1982 el número total experimenta un aumento de algo más del doble, en un total de 12 meses y con los juzgados de familia ya en funcionamiento.

Resulta muy interesante ver cómo se forma la opinión pública para manifestar su preferencia o rechazo. Es indudable que la influencia de la Iglesia es en ese momento aún muy importante: ya hemos visto como desde el púlpito gran parte de los sacerdotes y párrocos claman contra lo que consideran el fin de la familia española y no dudan en alegar males y plagas apocalípticas contra la inmoralidad que bajo su punto de vista supone el divorcio, aún a pesar de la postura conciliadora de parte de la jerarquía; la prensa, también juega un papel muy importante: *Diario16* realizó una encuesta en febrero de 1981 entre los católicos, (muestra amplia, habida cuenta que era la religión oficiosa del país), elevando el porcentaje de aceptación de forma directamente proporcional al grado de menor practicidad de la religión; en junio, *Cambio16* del mismo grupo editorial, presenta unos datos diversos: solo el 30% de los católicos lo apoyan sin fisuras y un 42% condicionado (Martín de Santa Olalla, 2001, p. 539).

En el artículo *Tratamiento periodístico del divorcio en la prensa española. Análisis comparativo de ABC y El País*²², sus autores concluyen que ABC definió una línea editorial cercana a la postura de UCD en un principio, aunque posteriormente pasó a criticar algunas de sus decisiones, dirigido a un público monárquico, moderadamente católico e intelectual, frente a *El País*, que se define a sí mismo como un periódico *irrenunciablemente democrático*, y se inclinó por una línea edito-

²⁰ Datosmacro.com (2024), *España - Divorcios 1981*. Recurado de datosmacro.com. Expansión. <https://datosmacro.expansion.com/demografia/divorcios/espana?anio=1981>

²¹ Datosmacro.com (2024), *España - Divorcios*. Recuperado de datosmacro.com. Expansión. <https://datosmacro.expansion.com/demografia/divorcios/espana>

²² RAMOS-ARROYO, A.; DIAZ-CAMPO, J. (2021), «Tratamiento periodístico del divorcio en la prensa española. Análisis comparativo de ABC y El País». *Revista Comunicación y Hombre*, núm. 17 (209-223).

rial que apoyó claramente la separación entre la Iglesia y el Estado, propugnada en la Constitución. Su tirada fue mucho más agresiva en los albores de la aprobación de la ley con 310.829 ejemplares frente a los 163.704 de ABC. Hay otros periódicos de la época que no dudaron en agitar y dar voz al sector más reaccionario de la Iglesia, como El Alcázar que publica un extracto de una homilía del Cardenal Primado, quien afirma rotundamente: «No hay poder en la tierra con facultad para disolver un matrimonio»²³.

En este ambiente tenso, en el que se disparan las estadísticas, las encuestas y los programas de opinión a través de radio y televisión, que contribuyen al posicionamiento de la población, la historia marca un hecho definitivo. El 23 de febrero de 1981 tiene lugar el golpe de Estado del Teniente Coronel Antonio Tejero que secuestra la cámara cerca de 24 horas durante la sesión de investidura del Presidente Calvo-Sotelo; las tensiones internas del partido en el gobierno habían determinado la dimisión del anterior, Adolfo Suárez; superado el golpe de Estado e investido el nuevo Presidente, éste tiene que formar un nuevo gabinete de Gobierno; Calvo-Sotelo, mantiene a Fernández Ordoñez en la cartera de Justicia; es posible que la rotundidad de la noticia y el reflujo periodístico que produjo durante semanas alejara a los medios de comunicación del proceso de elaboración de la ley y permitiera terminar un Proyecto de ley que no era aceptado por la totalidad del partido: Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón, portavoz del Gobierno, intenta reconducirlo a su espíritu inicial y para ello indaga (de nuevo) la posición de la jerarquía eclesiástica y busca adeptos en su partido²⁴; así en la ejecutiva del partido del 16 de marzo de 1981 se acuerda la vuelta al proyecto Cavero, con algunas modificaciones; pero Fernández Ordóñez, convencido de la necesidad de una ley a la altura de la legislación europea presentó al día siguiente su proyecto en el Congreso, alegando la necesidad de romper con el modelo matrimonial anterior, recordando que las situaciones de ruptura son anteriores a la ley, que la aconfesionalidad del estado no puede ponerse al servicio de los intereses de una religión concreta y que la realidad social española no era la misma que hacía una década.

El 2 de abril de 1981 se eliminó la *cláusula de dureza*, que se había reincorporado a través de una enmienda del Senado y se rechazó nuevamente en el Congreso. El diario El País, en una redacción quizás

²³ EDITORIAL (12 de febrero de 1981), *El Alcázar*.

²⁴ HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, M. (1993), *Memorias de Estío*. Temas de Hoy.

demasiado tabernaria pero muy acorde con la sociedad de la época, narra así el momento:

«Entre la sonrisa del ministro de Justicia, Francisco Fernández Ordóñez; los abrazos y los whiskies de los socialdemócratas y las caras serias del ponente José Antonio Escartín, del portavoz del Grupo Centrista, Miguel Herrero, y de algunos diputados democristianos, el Pleno del Congreso de los Diputados aprobaba poco antes de las 20.30 horas de ayer el proyecto de ley de Divorcio. Salió adelante el procedimiento de divorcio del texto de la comisión y se suprimió la disposición adicional décima, que impedía a quienes tuvieran un procedimiento iniciado ante los tribunales eclesiásticos pasarse a la jurisdicción civil.»²⁵

El 22 de junio el proyecto divorcista de Fernández-Ordoñez alcanzaba rango de ley con el voto favorable de parte de UCD, PSOE, PCE, Minoría Catalana, Esquerra Republicana y PNV y se publicaba en el BOE el 7 de julio de 1981. En España se había aprobado el divorcio.

La ley de 1981 clarificó el sistema matrimonial y lo adecuó a la Constitución: define una única clase matrimonial, la civil, que puede adoptar diversas formas en el momento de contraer, entre otras la canónica; acaba, según Fernández-Coronado (2006, p. 103), «el último vestigio, que aún después de la secularización llevada a cabo por la legislación matrimonial de la Segunda República, tenía reminiscencias del matrimonio canónico». Pero no sólo; además determina la aparición de nuevos modelos de familia, de matrimonio, de relaciones paternofiliales personales y económicas diversas que, en definitiva, han de llevar a la definición de un nuevo modelo de desarrollo familiar.

Además de la ferviente oposición de parte de la sociedad y clase política durante la elaboración de la ley, hubo numerosas acciones legales tendentes a conseguir la cancelación de la ley mediante recursos de inconstitucionalidad. En este sentido, Martínez-López, (1984, p. 180), quien alega, nuevamente, las especiales características del matrimonio, su contenido sacro, el derecho del cónyuge no culpable, el respeto a la libertad religiosa y final e inexplicablemente hace referencia a «la norma de rango constitucional cual fue el Fuero de los Españoles», que afirmaba que el matrimonio era indisoluble.

La ley, regula, como no puede ser de otra forma los efectos jurídicos que produce el divorcio: la disolución del vínculo, como primer efecto

²⁵ MARÍN, K. (8 de abril de 1981), «El Congreso aprueba el proyecto de ley del divorcio», *El País*.

(art. 85) y por ende la disolución de la sociedad de gananciales (art. 95). Los de contenido económico se definen de manera común para nulidad, separación y divorcio (art. 90 y siguientes), centrándose en la atribución de la vivienda, las cargas económicas del matrimonio, el establecimiento de una pensión compensatoria a favor del cónyuge más desfavorecido, el abono de las litis expensas a cargo del caudal ganancial y las prestaciones alimentarias en favor de las hijas e hijos habidos del matrimonio, porque «la separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos» (art. 92), ya sean naturales o adoptivos (Ley 11/1981, de 13 de mayo), e independientemente de la relación que exista o hubiera existido entre sus progenitores.

La atribución de la vivienda conyugal (art. 96) se otorga al progenitor que quede a cargo de los hijos e hijas menores o incapaces. Es cierto que el texto legal no determina con qué progenitor han de vivir, como hacía la ley de 1932, pero la Jurisprudencia se encargó de delimitar que, por razones de conveniencia, sería inicialmente la madre la que ejerciera de cónyuge custodia, quedando por tanto en la vivienda familiar junto con el denominado ajuar doméstico y haciéndose acreedora de la obligación de alimentos frente al cónyuge no custodio, determinada en función de las necesidades familiares y de la capacidad económica de cada uno de ellos.

El contexto social y cultural en el que se aprueba la ley llevó a la necesidad de establecer una pensión compensatoria en favor del cónyuge más desfavorecido atendiendo a una larga lista de requisitos como la dedicación presente y futura a la familia, la posibilidad de ingresar con mayor o menor facilidad en el mercado de trabajo dada su cualificación profesional, la duración del matrimonio o la dedicación no contributiva a los negocios familiares (art. 97). Es evidente que en el contexto que analizamos, el cónyuge más desfavorecido económicamente es la mujer: Pérez del Campo (2021, 3:44) manifiesta en la fuente antes mencionada, que «pedían [la Plataforma] una pensión para las mujeres porque, aunque no querían que dependieran económicamente del marido, las circunstancias lo hacían forzoso».

Por mucho que la ley se esforzara en ser objetiva, claramente puede leerse entre líneas que las mujeres que en ese momento por edad accederían al divorcio, de forma mayoritaria se habían dedicado exclusivamente a las labores del hogar y de cuidado, no habían recibido formación profesional de ningún tipo y no habían tenido que gestionar obligaciones civiles durante décadas; no habrían tenido la posibilidad de acceder a un trabajo durante el matrimonio que les permitiera soste-

nerse económicamente, y además se quedarían en el domicilio familiar como cónyuge custodia porque ese era su medio y que tendrían muy difícil el acceso al mercado de trabajo en sus nuevas circunstancias.

Esto supone una prolongación en el tiempo de la dependencia económica con respecto al varón, en ese momento, generalmente, único elemento sustentador; es cierto que se prevé la aplicación de garantías que afiancen (de forma muy laxa) el abono de las pensiones (art. 90 *in fine*: «El juez podrá establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio y por extensión de la resolución judicial»), pero normalmente no se acuerdan estas garantías, salvo *a posteriori*, en fase de ejecución de sentencia, con el consiguiente deterioro económico si se incumple la obligación de pago y la mujer se ve obligada a iniciar un nuevo proceso judicial.

El mencionado derecho a la tutela judicial efectiva hizo que se recogiera el abono de las litisexpensas a cargo del caudal ganancial porque las mujeres no tenían capacidad económica propia, y el legislador no podía permitir que esta circunstancia impidiera el ejercicio del derecho a divorciarse, pero los procesos posteriores (como el de ejecución de la sentencia) ya carecen de esa cobertura.

Es aquí donde comienza el impacto económico negativo del divorcio en España para las mujeres, porque se define una mujer divorciada que no trabaja, que permanece en la vivienda familiar a cargo de la prole y recibe una pensión de alimentos y eventualmente compensatoria para hacer frente a los mismos gastos que había en ese domicilio antes de producirse el divorcio. Y que, en caso de no recibir esas cantidades de dinero que legalmente le corresponden, tendrán que acudir a un proceso judicial para reclamarlo, ya al margen de las litisexpensas porque no existe una sociedad económica conyugal. Se otorga un derecho largamente reivindicado, sí; pero sin dotar de una estructura consistente que soporte económicamente la nueva situación.

Por lo que se refiere a las relaciones filiales, la ley regula dos tipos de derechos en favor de las criaturas: los derechos económicos, es decir la pensión de alimentos que se abona al cónyuge custodio/a para su administración en la manutención de la prole que queda a su cuidado; y los derechos personales, esto es el régimen de visitas. La pensión de alimentos se fija en sede judicial o por convenio entre las partes autorizado por el juez competente con informe favorable del Ministerio Fiscal, atendiendo a una serie de criterios que la ley se encarga de establecer entre dos parámetros: las necesidades del alimentista y la capacidad económica del alimentante. No ha de referirse estrictamente a la manu-

tención, sino que se hace extensiva al vestido, educación, socialización, habitación y asistencia médica (art. 142 CC, reformado por el artículo cuarto de la Ley 11/1981), en función del entorno social del que disfrutaran hasta el momento de la disolución o separación.

Por otro lado, el régimen de visitas se refiere a los momentos en los que el progenitor/a no custodio/a tendrá derecho a disfrutar de la compañía de sus hijos e hijas (menores de edad y/o discapacitados/as); también se determinará en sede judicial si no hay acuerdo, y jurisprudencialmente se sigue un modelo muy concreto en esta primera etapa: fines de semana y vacaciones por mitades y de forma alterna, para el varón y guardia y custodia a favor de la mujer, lo que arroja un saldo de compañía muy superior para la madre, que al margen de la sobreentendida relación de afecto conlleva un porcentaje de gasto mayor para la madre custodia en la manutención.

Quizás sea en este punto donde más variaciones se han producido en las sucesivas reformas, tanto en la contribución económica como en las visitas, llegando como punto máximo a la custodia compartida o exclusiva a favor del varón y como punto mínimo a la reciente posibilidad de suspensión de las visitas si no se está cumpliendo con la obligación de abono de la pensión de alimentos o existe una situación de violencia en el domicilio familiar (LO 8/2021, de 2 de junio).

2. LA REGULACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL EN 1981

Por lo que se refiere al régimen económico matrimonial, la Ley 11/1981, de 13 de mayo, menciona su disolución y liquidación en los artículos 91 y 95 respectivamente, hablando en el primero de *liquidación*, y en el segundo de *disolución*.

Es, este segundo término, el más correcto en el contexto de la ley: si el establecimiento del REM es una consecuencia directa del matrimonio, la disolución del primero conlleva inexorablemente la disolución del segundo: según el artículo 95 «La sentencia firme producirá, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución del régimen económico matrimonial». No existen a partir de ese momento (después se ha modificado el momento desde el que tiene efecto esa disolución) bienes comunes; pero la sociedad ganancial no se ha *liquidado* en términos contables: siguen existiendo cargas y confusión de patrimonios, que deberán resolverse en un momento posterior, causando en muchas ocasiones estragos en la capacidad económica de los cónyuges y en

particular de las mujeres que acceden al divorcio, porque parten en muchos casos de una situación laboral y económica más débil.

El régimen económico matrimonial continuaba inmutable desde 1889; la II República, si bien reguló el matrimonio y el divorcio, no modificó el régimen económico matrimonial, generando incluso situaciones legislativas contradictorias al hablar de igualdad entre los cónyuges (Ley de divorcio de 1932) y de sometimiento económico al ser el varón el único administrador de los bienes del matrimonio, de los suyos y de los de la esposa (Código Civil en su redacción de 1889). Se regulaba un régimen dotal en el que se distinguían bienes propios (parafernales) que administraba el esposo, se preveía hasta 1975 la licencia marital y se establecía la pérdida de los bienes propios si había causa de divorcio por infidelidad femenina.

Así las cosas, la «Ley 11/1981, de 13 de mayo» lleva a cabo una profunda reforma de las circunstancias que rodean al REM, pero no de la naturaleza de este: desaparece toda la regulación relativa a la dote y a los bienes parafernales, establece la coadministración de la sociedad ganancial, ahuyentando cualquier vestigio de desigualdad formal entre los cónyuges. Pero se mantiene su regulación en el Libro IV, en sede de Obligaciones y Contratos desvinculado la institución de la regulación del matrimonio y manteniendo además la supletoriedad del régimen ganancial, lo que *de facto* supone la práctica totalidad de la elección de los cónyuges.

Es cierto que el artículo 1.315 CC tras la modificación comienza reconociendo que «el régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales». Pero también es cierto que a reglón seguido en el artículo 1.316 CC establece que, a falta de éstas, «el régimen será el de la sociedad de gananciales». La regulación, es cuando menos, laxa. No se establece una obligación de optar expresamente, un mínimo derecho a la información sobre las condiciones del pacto ganancial. No obstante, se diseña una estructura bastante clara:

1. Se recoge un régimen general o primario, sea cual sea el modelo elegido por los cónyuges (arts. 1.315 a 1.324) para atender a las cargas del matrimonio.
2. Se regulan los distintos tipos de regímenes:
 - a) Ganancial (arts. 1.344 a 1.410), de carácter supletorio.
 - b) Participación (arts. 1.411 a 1.434), en virtud de la vecindad civil.

c) Separación de bienes (arts. 1.435 a 1.444), en virtud de capitulaciones.

El régimen general, solo regula lo relativo al levantamiento de las cargas, disposiciones ordinarias de numerario, disposición de la vivienda habitual del matrimonio (al margen de la titularidad), atribución del ajuar doméstico en caso de premoriencia, consentimiento en la disposición, régimen de contratación entre los cónyuges, que deviene libre tras la reforma y confesión de la titularidad del patrimonio privativo por parte del cónyuge no titular que ha de ser expreso en cada situación concreta de disposición.

Todo ello, tendrá gran importancia a la hora de liquidar el régimen económico. Porque habrá de determinarse si la disposición de numerario lo fue para levantamiento de las cargas o no, y por lo tanto habrá que determinar cuáles eran esas cargas y que disposiciones se hicieron en virtud de otro interés, incluso legítimo; si no ha habido confesión de titularidad, los bienes se presumirán gananciales; habrá que determinar si hubo o no consentimiento en la disposición de bienes, si este no fue expreso.

Si analizamos esta situación a la luz del contexto social de los 80, podemos inferir que la posición económica dominante del varón sobre la mujer le va a deparar un grave perjuicio: a lo largo de las década de los años 40, 50, 60, 70 y 80 no sólo no hay capitulaciones, sino que en muchos casos se daban por vía notarial amplios poderes de actuación que permitían las disposiciones mencionadas, y muy pocas veces se recogía la confesión de privación de masas patrimoniales privativas que se invertían en bienes comunes.

El régimen ganancial parte de una falacia en su regulación; el artículo 1.344 establece que «Mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para el marido y la mujer las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolver aquélla.» Nada se dice en este artículo acerca de las deudas, que también obligan por mitad o de forma solidaria, y que minoran los beneficios de la sociedad, antes de disolverse e incluso los patrimonios privativos por la vía de la solidaridad contractual y de la liquidación contable.

La regulación continúa distinguiendo tres masas patrimoniales: la privativa de cada uno de los cónyuges, y la común (arts. 1.346 y 1.347) Y aquí es donde comienza el problema de la liquidación; por ejemplo, son privativos, entre otros, los bienes adquiridos por derecho de retrac-

to o los que están afectos a la profesión de cada cónyuge: pero si se han adquirido con caudal común, hay un derecho de crédito por su valor a favor de la sociedad en el momento de la liquidación (art. 1.346).

Asimismo, son gananciales los rendimientos del trabajo de cada uno, sin embargo, son privativos los emolumentos percibidos en virtud de pensiones o prestaciones sociales, indemnizaciones o premios: pero no así sus frutos, que devienen gananciales. Los bienes obtenidos mediante la satisfacción de un precio aplazado tendrán *a priori* la misma condición que el numerario con el que se pague la primera cuota, sin perjuicio de que, en el momento de la liquidación, se lleven a colación las cantidades satisfechas con el caudal ganancial. Si ambos cónyuges o uno de ellos son comerciantes, responden por las deudas contraídas en el ejercicio de su actividad con sus bienes privativos; pero si carece de ellos o son insuficientes, responderán los bienes gananciales, pudiendo reclamar esa deuda el no deudor al deudor en el momento de la liquidación, a cargo del caudal ganancial si existe.

Es decir, se produce una confusión de patrimonios, porque si nos atenemos a lo establecido en los artículos 1.346, 1.362 o 1.363 ambos cónyuges están obligados a levantar las cargas (gastos) del matrimonio con sus bienes, ya sean gananciales (sueldos, por ejemplo) o privativos (un premio económico) e incluso pueden «realizar actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia» (art. 1.319) sin perjuicio de computar en una eventual y futura liquidación lo aportado por cada uno de ellos, cuantía de la que será acreedora (o deudora) la sociedad, antes de la división por mitad a la que se refiere el artículo 1.344. Todas estas circunstancias obligarían a los cónyuges a elaborar una exhaustiva contabilidad de sus ingresos y gastos que *de facto* no se hace; o a mezclar ambos patrimonios de forma que sea prácticamente imposible dilucidar el origen concreto de los ingresos que se han aplicado a los gastos determinados, que es lo que *de facto* se hace.

La administración es común: ambos cónyuges son sujetos del mismo derecho, con idéntica cuota; ahora bien, se admite pacto en contrario, de forma que por vía notarial puede uno de los cónyuges apoderar al otro para que gestione la sociedad (art. 1.375); o por la vía del consentimiento (que no tienen por qué ser expreso) puede uno de ellos disponer del caudal común para satisfacer deudas privativas, sin perjuicio de llevar a colación esa disposición en el momento de la liquidación.

La consecuencia es un galimatías contable. El hecho de que la regulación se haga en sede de contratos hace que se aplique el principio de igualdad formal: ambos cónyuges pueden gestionar la sociedad de

gananciales, pueden contabilizar los reintegros de capital, pueden prestar consentimiento, o hacer préstamos al otro cónyuge, en virtud del principio de autonomía de la voluntad; sin embargo si se tuviera en cuenta que es una consecuencia directa del vínculo matrimonial, podrían aplicarse en la interpretación otras circunstancias: no se puede tratar la liquidación de un patrimonio matrimonial como si de desconocidos se tratase cuando la regulación constante matrimonio se ha realizado en virtud de otros aspectos, como la convivencia o el afecto. No se tienen en cuenta la existencia de vicios en el consentimiento, generados por una posible situación de dependencia económica o afectiva entre los cónyuges; no se tiene en cuenta una posible pero certera dejación de funciones por parte de alguno de los cónyuges, en virtud de la confianza, de la misma cotidianidad o del tradicional reparto de roles en el matrimonio.

Esta situación se complica aún más porque en la regulación de 1981 no se tuvo en cuenta la evolución de la familia: por ejemplo, el hecho de que la disolución del matrimonio permita la eventual nueva vinculación de los cónyuges con otras personas que aportarían nuevas cargas familiares de las que uno de ellos en principio no es sujeto obligado, pero sí lo es en virtud del artículo 1.318 (levantamiento de cargas familiares) al convivir en el domicilio los descendientes de una u otra parte, los que forman el nuevo matrimonio dan lugar a nuevas sociedades gananciales, aún sin haber liquidado la o las anteriores; no se les impide, sino que por el contrario se les apremia a ello por la vía de la supletoriedad, si no hacen una escritura capitular otorgando otro régimen.

Por su parte el régimen de separación de bienes (art. 1.435 y siguientes) se aplicará solo en caso de haber capitulado en este sentido los cónyuges antes o durante el matrimonio: se mantiene la separación absoluta de los patrimonios y se establece la aportación para el levantamiento de las cargas en proporción a su capacidad económica, computando el trabajo doméstico como aportación a esas cargas. La adquisición de bienes comunes se hace en régimen de proindiviso, o proporcional, pero habrá de constar en escritura pública la cuota de cada una de las partes. Cada cónyuge responde de manera exclusiva de sus obligaciones, sin gravar el patrimonio común o del otro cónyuge. No hay una confusión de patrimonios y *a priori* los contrayentes son conocedores de las obligaciones que adquieren y de la titularidad de sus bienes y es necesario que de forma expresa los graven.

La sociedad de gananciales es un régimen previsto para un matrimonio perpetuo: no habrá liquidación, si no es por causa de muerte de

uno de los cónyuges, lo que permite la indisolubilidad del patrimonio que en virtud de este régimen tiene lugar (*duo erunt in caro una*). Sin embargo, el régimen de separación de bienes es mucho más acorde con el carácter civil del matrimonio regulado por el código en virtud del concepto constitucional del artículo 32 que prevé la disolución del vínculo y por ende la separación de los patrimonios de cada uno de los cónyuges, si esa eventualidad llegara a producirse.

IV. El impacto social y económico de la aplicación de la Ley de divorcio de 1981 en la España de los años 80, 90 y 2000

En un corto periodo de tiempo, unos diez o quince años aproximadamente, la sociedad española experimentó una transformación sin precedentes: en 1981 las mujeres matriculadas en la Universidad representaban el 44,1% sobre el total de las matrículas universitarias, para pasar al 50,6% a principios de los años 90²⁶; en 1992 las mujeres representan el 35% de la tasa de población activa, frente al 28,4% que representaban en 1981²⁷, y el número de divorcios aumentó hasta los 26.972 lo que representa un 0,70%, debido a la evolución de los factores que permiten esta transformación: control de la natalidad, retraso de la edad nupcial y disminución del índice de nupcialidad.

La sociedad ha cambiado y la doctrina jurídica trata de analizar y poner en valor el impacto de la ley del divorcio. García Cantero afirma en 1994 que en lo relativo a la concepción del matrimonio existe «un proceso de degradación, cuyo final no se acierta a vislumbrar, ya que se ha pasado (...) de una concepción individual a otra meramente contractual, y por último a que el matrimonio posea menor eficacia jurídica que cualquier relación contractual» (García Cantero, 1996, p. 706)²⁸. Llega incluso a preguntarse por qué no se disuelve la relación con los hijos y augura que es la «próxima meta a conquistar que se proponga el *pseudoprogresismo*» (p. 721): parece olvidar que ésta es una relación natu-

²⁶ FUENTE ESTADÍSTICA UNIVERSITARIA ESPAÑOLA 11970-1982 (1983), *Anuario de Estadística Universitaria*, 1990. MEC - Consejo de Universidades, 1991.

²⁷ SERVICIO DE ESTADÍSTICA. SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ESTUDIOS Y COOPERACIÓN (2023), *Mujeres en cifras: 1983-2023*. Instituto de las Mujeres. Secretaría General de Estudios y Cooperación. Secretaría de Estado de Igualdad y contra la violencia de género.

²⁸ GARCÍA CANTERO, G. (1996), «Efectos del divorcio en España (1981-1994)», *REDC*, núm. 53 (705-727).

ral, soportada legalmente por el artículo 39.2 y 39.3 de la CE. Y celebra la equivocación del que fuera ministro de Justicia cuando se aprobó la ley, que cifró en un millón de españoles los que esperaban la promulgación del divorcio; porque en 1993, fueron 278.323 las sentencias de divorcio, es decir afectó a 556.646 personas, por lo que no se alcanzó su vaticinio.

Se constata con los datos estadísticos un ascenso paulatino y sostenido en el acceso al divorcio, aunque haya algunas oscilaciones normalmente imputables al contexto social, económico y judicial: entre 1989 y 1990 no hay apenas variación en la tasa de divorcios, pero esa variación es muy marcada al alza en 1991; en 1992 hay un descenso puntual, pero de nuevo en 1993 se recupera la progresión.

Tienen lugar en España múltiples factores y circunstancias, que demuestran que la institución está plenamente integrada en el funcionamiento de la sociedad española: en 1989 entra en vigor la Ley 38/1988 de 28 de diciembre de Demarcación y Planta, lo que determinará que el funcionamiento de los juzgados no sea uniforme, con el consiguiente retraso en la resolución de las causas durante esos dos años; en 1992 tienen lugar en España la Exposición Universal en Sevilla y la Celebración de los Juegos Olímpicos en Barcelona, lo que mantiene el interés de las personas en otras cuestiones y además provoca un aumento en la economía que puede apaciguar los deseos y (las necesidades) de divorciarse; pero estas mismas celebraciones generan una situación de crisis económica a partir de 1993 que hace aumentar el número de divorcios en 1993, 1994 y 1995. Podemos ver estas variaciones en la siguiente tabla:

Tabla 1. Evolución de la tasa de divorcios en España entre 1981 y 1995²⁹

AÑO	DIVORCIOS	TASA
1995	33.104	0,80%
1994	31.522	0,80%
1993	28.857	0,70%
1992	26.782	0,70%

²⁹ Datosmacro.com (2024), *España - Divorcios entre 1981 y 1996*. Recurado de datosmacro.com. Expansión. <https://datosmacro.expansion.com/demografia/divorcios/espana?anio=1996>

1991	27.226	0,70‰
1990	23.191	0,60‰
1989	23.063	0,60‰
1988	22.449	0,60‰
1987	21.125	0,50‰
1986	19.484	0,50‰
1985	18.292	0,50‰
1984	17.656	0,50‰
1983	19.308	0,50‰
1982	21.464	0,60‰
1981	9.483	0,30‰

García Cantero (1996) constata que en las estadísticas a lo largo de la década que nos ocupa, han desaparecido prácticamente las resoluciones eclesíásticas en lo relativo a las separaciones porque los fieles acuden masivamente a los Tribunales civiles, donde se registra un número muy superior al de divorcios: en unos casos terminarán en divorcio, básicamente porque constituye un requisito previo; en otros, no.

La década de los años 90 es determinante para el afianzamiento de la institución: los juzgados de familia están perfectamente integrados en la organización judicial y el procedimiento incorporado en las tareas de los operadores jurídicos: es un proceso largo y tedioso, sometido a unos plazos previos de separación cuya resolución es preceptiva para poder acceder al divorcio, duplicando así el número de procesos judiciales, el tiempo de resolución, los gastos de los cónyuges y el sufrimiento de las familias, tal y como verbalizaba el abogado de familia Luis Zarraluqui (Informe Semanal, 2015, 7:37-8:09) en declaraciones prestadas a RTVE³⁰:

«Nosotros tenemos en realidad un divorcio que parte de una previa separación; eso en la mayor parte de los casos quiere decir que hay dos procesos judiciales: uno de separación y otro de divorcio. A mí, eso me parece absolutamente nocivo, me parece que someter a una familia dos veces al proceso

³⁰ INFORME SEMANAL (5 de noviembre de 2015), *La ventanilla del divorcio: 1981* [Informativo Semanal]. Radio Televisión Española.

de enfrentamiento que representa un procedimiento judicial, eso tiene una repercusión dañina para los cónyuges, dañina para los hijos, y para todos sus entornos. Yo creo que deberíamos poder ir directamente al divorcio».

Pero la realidad es que las parejas se divorcian, a pesar de lo tedioso del procedimiento, de la dilación de los plazos. Entre 1996, en que se produce un descenso con respecto a 1995 (TABLA 1) y 2004 se produce un incremento total del 0,40%. Se puede constatar la evolución en la siguiente tabla³¹:

Tabla 2. Evolución de la tasa de divorcios en España entre 1996 y 2004

FECHA	DIVORCIOS	TASA BRUTA
2004	50.974	1,20‰
2003	45.448	1,10‰
2002	41.621	1,00‰
2001	39.242	1,00‰
2000	37.743	0,90‰
1999	36.101	0,90‰
1998	35.834	0,90‰
1997	34.147	0,90‰
1996	32.571	0,80‰

La constatación de esta evolución y la perspectiva que ofrece el paso de más de 20 años de vigencia de la ley justifica el trabajo publicado por las profesoras María José Aguilera y María Pilar González analizando la distribución espacial del divorcio en España, la influencia de las circunstancias personales y económicas en la toma de decisión, la ideología y confesión religiosa de los divorciados³².

Una cuestión importante, es que el análisis se hace ya plenamente en el marco europeo; se abandona el antiguo referente al derecho comparado para argumentar la perniciosidad de nuestra legislación frente a

³¹ Datosmacro.com (2024), *España - Divorcios entre 1996 y 2004*. Recurado de datosmacro.com. Expansión. <https://datosmacro.expansion.com/demografia/divorcios/espana?anio=2004>

³² AGUILERA ARILLA, M. J.; GONZÁLEZ YANCI, M. P. (2003), «El divorcio en España tras 22 años de su legalización», *Anales de Geografía de la Universidad Complutense*, núm. 23 (117-130).

la europea, o las consecuencias fatales que el divorcio tenía en países de nuestro entorno: la realidad era que, como hemos visto, el divorcio estaba regulado en todos los países europeos de nuestro entorno y relativamente cercanos, aunque diversos en su estructura estatal (URSS-Federación Rusa o países de la Europa del Este). Por lo tanto, procedía hacer un análisis a nivel demográfico de España, dentro de la Comunidad Europea; para ello se centran las autoras en la tasa de divorcialidad, por considerarla más fiable y concluyen que desde 1981 el crecimiento ha sido ininterrumpido y constante, pero menos alarmante que en otros países europeos o en EEUU: en 2003 el número de divorcios representa la mitad del número de matrimonios celebrados en ese año; pero este dato aunque resulta anecdótico, no es significativo porque no permite observar la evolución: por ejemplo, sabemos que en ese momento el número de matrimonios ha ido descendiendo, aunque ha ido aumentando el de parejas de hecho y el de personas que deciden permanecer solteras; lo que realmente interesa ver es cuantos matrimonios ya existentes optan por la disolución en ese momento.

Además es muy interesante observar la distribución espacial en las Comunidades Autónomas y las provincias, porque nos acerca a los factores que inciden en la toma de la decisión: así vemos como la tasa de divorcialidad es sensiblemente más alta en Islas Baleares, Gerona, Barcelona, Alicante o Pontevedra (entre el 2,5 y el 2%) seguidas por un grupo nutrido de capitales provinciales como Álava, Almería, Castellón, Madrid, Sevilla... (entre el 1,5 y el 2 %) y en último lugar un grupo compuesto por ciudades como Ávila, Badajoz, Burgos, Huesca, Jaén, o León en las que la tasa es sorprendentemente baja (entre el 1 y 1,5 %).

Si se observa la realidad social y económica de estos grupos, se puede concluir en primer lugar que la tasa de divorcialidad es mayor en las áreas urbanas que en las rurales, y en las costeras con respecto a las interiores: en ambas áreas, hay un nivel de vida más elevado, están industrializadas, en muchas ocasiones ambos cónyuges desempeñan un trabajo remunerado (que otorga una cierta independencia económica), hay mayor influencia del exterior por el desarrollo del turismo y por la afluencia de migrantes de otras culturas y de otras áreas geográficas. En las zonas rurales (e interiores), sin embargo, la permeabilidad al cambio es mucho más difícil: se siguen manteniendo las tradiciones y valores religiosos, en muchos casos confundidos ambos con unas relaciones familiares amplias más profundas y estrictas.

La influencia de los factores sociales, religiosos, ideológicos y económicos que se observan en España, son extrapolables en la compara-

ción con países europeos, en donde no solo influye en la tasa de divorcialidad la religión que se practique o sea mayoritaria, sino el momento histórico en que se instauró el matrimonio civil: así en los países protestantes, que lo regularon a partir del siglo XVI (con las salvedades históricas que se han analizado más arriba) es más alta que en los países ortodoxos o católicos (los últimos en acceder): como afirman estas autoras, «la proporción de divorcios aumenta en todos los países europeos, incluido España» (Aguilera *et al.*, 2003, p. 128).

Aumenta el número de divorcios en relación directa con la conciencia del cambio que se ha operado en la mentalidad social con respecto al matrimonio y a la familia, hasta el punto de ser necesarias nuevas reformas accesorias al régimen legal de regulación de la familia en materia de incapacidades, tutela y curatela («Ley 13/1983, de 24 de octubre»), de adopción («Ley 21/1987, de 11 de noviembre»), de igualdad y no discriminación por razón de sexo («Ley 11/1990, de 15 de octubre»), de protección jurídica del menor («Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero»), de reforma de los procesos judiciales en materia de capacidad, filiación, matrimonio y menores («Ley 1/2000, de 7 de enero»), de protección patrimonial de las personas con discapacidad («Ley 41/2003, de 18 de noviembre»). Además de la legislación autonómica, que aborda la regulación jurídica de las parejas de hecho.

1. LA REFORMA DE 2005

En 2005 se hace realidad el clamor de gran parte de los operadores jurídicos, como ya vimos que manifestaba, entre otros, Luis Zarraquí; y de la sociedad, que reivindica una forma más sencilla y más breve de acceder al divorcio, así como la extensión de la institución matrimonial a otras formas de relación interpersonal; de manera que mediante una serie de acciones legislativas diferentes, pero ligadas en su contenido se marca un nuevo hito en la regulación del derecho de familia en España: la «Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio» y la «Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que modifica la ley de Enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio».

La regulación del matrimonio igualitario (Ley 13/2005) supuso un intenso debate en la sociedad española, incorporado ya plenamente el concepto de divorcio en su naturaleza; pero vino precedido por un debate más amplio, el de otorgar o no efectos jurídicos a las parejas de

hecho. La imposibilidad de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo derivó en la necesidad de que esas uniones tuvieran que realizarse *de facto*, a lo que se unió que un gran número de parejas heterosexuales optaran también por la unión de hecho, por diversas razones, pero básicamente porque el matrimonio había dejado de ser un paso necesario para acceder a un determinado estatus jurídico y porque desde la vigencia del artículo 39 de la CE tampoco era necesario para dar cobertura a la familia derivada de esa unión, a la protección de la prole. Se amplifica el concepto tanto de pareja, como de familia, dando lugar, según expresión de María Linacero, a un concepto mucho más dinámico.

El ordenamiento jurídico con respecto a las parejas de hecho es, en cualquier caso, confuso: no existe una regulación estatal sobre la materia, que ha sentado unas bases por la vía jurisprudencial, administrativa y autonómica. Hoy día, la información que ofrece la Administración General del Estado es que se trata de una «unión entre dos personas distinta del matrimonio, personas unidas de forma estable por una relación de convivencia y de afecto, con independencia de su sexo (por ejemplo, una pareja que, sin ser matrimonio, convive y/o que tiene hijos)»³³. Asimismo, reconoce que:

«La información la facilitan las Comunidades Autónomas y, en general, los Ayuntamientos. No existe una ley de parejas de hecho de ámbito estatal. Las parejas deben dirigirse a la Comunidad Autónoma en la que residan o al Ayuntamiento en el que se encuentren empadronados. En algunos municipios no existe Registro de Uniones de Hecho, por lo que sólo podrán dirigirse a la Comunidad Autónoma de residencia».

Por lo tanto,

«Los derechos que se adquieren pueden variar según el Registro en el que te inscribas. Hay normas que atribuyen efectos a cualquier inscripción en cualquier registro (por ejemplo, normativa de la Seguridad Social), pero también puede haber normas autonómicas o locales que atribuyan efectos sólo a la inscripción en el Registro de la Comunidad Autónoma o del Ayuntamiento, respectivamente».

³³ [www.administración.gob.es Tu espacio Europeo Uniones o parejas de hecho https://administracion.gob.es/pag_Home/Tu-espacio-europeo/derechos-obligaciones/ciudadanos/familia/pareja/parejas-hecho.html#:~:text=No%20existe%20una%20ley%20de,la%20Comunidad%20Aut%C3%B3noma%20de%20residencia](https://administracion.gob.es/pag_Home/Tu-espacio-europeo/derechos-obligaciones/ciudadanos/familia/pareja/parejas-hecho.html#:~:text=No%20existe%20una%20ley%20de,la%20Comunidad%20Aut%C3%B3noma%20de%20residencia) (Recuperado el 4 de septiembre de 2024).

Efectivamente a través de la legislación autonómica, se ha venido regulado desde el año 2001, de forma muy heterogénea: existen comunidades autónomas como Castilla y León, Castilla-La Mancha, La Rioja y Murcia que únicamente disponen de un registro administrativo; otras comunidades han desarrollado una legislación propia de carácter administrativo puesto que no tiene competencia en materia civil: tal es el caso de Andalucía, Cantabria, Madrid, Canarias, Asturias, Extremadura y Euskadi; y por último las comunidades autónomas que tienen un derecho civil propio en materia matrimonial (Derechos forales) han procedido a realizar una regulación mucho más extensa; así ocurre en Cataluña, Illes Balears, Aragón y Navarra, que lo han incorporado a su propio Código Civil.

Por la vía jurisprudencial se han venido a establecer algunos límites interpretativos de las situaciones reales que causan: las sentencias del TS más antiguas aplicando el principio de *analogía legis*, siguieron el criterio de equiparar los efectos del matrimonio y de las uniones de hecho por la vía de la interpretación analógica del artículo 97 del CC³⁴. Sin embargo a partir de 2005 y hasta la actualidad, el criterio del TS ha sido el de diferenciar ambas situaciones, negándoles los mismos efectos jurídicos: «hoy por hoy, con la existencia jurídica del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se pudo proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias»³⁵.

La realidad es una profunda desigualdad jurídica de las parejas de hecho, pero no solo con respecto al matrimonio, en el que hay una distinción clara y consciente de la legislación y la justicia, sino dependiendo del territorio autonómico en el que residan en lo relativo a derechos sucesorios, pensión compensatoria o derechos de carácter administrativo, como un eventual subsidio de viudedad. Desde 2015 también se puede formalizar la convivencia ante notario, siendo esta la evolución³⁶ que ha experimentado esta opción:

³⁴ ECLI:ES:TS:2001:5840 STS 700/2001, de 5 de julio, y ECLI:ES:TS:2002:5369 STS 749/2002, de 16 de julio.

³⁵ ECLI:ES:TS:2011:6227, STS 690/2011, de 6 de octubre.

³⁶ Revista *El Notariado siglo XXI* (18 de mayo de 2023), *Evolución de las uniones de hecho ante notario celebradas entre 2007 y 2022*. Recurado de <https://madrid.notariado.org/portal/-/crecen-las-bodas-las-parejas-de-hecho-y-los-acuerdos-conyugales-ante-notario>

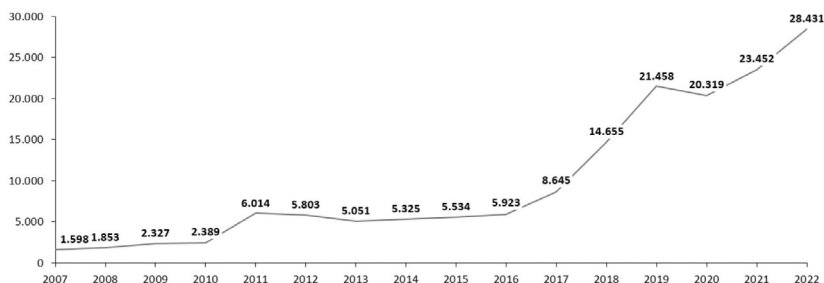


Grafico 1. Evolución de la formalización de la convivencia ante Notario

No obstante, la postura jurisprudencial fortaleció la reivindicación del matrimonio igualitario: si no adquieren los mismos derechos dos personas que optan por un vínculo no matrimonial en el ejercicio de la autonomía de su voluntad, basándose en el rechazo a ese vínculo, no puede excluirse de los derechos que otorga el matrimonio a dos personas que se ven impelidas a formalizar una relación de hecho, por no poder acceder al matrimonio por razón de su opción sexual.

La secularización del matrimonio, operada desde la aprobación de la CE, permitió al Estado adaptar las leyes a las necesidades evolutivas de la convivencia social, dentro del marco de los derechos fundamentales: la admisión del matrimonio de personas del mismo sexo, se reguló como un derecho inherente a la dignidad de la persona, como un derecho ligado al libre desarrollo de la personalidad, asumiendo los criterios de la Unión Europea que compelió a los Estados miembros señalando la discriminación que suponía la prohibición de contraer matrimonio para las personas homosexuales: en la «Resolución del Parlamento Europeo de 8 de febrero de 1994», se pide expresamente a la Comisión Europea que presente una propuesta de recomendación a los efectos de poner fin a la prohibición de contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo, lo que se acaba materializando en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, año 2000.

A través de la «ley 13/2005 de 1 de julio» se reguló en España el matrimonio igualitario, haciendo derivar este derecho del artículo 32.1 de la CE: «El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica»: en ningún momento se puede interpretar que deban hacerlo entre sí, aunque por razones de coyuntura temporal

y social el legislador constitucional no se hubiera planteado otra posibilidad; sin embargo la interpretación del precepto adaptada a los nuevos tiempos, 27 años después de haber sido aprobada la norma fundamental, permitía incluir esta nueva regulación, mediante la consiguiente reforma del Código Civil en 2005. En este sentido es muy representativa la Exposición de Motivos de esta ley al afirmar que «la regulación del matrimonio que ahora se instaure trata de dar satisfacción a una realidad palpable, cuyos cambios ha asumido la sociedad española».

Técnicamente era posible, porque la homosexualidad (recogida en la doctrina como un tipo de impotencia) había dejado de ser un impedimento esencial en el consentimiento matrimonial a partir de 1981 y porque la única clase de matrimonio que reconoce nuestra legislación es el civil, ahuyentando así cualquier prohibición canónica relacionada con la generación de prole, por eso en la Exposición de Motivos, se señala que

«la ley permite que el matrimonio sea celebrado entre personas del mismo o distinto sexo, con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones (...). En consecuencia, los efectos del matrimonio, que se mantienen en su integridad, respetando la configuración objetiva de la institución, serán únicos en todos los ámbitos, con independencia del sexo de los contrayentes; (...) tanto los referidos a prestaciones y derechos sociales, como la posibilidad de ser parte en procedimientos de adopción».

La doctrina no estuvo totalmente de acuerdo; mientras que Valladares (2005, p. 33)³⁷ manifiesta que, si la unión civil de personas homosexuales tiene los mismos efectos que el matrimonio, es un matrimonio, otros autores se muestran muy críticos: así Entrena Klett (1990, p. 385) que había defendido *el bimembrismo y la bisexualidad* en el matrimonio, entendiendo que la norma constitucional ha de interpretarse en el sentido de que se puede contraer «por un hombre con una mujer», quedando así fuera las demás posibles combinaciones. Esta afirmación podría ser cierta, a la luz de las normas del Registro Civil en aquel momento, lo cual no suponía un gran problema porque eran reformables al hilo de una interpretación más acorde con las demandas sociales, como hemos visto, y que se produce a través de la Disposición adicional segunda que modificó la Ley de 8 de junio de 1957.

³⁷ VALLADARES RASCÓN, E. (2005), «El derecho a contraer matrimonio y la Constitución», *Aranzadi Civil*, núm. 9. Aranzadi.

También Martínez Vázquez de Castro (2008), criticó el profundo proceso de desnaturalización que el matrimonio había sufrido en favor de la juridización e institucionalización de este, denunciando la deconstrucción operada por la privatización del matrimonio, pasando del interés colectivo, comunitario y familiar al individual y personal. Pero la evolución también ha sido progresiva, afectada por los mismos factores generales que los matrimonios heterosexuales (crisis económicas, pandemia), según datos del INE.³⁸

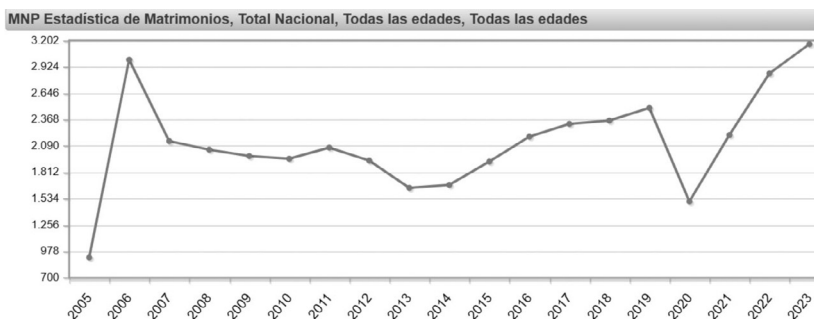


Gráfico 2. Matrimonios entre hombres por comunidad autónoma entre 2005 y 2023

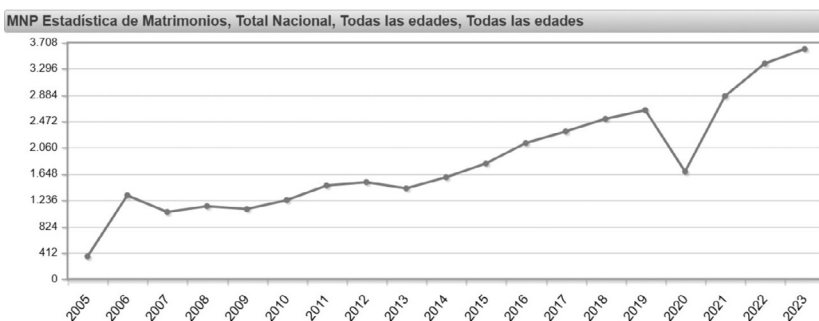


Gráfico 3. Matrimonios entre mujeres por comunidad autónoma entre 2005 y 2023

³⁸ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (2024), *Matrimonios del mismo sexo. Serie desde 2005*. Recurado de INE.

Además de la ley de matrimonio igualitario, otra norma vino a remover de nuevo los cimientos del derecho de familia en España: es la «ley 15/2005 de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio», pero que ha terminado por ser conocida como la ley del divorcio *express*.

Esta modificación incide de forma sustancial en la evolución de la tasa de divorcio³⁹, a la vista de los datos estadísticos que se manejan y que podemos observar en la siguiente tabla:

Tabla 3. Evolución de la tasa de divorcios en España entre 2004 y 2014

AÑO	DIVORCIOS	TASA
2014	100.746	2,17‰
2013	95.427	2,05‰
2012	104.262	2,23‰
2011	103.604	2,22‰
2010	102.933	2,21‰
2009	98.359	2,12‰
2008	110.036	2,39‰
2007	125.777	2,78‰
2006	126.952	2,86‰
2005	72.848	1,67‰
2004	50.974	1,20‰

Si tenemos en cuenta que la ley se aprobó en julio en 2005 y por lo tanto empezó a estar plenamente operativa en septiembre de ese mismo año, solo un tercio de las demandas de divorcios que se interponen en esos meses se ajustan a las nuevas normas procesales; sin embargo, las que se interponen a partir de enero de 2006, sí se resuelven en su mayoría en ese periodo anual, por lo que se puede observar el gran salto cuantitativo al que asistimos: de 72.848 divorcios en 2005 pasamos a 126.952 en 2006 lo que representa un aumento de un 1,19‰ en términos porcentuales y el *sorpasso* a los 2 puntos de porcentaje que ya no se abandonarán. Ahora bien, en estos divorcios ya tenemos que computar dos realidades distintas: la de los matrimonios heterosexuales y la

³⁹ Datosmacro.com (2024), *España - Divorcios 2004-2014*. Recurado de datosmacro.com. Expansión. <https://datosmacro.expansion.com/demografia/divorcios/espana>

de los matrimonios homosexuales, tanto en lo relativo al régimen económico matrimonial que adoptan, como al número de divorcios que se producen.

La «Ley 5/2005, de 8 de julio» supone la superación del modelo separación-sanción que había supuesto la anterior regulación de 1981, que concebía el divorcio como una solución cuando la reconciliación era absolutamente inviable: de ahí el establecimiento de causas y plazos. Sin embargo, la nueva reforma se acomete desde la consideración de la libertad como valor superior dentro del matrimonio. La Exposición de Motivos, establece que «el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el artículo 10.1 de la Constitución, justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge». Por eso no puede hacerse depender de causas, que inexorablemente determinan una culpabilidad (de ahí el concepto de sanción), ni puede, por razones de efectividad económica y personal, suponer un doble proceso judicial: basta con que uno de los cónyuges no desee la continuación del matrimonio, para que pueda demandar el divorcio, reduciendo el plazo al único de tres meses desde que se contrajo, con carácter general, salvo que existan razones que justifiquen la disolución antes del transcurso de ese periodo.

Algunos autores, se muestran contrarios a esta concepción de la ley; así Martínez Vázquez de Castro (2008, p. 34) plantea aún si el matrimonio es realmente un contrato y habla de la «desprotección moral» de una de las partes que por razones de carácter religioso e incluso social no quiere acceder al divorcio, aseverando que el legislador no tiene en cuenta sus derechos a la realización personal que sin embargo sí alega para acometer la reforma; llama la atención que no se refiere en ningún momento a la desprotección económica, patrimonial que existe claramente como habían hecho los detractores del divorcio en 1981, sino únicamente a la situación personal.

Además de esta novedad de carácter procesal que indudablemente modifica la naturaleza de la institución, con la promulgación de la «ley 15/2005 de 8 de julio», la multiplicidad de situaciones de divorcio que nos encontrábamos antes de la reforma queda reducida a dos modalidades:

- Divorcio de mutuo acuerdo, que podrá solicitarse por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro, sin alegación de causa acompañando un convenio regulador de las medidas que adoptan con respecto a la situación económico patrimonial y familiar.

- Divorcio contencioso, que podrá solicitarse por uno de los cónyuges unilateralmente, sin alegación de causa, acompañando la demanda de una propuesta de medidas reguladoras de la situación económico patrimonial y familiar.

En ambos casos, el Juez competente decretará de forma automática el divorcio, que resulta irrecurrible, al margen de la adopción de las medidas que deberán estar informadas por el Ministerio Fiscal si hay menores o discapacitados y resultan susceptibles de recurso por las partes o el Ministerio Fiscal si no se ajustan a sus intereses o al de los y las menores o dependientes (art. 86 del Código Civil).

Otro de los hitos importantes que marca esta acción legislativa, es la relativa a la guarda y custodia de la prole. Asentado ya el nuevo concepto de familia, la reforma obvia toda referencia a la distinción de hijos e hijas matrimoniales o no, recogiendo así en igualdad de condiciones la situación de los y las menores o incapaces en los supuestos de ruptura de parejas de hecho registradas o no: las obligaciones generadas tanto en el ámbito económico como en el personal son idénticas, y por lo tanto la reforma viene dada por la necesidad de reforzar por un lado la libertad de los progenitores con respecto al ejercicio de la patria potestad y por otro la corresponsabilidad en la crianza y cuidado de la prole generada como consecuencia de la relación. Es la denominada custodia compartida. La Exposición de Motivos, plantea la posibilidad de que «expresamente puedan acordar en el convenio regulador que el ejercicio se atribuya exclusivamente a uno de ellos, o bien a ambos de forma compartida», decisión que también puede acordar el Juez. En el antiguo modelo, en el que la culpabilidad aún estaba muy presente, se justificaba que uno de los cónyuges (el culpable) quedara alejado de la prole, pero esta circunstancia carece de sentido en la nueva realidad social y, por ende, en la nueva regulación. Consiste en dividir los tiempos de estancia con cada uno de los progenitores por partes iguales o proporcionales, anulado el régimen de visitas (generalmente en fin de semana alternos, como vimos más arriba) para establecer periodos más largos (semanales o quincenales) de convivencia íntegra con cada uno de los progenitores.

Pero ¿cómo afectó esta nueva realidad legal a la tasa de divorcialidad?⁴⁰

⁴⁰ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (2024), *Número de separaciones, divorcios y nulidades después de la ley de 2005*. Recurado de INE www.epdata.es

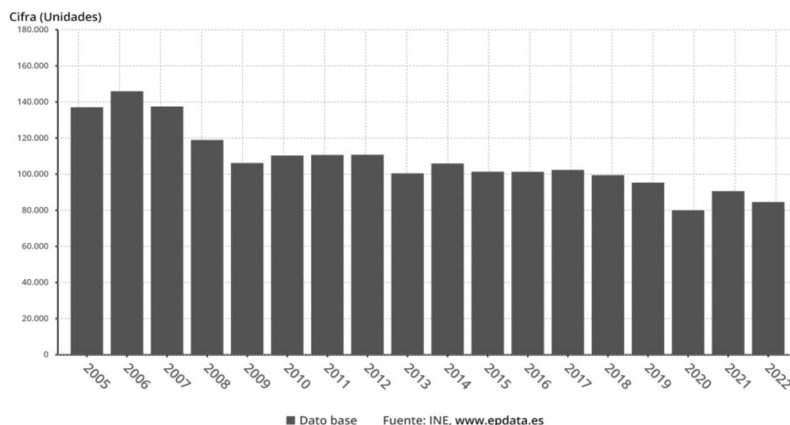


Gráfico 4. Número de separaciones, divorcios y nulidades en España

Como puede observarse en el Gráfico 4 y en la Tabla 3, aumentó de forma sustancial durante los primeros años, para descender a partir del año 2008 y mantenerse de forma sostenida con oscilaciones muy leves a partir de ese momento. El divorcio *express*, supuso un incremento de los divorcios: cabría decir que supuso un aumento de las resoluciones de divorcio que se dictaron, porque la reducción de los plazos permitió a los juzgados y tribunales conocer de un número mayor de asuntos cada año, eliminada la exigencia de la separación previa. Cabe decir también, que el modelo se estabilizó y las oscilaciones se deben de nuevo, a factores externos como situaciones de crisis económica general (2008 y 2013) o la pandemia global por coronavirus (2020) que retrasó el funcionamiento de la administración pública.

Y, en este contexto, también hay que analizar cómo ha evolucionado la aplicación de la custodia compartida. El aumento ha sido progresivo al alza⁴¹; las razones dadas en la propia exposición de motivos relativas al ejercicio responsable de la patria potestad son un argumento de peso; pero no está la progresión exenta de razones económicas que se analizarán en el capítulo siguiente:

⁴¹ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (2024), *Porcentaje de custodia compartida otorgada en casos de divorcio y separación de parejas*. Recurado de INE www.epdata.es

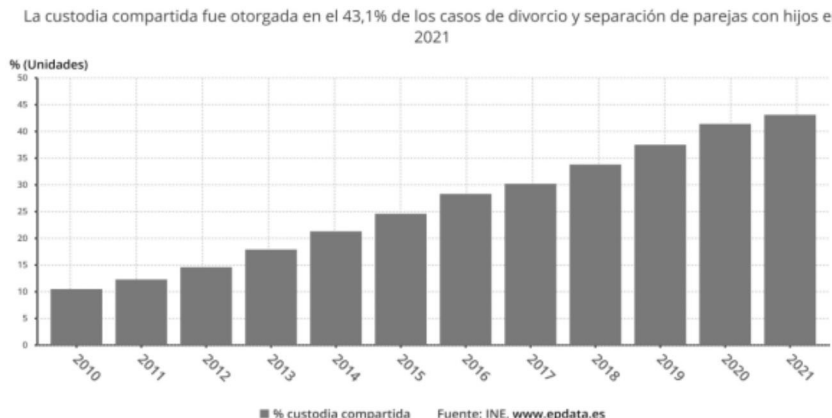


Gráfico 5. Porcentaje de custodia compartida otorgada en casos de divorcio y separación de parejas

2. LA INCIDENCIA DE LA LEY 15/2015, DE 2 DE JULIO, DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

En el año 2015 tiene lugar una nueva reforma de peso en derecho de familia; la «Ley 15/2015, de 2 de julio», supone el último peldaño de la escala a la que hacíamos referencia anteriormente: la libertad de pacto y el acuerdo de voluntades entre las partes permiten disolver el vínculo matrimonial sin acudir al poder judicial; la manifestación pública y notoria de los cónyuges de común acuerdo permite el divorcio notarial y también se regula la competencia de los y las Letradas de la Administración de Justicia, que mediante decreto tienen competencia para disolver un matrimonio y que como título público es inscribible en el Registro Civil y por lo tanto tiene efectos frente a terceros: solo es posible en los casos en los que no existan menores o incapaces, y demuestra la inequívoca naturaleza contractual del matrimonio.

La Exposición de Motivos de dicha ley, plantea la reforma como «la respuesta a la necesidad de una nueva ordenación legal, adecuada, razonable y realista de la jurisdicción voluntaria.» Por lo que afecta al derecho de familia,

«La modificación del Código Civil tiene por objeto la adaptación de muchos de sus preceptos a las nuevas previsiones contenidas en esta Ley, al tiempo que se introducen modificaciones que afectan a la determinación de la concu-

rrencia de los requisitos para contraer matrimonio y su celebración, así como a la regulación de la separación o divorcio de mutuo acuerdo de los cónyuges sin hijos menores de edad fuera del ámbito judicial, atribuyendo al Secretario judicial y al Notario las funciones que hasta ahora correspondían al Juez y que también conllevan una reforma de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Ley del Notariado.»

Es decir, en aras de una mayor flexibilidad y brevedad del procedimiento, que se materializa en la siguiente redacción del artículo 87 (actual) del Código Civil:

«Los cónyuges también podrán acordar su divorcio de mutuo acuerdo mediante la formulación de un convenio regulador ante el Secretario Judicial o en escritura pública ante Notario, en la forma y con el contenido regulado en el artículo 82, debiendo concurrir los mismos requisitos y circunstancias exigidas en él. Los funcionarios diplomáticos o consulares, en ejercicio de las funciones notariales que tienen atribuidas, no podrán autorizar la escritura pública de divorcio».

y del artículo 89:

«Los efectos de la disolución del matrimonio por divorcio se producirán desde la firmeza de la sentencia o decreto que así lo declare o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública conforme a lo dispuesto en el artículo 87. No perjudicará a terceros de buena fe sino a partir de su respectiva inscripción en el Registro Civil».

Sin embargo, esta modificación no afecta al número de divorcios como así había ocurrido con las anteriores modificaciones del código desde 1981: la figura está incorporada a la realidad social y la simplificación de la forma redundante en una mejor utilización de los recursos públicos, porque supone procedimientos más cortos en el tiempo y menos costosos en su tramitación. Se cumple la conclusión a la que había llegado Inés Alberdi, analizada anteriormente: «que la simplificación de los trámites influye en el número de formalizaciones de rupturas que ya existían (...) pero no aumenta el número, sino que solo constata su existencia cuando el divorcio ya está aceptado socialmente y es deseado individualmente.» Durante el primer año de vigencia de la ley, es decir en 2016, según información del Consejo General del Notariado⁴²,

⁴² CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO (2016), *Un año después de la entrada en vigor de la Ley de Jurisdicción Voluntaria*. <https://www.notariado.org/portal/documents/176535/264697/Los+divorcios+ante+notario+duplican+el+n%C3%BAmero+de+bodas.pdf/bac73a6d-a83b-a998-a0d3-55104facc338?t=1568838373138>

se practicaron cerca de 4.600 divorcios notariales en toda España; sin embargo, el gráfico que presenta el Consejo para los años 2021-2022 es el siguiente:

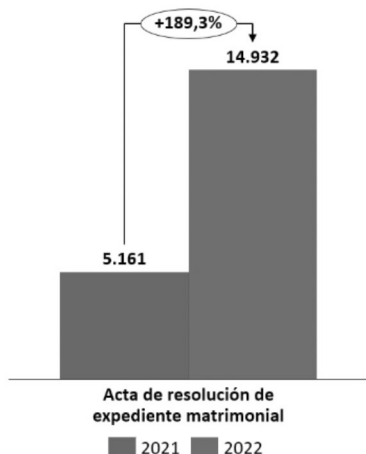


Gráfico 6. Evolución de los divorcios notariales

Es decir, la variación que entre 2016 y 2021 es apenas perceptible (aumenta en cinco años unos 1.100 supuestos), entre 2021 y 2022 el aumento es exponencial, del 189,3%⁴³.

Así ha evolucionado el matrimonio y el divorcio en España desde 1981; ha pasado por todos los tipos acotados por la doctrina, se ha incorporado a la realidad social tras los intensos primeros debates con una cierta naturalidad. Y ha generado una problemática propia, determinada, de naturaleza económica, que sigue modulando el Derecho de familia.

V. El Régimen Económico Matrimonial actual en la legislación española

Tras la mencionada reforma operada por la «Ley 11/1981, de 13 de mayo» y dentro del marco de la Constitución de 1978, que proclama la igualdad de los sexos, el sistema de Sociedad de Gananciales continúa

⁴³ CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO (18 de mayo de 2023), *Los notarios y la familia*.

vigente en nuestra legislación: es el régimen supletorio en casi toda España, fundamentalmente en el territorio que históricamente ocupó el antiguo Reino de Castilla.

Lo que en el Proyecto de Código Civil de 1851 (que se mantuvo en el vigente de 1889) supuso un logro y un reconocimiento al trabajo y aportación económico-patrimonial de las mujeres, desterrando instituciones que la excluían del reparto como la herencia directa de los bienes castrenses y cuasicastrenses, o la abolición de instituciones como las costumbres holgazanas de Córdoba desde 1804 entre otras instituciones, es actualmente una lacra para su desarrollo económico y profesional, y una traba más para alcanzar la igualdad efectiva. Bien es cierto que el contexto socio político de 1978 quizás no permitiera hacer otros cambios (o sí); pero lo que sí es evidente, es que hoy día es un sistema que arrastra a muchas mujeres a la pobreza o al menos a la sobrevivencia en caso de patología matrimonial.

El Código Civil español regula el régimen económico matrimonial en el Título III del Libro IV, a partir del artículo 1.315, en sede de Obligaciones y Contratos; es decir, desvinculado de los aspectos personales del matrimonio. Con una estructura que revela la época en que se codificó, comienza recogiendo unas disposiciones generales, lo que se denomina «régimen general o primario» que es aplicable a todos los matrimonios independientemente del régimen por el que se rijan (ganancial, participacional o separación de bienes). A continuación, se regula lo relativo a las capitulaciones matrimoniales (es decir, pactos económicos si los hubiere y elección del régimen si no se opta tácitamente por el subsidiario de gananciales) y donaciones entre cónyuges, para terminar con tres capítulos en los que se recoge respectivamente cada uno de los sistemas regulados.

Es de gran importancia el capítulo de disposiciones generales porque en él se establecen los conceptos económicos que se han de tener en cuenta para el sustento económico de la familia, entendida en sentido fiscal, es decir independientemente de que haya prole o no: así, tras determinar que los cónyuges pueden estipular el régimen que deseen (art. 1.315) y que a falta de mención expresa o ineficacia de las capitulaciones «el régimen será el de la sociedad de gananciales» (art. 1.316), se pasa a relacionar las obligaciones de los contrayentes.

Ambos cónyuges vienen obligados al levantamiento de las cargas, es decir al sustento de la familia, a la cobertura de sus necesidades «ordinarias» (art. 1.319); hasta el punto de que, si no se hace, puede el otro cónyuge demandar la intervención judicial (art. 1.318): no se deter-

minan esas necesidades, sino jurisprudencialmente, pero sí se puntualiza que dependerán del lugar y circunstancias de la familia. A continuación, se regulan una serie de normas mínimas de carácter contable:

- El caudal común podrá utilizarse en los litigios que deban mantener cualquiera de los cónyuges, incluso uno contra otro (litisexpensas).
- En el ejercicio de la potestad doméstica (que no se define) responden de forma solidaria los bienes comunes y los de ambos cónyuges, incluso los del que no ha contraído la deuda.
- La vivienda familiar no puede enajenarse sin el permiso de ambos cónyuges, incluso aunque la titularidad sea privativa de cualquiera de ellos.
- Para otras disposiciones de bienes no se requiere expresamente el consentimiento, puesto que dicho negocio jurídico puede confirmarse si no se insta la anulación: es más se presumen comunes todos aquellos bienes obtenidos constante matrimonio si no hay confesión expresa de la titularidad privativa del mismo.
- En la eventual liquidación, se reconoce el derecho al reintegro del patrimonio del cónyuge que hubiese aportado bienes privativos a situaciones que debieran haberse solventado con patrimonio común o del otro cónyuge.

Y con estas bases, se regula en primer lugar la sociedad de gananciales, a partir del artículo 1.344: «Mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquélla».

Son privativos los que les pertenecieran antes del matrimonio, momento en el que comienza a surtir sus efectos la sociedad; los adquiridos después de forma gratuita (herencias o premios por ejemplo), los que sustituyan a estos bienes privativos, los inherentes a la persona, las indemnizaciones personales, las ropas y objetos de uso personal y los instrumentos necesarios para el ejercicio de una profesión u oficio, salvo cuando pertenezcan a un establecimiento o explotación de carácter común; en el caso de estos últimos, si son privativos y se han adquirido con fondos comunes, la sociedad será acreedora de la cantidad utilizada.

Se reputan gananciales, los que se han conseguido durante el matrimonio: por el trabajo de cada uno de ellos, los que se adquieren por

compra a costa del caudal común y las empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad. También son comunes los frutos o rentas producidos por un bien privativo: por ejemplo, si uno de los cónyuges posee un inmueble adquirido por herencia (título gratuito) y lo arrienda, el bien es privativo, pero la renta y frutos obtenidos son gananciales.

Comienzan así las operaciones contables: no sólo la cantidad que se adeuda para adquirir instrumentos o herramientas necesarios como vimos más arriba, hay que añadir las rentas producidas por los bienes privativos, pero no los gastos que genera; los plazos vencidos de los bienes adquiridos con este sistema: se reputan gananciales o privativos dependiendo del origen del dinero con el que se hizo frente al primer plazo, sin perjuicio de que la sociedad se convierta en acreedora si las sucesivas cuotas se han abonado con dinero ganancial (art. 1.348 en concordancia con el art. 1.356).

Y así podemos observar un elenco de situaciones en las que se reputan gananciales bienes cómo: las cabezas de ganado que excedan de las aportadas por cada cónyuge (art. 1.350), las ganancias de juego (art. 1.351), la adquisición de acciones y participaciones sociales adquiridas por suscripción preferente (art. 1.352), las donaciones conjuntas (art. 1.353), los bienes adquiridos a título oneroso entre la sociedad y uno de los cónyuges (art. 1.354): no es que estas circunstancias no hayan de regularse, pero sería de agradecer una mayor concreción en partidas que resultan más habituales en un porcentaje mayor de las familias actualmente.

Además, (art. 1.355) los cónyuges pueden otorgar de forma expresa la condición de ganancial (aunque no lo sea desde el punto de vista meramente contable) a los bienes adquiridos durante el matrimonio; condición que se presumirá igualmente si en el contrato de adquisición no hay atribución de cuotas (arts. 1.355 y 1.361). Las edificaciones con dinero ganancial en un solar privativo, o las mejoras realizadas con capital privativo en un inmueble ganancial, serán gananciales, «sin perjuicio del reembolso de su valor» (art. 1.359).

Estos párrafos son meramente descriptivos; así regula nuestro Código Civil la titularidad de los bienes privativos y comunes. No se trata de un galimatías interpretativo, ni para lucimiento de la investigadora: es una realidad legal que entorpece considerablemente el cálculo de las cuantías que corresponden a cada cónyuge en caso de crisis matrimonial; y lo entorpece además por la dificultad probatoria que entraña: se presume la ganancialidad, si no hay prueba en contrario o declaración

de confesionalidad del carácter privativo de un bien. Prueba, que constante matrimonio es muy difícil que se consolide en aras de la afectividad que une al matrimonio y de la creencia popular de la división prioritaria por mitad del patrimonio conyugal, motivo por el cual deberían regularse junto con el matrimonio porque al estar regulados en sede de obligaciones y contratos se trata el negocio jurídico como si se tratara de un pacto entre terceros, sin tener en cuenta la situación personal que entraña el matrimonio.

Expuestos los bienes de carácter privativo y ganancial, el código pasa a regular las cargas y obligaciones de la sociedad: el sostenimiento de la familia (alimentación y educación) de los hijos e hijas comunes, según sus circunstancias sociales. También son considerados en este apartado los gastos de sostenimiento de la prole de un sólo cónyuge, aunque se prevé el derecho de reintegro al patrimonio común si se diera una situación de crisis matrimonial, según lo establecido en el artículo 1.362.1.^a y de forma genérica en el artículo 1.364.

Son cargas también las derivadas de la tenencia y administración de los bienes comunes y privativos, pero no las de mejora o mantenimiento de un inmueble, así como la explotación de negocios de cada cónyuge. Cabe preguntarse entonces qué carácter tienen las deudas contraídas por la sociedad de gananciales. Naturalmente, ganancial. Pero en los de carácter privativo y uso ganancial, qué ocurre si el caudal del deudor es insuficiente: responde en primer lugar el patrimonio privativo del obligado, y después el del cónyuge, aunque no haya intervenido en la adquisición de la deuda y ni siquiera si la deuda lo fue para satisfacer las necesidades familiares o no; así, responden los bienes gananciales de las deudas contraídas en el ejercicio de la profesión o comercio de uno de los cónyuges o en la administración ordinaria de los bienes propios; de las obligaciones extracontractuales de un cónyuge en beneficio de la sociedad; del precio aplazado de un bien ganancial adquirido por uno de los cónyuges sin consentimiento del otro. Y de las deudas de juego, siempre que no sean exponenciales (no se limita cuantitativamente); esta responsabilidad se prolonga incluso en situaciones de separación de hecho en las que resulta bastante complicado no solo el consentimiento, sino el mero conocimiento de que se está contrayendo una deuda. «Cada cónyuge responde con su patrimonio personal de las deudas propias y, si sus bienes privativos no fueran suficientes para hacerlas efectivas, el acreedor podrá pedir el embargo de bienes gananciales», establece el artículo 1.373.

La administración de la sociedad conyugal corresponde conjuntamente a ambos cónyuges (art. 1.375), salvo pacto en contrario, del que no se dice si ha de ser expreso o puede ser tácito. Llegado el eventual momento de la liquidación de la sociedad de gananciales, el liquidador debe reducir la cuenta a estas seis partidas:

ACTIVO DE LA SOCIEDAD GANANCIAL	PASIVO DE LA SOCIEDAD GANANCIAL
• Bienes gananciales al momento de la disolución. • Importe actualizado del valor que tenían al ser enajenados. • Importe actualizado de las cantidades pagadas por la sociedad obligación de un solo cónyuge (reintegrables).	• Deudas de la sociedad pendientes de pago. • Importe de los bienes privativos cuya restitución deba hacerse en metálico. • Importe de las cantidades pagadas por uno solo, aunque fueran obligación de la sociedad (créditos).

Saldadas las deudas y cargas, se abonarán las indemnizaciones y reintegros, pudiendo compensar con bienes de la sociedad lo debido a cada uno de ellos. Pero el problema fundamental radica en la dificultad que entraña llegar a constituir esas seis cuentas o partidas de activo y de pasivo, si nos atenemos a las normas que regulan la sociedad de gananciales; vamos a fijarnos en una situación cotidiana como es la adquisición de un bien común, en principio ganancial, por ejemplo un coche con valor de compra de 20.000 euros: el matrimonio en disolución habría adquirido este coche familiar en sustitución de otro más pequeño o más antiguo que el esposo aportó como privativo y que se entrega en el concesionario para acceder al *plan renove* estatal; en principio el nuevo coche es privativo, aplicando el número 3.º del artículo 1.346, porque se adquiere en sustitución de otro. Sin embargo, se va a pagar a plazos, que se domicilian en la cuenta corriente de ambos cónyuges, donde les ingresan sus nóminas, es decir caudal ganancial; si aplicamos el artículo 1.348 en concordancia con el 1356 será ganancial (SAP Burgos 118/2004, de 23 de marzo⁴⁴), pero el titular del bien originario (esposo) puede exigir el reintegro de su valor en la liquidación. Si añadimos alguna otra circunstancia habitual, como por ejemplo que los padres de la esposa le donen una cantidad para que las cuotas periódicas sean más asequibles, nos encontramos con una nueva circunstan-

⁴⁴ ECLI:ES:APBU:2004:382.

cia a tener en cuenta: si no se ha hecho confesión expresa por parte del marido de que ese dinero es privativo de la esposa, será reputado ganancial (SAP Cáceres 247/2005, de 16 de junio⁴⁵). Si por el contrario existe prueba de la privacidad de ese dinero, deberá llevarse a colación en el momento de la disolución para hacer valer su derecho al reintegro. A esto, debemos añadir que un coche es un bien altamente desvalorizable (SAP Burgos 2004), por lo que «el valor al momento de la disolución» será razonablemente más bajo que las cantidades aportadas por cada uno de los cónyuges y por la sociedad.

Y este análisis se ha de aplicar sobre todos y cada uno de los bienes de la sociedad; y sobre los gastos: se puede discutir si es un gasto necesario enviar a las hijas e hijos a estudiar al extranjero, y por lo tanto ha de considerarse una carga del matrimonio; o si por el contrario debería ser abonado exclusivamente por el progenitor o progenitora que hubiera incidido mayormente en la decisión porque excede de la obligación civil mínima. Dependerá de la situación social de la familia, porque es obligado para los progenitores atender a la educación de las hijas e hijos, pero en un sistema en el que la educación pública y gratuita está constitucionalmente reconocida, cualquier gasto educativo extraordinario, es simplemente eso extraordinario, no necesario. Es más, en las familias reconstituidas, en las que ambos cónyuges aportan prole de relaciones anteriores, habrá que hacer las mismas operaciones contables (y demostrar) que los gastos (incluso de manutención) se cubrieron con caudal ganancial, en detrimento de las ganancias del cónyuge no progenitor.

La doctrina civilista analiza el régimen económico matrimonial en sus tratados y manuales. José Ramón Verda dedica un capítulo en su manual a la economía del matrimonio.⁴⁶ En él subraya el principio de libertad del régimen económico matrimonial y su mutabilidad, mediante capitulaciones, así como la necesidad de la publicidad registral en beneficio de terceros. Analiza los aspectos que regula el régimen general o primario y pasa a transcribir cada uno de los artículos que componen el capítulo del código; y lo mismo ocurre en el manual coordinado por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano⁴⁷ o el de Carlos Lasarte y

⁴⁵ ECLI:ES:APCC:2005:359.

⁴⁶ VERDA Y BEHAMONTE, J. R. (2023), *Derecho Civil IV (Derecho de Familia)*. Tirant lo Blanch.

⁴⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2021), *Manual de Derecho Civil. Derechos de Familia*. BERCAL, S.A.

Belén Sainz-Cantero⁴⁸. Estos autores hacen algunas matizaciones en aspectos que están infra regulados: Verda critica que no se establezca una sanción para el cónyuge que actúa sin el consentimiento del otro en la disposición de la vivienda, más allá de la nulidad del negocio jurídico si se demanda expresamente por el cónyuge no consentidor y Lasarte reconoce que la «práctica cotidiana acredita que la gestión individual del patrimonio ganancial no es precisamente una *rara avis*».

Pinceladas de crítica, que no abordan en ningún caso la necesidad de reforma del régimen desde lo más profundo, incluso desde la consideración de ineficacia de unas normas que aún hoy contabiliza cabezas de ganado, pero no tiene en cuenta que el patrimonio actual de la mayoría de los matrimonios en crisis o no, está constituido en el mejor de los casos por una vivienda (la habitual) y por un coche que normalmente se adquiere de la forma en que ejemplizamos más arriba. Por no hablar de la comunicación de bienes y caudales personales y profesionales, en una España en la que el tejido empresarial está constituido de forma mayoritaria por trabajadores autónomos (el 16% de la población activa) o sociedades unipersonales cuya gestión se asimila *de facto* a la de los trabajadores autónomos.

Por todo ello, son muchas las veces en que los matrimonios deben recurrir a la justicia con el fin de liquidar su régimen económico, generando un criterio jurisprudencial que viene a completar la inconsistencia de la legislación en algunos aspectos, al abordar problemas que el código no prevé en absoluto.

La mayoría de los litigios versan en torno a la vivienda y a las cargas familiares, es decir, los gastos a los que deben hacer frente los excónyuges. Asimismo, las deudas contraídas por la sociedad o por uno solo de los cónyuges a las que se ha hecho frente con un caudal que no correspondía: deudas de la sociedad sufragadas con caudal privativo o deudas privativas sufragadas con caudal ganancial.

⁴⁸ LASARTE ÁLVAREZ, C., y SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, B. (2024), *Principios de Derecho Civil. Tomo V. Derecho de Familia*. Marcial Pons.

1. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL IMPACTO ECONÓMICO EN EL PATRIMONIO DE LAS MUJERES DEL RÉGIMEN SUPLETORIO GANANCIAL. SU TRATAMIENTO CON RESPECTO AL PATRIMONIO COMÚN

No hay un criterio jurisprudencial único e inequívoco, por el contrario, las distintas sentencias recogen multitud de interpretaciones casuísticas que intentan hacer coincidir con las normas legislativas aplicables, y vienen a solventar la problemática que generan sobre todo la atribución de cargas y la disposición de la vivienda habitual, que se analizan en el capítulo siguiente.

En orden al resto de los bienes que pueden constituir el patrimonio de la familia, podemos resumirlos en los siguientes puntos:

- Cuentas corrientes: La apertura de una cuenta corriente constante matrimonio por cualquiera de los cónyuges se entiende ganancial (SAP Cuenca de 27 de julio de 2005⁴⁹) aunque la cotitularidad no implica condominio de saldos (SAP Zaragoza 30 de septiembre de 2004⁵⁰), por lo que habrá que determinar de dónde proviene ese saldo (por ejemplo, si es de una herencia se reputara privativo). No obstante, aplicando el artículo 1.347.2.º, los intereses producidos por ese caudal privativo serán gananciales (SAP Zamora de 8 de noviembre de 2004⁵¹ y STS de 15 de febrero de 2013⁵²).
- Títulos-valores: son gananciales si han constituido durante la vigencia del matrimonio, salvo si han sido adquiridos con caudal privativo o por ejercicio del derecho de suscripción preferente, en cuyo caso devienen privativos. Sin embargo, la STS 277/2003 de 24 de marzo⁵³ aplica el artículo 1.347.2.º del código en orden a establecer un derecho de reembolso a favor de la sociedad si no se hizo efectivo para su caudal el beneficio obtenido por las acciones primigenias y por el contrario éste se utilizó para adquirir las nuevas. Doctrina jurisprudencial que se repite en la STS

⁴⁹ ECLI:ES:APCU:2005:282. SAP Cuenca 171/2005, de 27 de julio.

⁵⁰ ECLI:ES:APZ:2004:2373. SAP Zaragoza 512/2004, de 30 de septiembre.

⁵¹ ECLI:ES:APZA:2004:488. SAP Zamora 306/2004, de 8 de noviembre.

⁵² ECLI:ES:TS:2013:505. STS 83/2015, de 15 de febrero.

⁵³ ECLI:ES:TS:2003:2005. STS 277/2003, de 24 de marzo.

de 3 de febrero de 2020⁵⁴ en lo relativo a las reservas no repartidas de una sociedad mercantil (limitada o anónima), por entender que es un caudal del que se ha privado a la sociedad de gananciales.

- Vehículos: SAP de Burgos, Sección 2.ª de 23 de marzo de 2004⁵⁵, para el caso de los vehículos de uso común, y aplicable la normativa relativa a las joyas si es un vehículo de producción limitada, de los calificados como clásicos.
- Ajuar familiar: *a priori* se considera ganancial, salvo que exista prueba en contrario (SAP Las Palmas 29 de septiembre de 2005⁵⁶, entre otras muchas) pero también las donaciones hechas por los progenitores de uno de los cónyuges sin mención de privación (SAP Cáceres de 16 de junio de 2005⁵⁷) o los existentes en la vivienda si tras la liquidación es necesario subastar el inmueble para hacer efectivas las cuotas de cada excónyuge (SAP Teruel de 5 de abril de 2005⁵⁸).
- Joyas y ropa de uso personal, serán reputadas privativas en el primer caso si se adquieren por herencia o donación y en ambos casos cuando no constituyan bienes patrimoniales⁵⁹ (a *sensu contrario* un vestido de alta costura, no se reputará ropa de uso personal, sino bien de carácter patrimonial y seguirá las normas de liquidación legales, dependiendo de con qué caudal se ha adquirido).
- Regalos de boda: son considerados *propter nupcias*, es decir «con ocasión del matrimonio» porque además en muchos casos las donaciones se realizan antes de constituirse la sociedad de gananciales, que sólo comienza a tener efecto al momento mismo de constitución del matrimonio (art. 1.345 CC). Por lo tanto serán privativos si hay prueba que lo avale, o estarán sujetos al proindiviso regulado en los artículos 342 y siguientes del código (STS 15/2004, de 30 de enero)⁶⁰ y con esa condición se llevarán a colación en la eventual liquidación del régimen de gananciales:

⁵⁴ ECLI: ES:TS:2020:158. STS 60/2020, de 3 de febrero.

⁵⁵ ECLI:ES:APBU:2004:384. SAP Burgos 114/2004, de 23 de marzo.

⁵⁶ ECLI:ES:APGC:2005:2820. SAP Las Palmas 444/2005, de 29 de septiembre.

⁵⁷ ECLI:ES:APCC:2005:359. SAP Cáceres 247/2005, de 16 de junio.

⁵⁸ ECLI:ES:APTE:2005:33. SAP Teruel 58/2005, de 5 de abril.

⁵⁹ ECLI:ES:APTF:2002:1357. SAP Santa Cruz de Tenerife 352/2002, de 24 de mayo.

⁶⁰ ECLI:ES:TS:2004:475. STS 15/2004, de 30 de enero.

por ejemplo si la pareja recibe como regalo una lavadora, es un bien común en régimen de proindiviso; si la lavadora se estropea y hay que cambiarla, la nueva se adquiere en sustitución, pero habrá que estar a las normas legales en lo relativo al abono de la nueva: si el caudal es privativo, si es ganancial, o si se adquiere a plazos.

- Bienes semovientes: o cabezas de ganado, que recoge el código en el artículo 1.350 del Código Civil. Más allá de la especialidad, incluso temporal, que supone esta consideración hoy en día, se rige por la norma general de la ganancialidad de rentas o frutos: los animales que supongan un excedente de los que cada cónyuge aportó al matrimonio, serán reputados gananciales (SAP Segovia de 17 de julio de 2002)⁶¹.
- Indemnizaciones: dependerá del acto que motivó la percepción y el momento en el que se produjo, en orden a considerar su ganancialidad o privacidad:
 - a) En las indemnizaciones por despido, aplicando el artículo 1.347.1 del CC, en principio será ganancial porque es «obtenido por el trabajo o industria de uno de los cónyuges», conclusión que el TS en reiterada jurisprudencia ha considerado plena. Ahora bien, hay analizar el momento en que se percibe y si ha de ser considerado como un componente de los derechos inherentes a la personalidad del artículo 1.346.5.º. Así la STS de 26 de junio de 2007⁶² estima que «si bien es cierto que el derecho a ser resarcido por la pérdida del trabajo tiene un fuerte componente moral, también lo es que, en este caso, se cumplen los requisitos exigidos por la jurisprudencia para considerar que la indemnización percibida por [el recurrente] adquirió la condición de bien ganancial, puesto que se ha obtenido aún vigente la sociedad de gananciales (...) y es una consecuencia económica del trabajo efectuado por su perceptor. (...) En suma, que estas indemnizaciones deben seguir el mismo régimen que el salario en relación a su condición de gananciales.» Aplicando esta doctrina jurisprudencial, va más allá la SAP de Lugo, en su sentencia de 7 de octubre de 2020⁶³, cuando acuerda que para el cálculo de

⁶¹ ECLI:ES:APSG:2002:353. SAP Segovia 267/2002, de 17 de julio.

⁶² ECLI:ES:TS:2007:4448. STS 715/2007, de 26 de junio.

⁶³ ECLI:ES:APLU:2020:674. SAP Lugo 454/2020, de 7 de octubre.

la liquidación de la sociedad de gananciales, deberá tenerse en cuenta el momento en que el perceptor inició la actividad laboral que sustenta el despido: será reputada privativa la parte correspondiente al periodo en el que éste permaneció soltero y ganancial la parte correspondiente al periodo en que se vinculó a través de la sociedad de gananciales por haber contraído matrimonio.

- b) En las indemnizaciones percibidas con ocasión de un accidente laboral, se debe aplicar el criterio del artículo 1.346.6.º, es decir ha de considerarse privativo por tener la condición de «resarcimiento por daños inferidos a la persona»; es un derecho personal e intransferible (SAP Valencia 350/2014, de 26 de mayo⁶⁴, entre otras muchas) y discriminable con respecto a la pensión que eventualmente pueda generar y que se analiza en el punto siguiente.
- c) Indemnización por jubilación anticipada: si se percibe durante la vigencia de la sociedad de gananciales, es ganancial; si se percibe después es privativa, aunque no se haya procedido a la liquidación del régimen. Pero de nuevo el criterio jurisprudencial no es unánime o trata de resolver las nuevas cuestiones que plantean los recurrentes: así la SAP Castellón de 7 de julio de 2001⁶⁵, estableció la privacidad de este tipo de indemnizaciones, pero la ganancialidad de los intereses que generase como depósito, en orden a aplicar la ganancialidad de los frutos y rentas que establece el artículo 1.347.2.º
- d) Siguiendo la doctrina del daño moral y el resarcimiento personal de los daños, son privativas las indemnizaciones por accidente de tráfico (STS de 26 de diciembre de 2005⁶⁶), pero si impiden la realización de actividad profesional generan un lucro cesante que sí es ganancial, debiendo discriminar la cuantía correspondiente a esta circunstancia de la cuantía correspondiente a las secuelas (privativa).
- e) Indemnizaciones derivadas de seguros y planes de pensiones: en principio son privativas porque cubren el riesgo contratado por el titular del seguro; pero ¿qué ocurre si las aportaciones se han realizado con dinero ganancial? En este caso la

⁶⁴ ECLI:ES:APV:2014:2395. SAP Valencia 350/2014, de 26 de mayo.

⁶⁵ ECLI:ES:APCS:2001:977. SAP Castellón 380/2001, de 7 de julio.

⁶⁶ ECLI:ES:TS:2005:7527. STS 1039/2005, de 26 de diciembre.

sociedad tiene un crédito a su favor contra el cónyuge titular del seguro o plan: habrá que tener en cuenta además los intereses de lo aportado, el IPC y el origen del dinero con el que se haya ido haciendo frente a las cuotas (ganancial si es por trabajo o por una cuenta corriente en la que se abonan las nóminas o emolumentos procedentes de un negocio o actividad profesional) o del montante del dinero que se haya invertido (por ejemplo una indemnización por despido, por accidente o por una herencia). La propia jurisprudencia es consciente de la dificultad que entraña este cálculo (SAP Madrid de 29 de enero de 2010⁶⁷) por lo que se ha venido aplicando el criterio de la presunta ganancialidad del artículo 1.361 CC, según el cual «se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente a uno de los cónyuges» por lo que las STS 613/1995, de 20 de junio⁶⁸ que se ha reiterado en STS 652/1996, de 24 de julio⁶⁹; STS 1263/2001, de 29 de diciembre⁷⁰, y STS 1265/2002, de 12 de diciembre⁷¹, han determinado que para quebrar la presunción no será suficiente la prueba indiciaria, exigiendo una prueba precisa, expresa y cumplida.

- f) En las indemnizaciones derivadas de una póliza de seguro privado por invalidez permanente, el criterio que rige es el de la ganancialidad, por tener su origen en la prestación laboral cuya contraprestación (es decir el sueldo) es ganancial; pero nuevamente hay un criterio jurisprudencial más detallado y reciente: la STS 668/2017, de 14 de diciembre⁷², estima que será privativa si el contrato de seguro lo suscribió la empresa como tomadora, sin cargo a la nómina del trabajador o trabajadora como pago en especie, pero será ganancial si se suscribió por el trabajador o trabajadora con su sueldo o dinero de la sociedad ganancial y en todo caso si se cobra de manera periódica y no como una única cuantía.

⁶⁷ ECLI:ES:APM:2010:1309. SAP Madrid 58/2010, de 29 de enero.

⁶⁸ ECLI:ES:TS:1995:11218. STS 613/1995, de 20 de junio.

⁶⁹ ECLI:ES:TS:1996:4626. STS 652/1996, de 24 de julio.

⁷⁰ ECLI:ES:TS:2001:10433. STS 1263/2001, de 29 de diciembre.

⁷¹ ECLI:ES:TS:2002:8851. STS 1265/2002, de 12 de diciembre.

⁷² ECLI:ES:TS:2017:4318.

- Pensiones: del mismo modo que las indemnizaciones, las pensiones se reputarán privativas o gananciales dependiendo de diversos factores; *a priori* parece que serán asimilables al sueldo puesto que tributan como rendimientos del trabajo, pero dependerá del tipo de pensión y del momento en que se es acreedor/a del derecho a percibirla. Así, se pueden distinguir:
 - a) Pensión por incapacidad laboral o por jubilación: ganancial constante matrimonio de acuerdo con lo previsto en el artículo 1.349 del Código Civil, interpretado de forma literal por la SAP Madrid 560/2018, de 25 junio⁷³, sobre incapacidad o la STS 1249/2004, de 20 de diciembre⁷⁴, sobre jubilación. El carácter ganancial, lo determina por un lado la periodicidad de la percepción económica, y por otro su condición de cantidad destinada al sustento cotidiano, y no al resarcimiento. Por lo tanto, una vez disuelta la sociedad aunque no se haya procedido a su liquidación, la pensión deviene bien privativo.
 - b) Pensión por jubilación anticipada: en este caso, sin embargo será de carácter privativo, pero no los intereses y frutos que devengue, que serán de carácter ganancial (SAP Valladolid 151/2003, de 21 de marzo⁷⁵) porque siguiendo la doctrina del TS en las STS 1096/1999, de 22 de diciembre⁷⁶, y STS 674/2000, de 29 de junio⁷⁷ consideran su naturaleza privativa por la aplicación de dos preceptos: por su carácter indemnizatorio (art. 1.346.5.º) y por su condición de bien adquirido en sustitución de otro (es decir, del salario) previsto en el número 3º del mismo artículo.
- Arrendamientos y traspasos: los alquileres, considerados como renta o fruto de un bien ya sea ganancial o privativo, son de carácter ganancial. En cuanto a los traspasos, dependerá de la naturaleza del bien: si es ganancial, la cantidad obtenida por el traspaso también lo será. Pero si el bien es privativo, la naturaleza de la cuantía obtenida por el traspaso será de carácter privativo (SAP Badajoz 254/2001, de 22 de octubre)⁷⁸.

⁷³ ECLI:ES:APM:2018:12270.

⁷⁴ ECLI:ES: TS: 2004:8246.

⁷⁵ ECLI:ES:APVA:2003:704.

⁷⁶ ECLI:ES:TS:1999:8370.

⁷⁷ ECLI:ES:TS:2000:5330.

⁷⁸ ECLI:ES:APBA:2001:1350.

- Seguros: corresponderá al tomador o tomadora del mismo, independientemente de con qué numerario se abone la prima, generando así un derecho de reintegro a favor del cónyuge no asegurado o de la propia sociedad de gananciales (STS 15/2004, de 30 de enero)⁷⁹.
- Empresas y establecimientos: sigue la regla general de la ganancialidad si se han constituido constante matrimonio según el artículo 1.347.5.º del código que interpreta sin debate el TS en numerosas sentencias (STS 69/1993, de 8 de febrero⁸⁰, o STS 563/2006, de 1 de junio⁸¹, entre otras) y a *sensu contrario* la privacidad si se han constituido antes de la efectividad de la sociedad de gananciales. En cualquier caso habrá que estar a la normativa establecida en el código en cuanto a: los emolumentos que produce de forma periódica, serán de carácter ganancial (art. 1.347.1.º); el valor de los instrumentos o herramientas que sean necesarios para el ejercicio, serán gananciales o privativos dependiendo del origen del dinero con el que se adquieren, generando un derecho de reembolso a favor del otro cónyuge o de la sociedad de gananciales (art. 1.346.8.º); en el caso de los locales en propiedad en los que se ejercite la actividad, serán del titular del mismo como derecho real.
- Dinero del juego: constituye un valor ganancial, porque se presume que la cantidad invertida lo es (art. 1.351). Si se demuestra su privacidad, deviene privativo; pero los frutos y rentas que genere son gananciales. En este sentido, llama la atención la regulación que se hace de las pérdidas sufridas por deudas de juego, que también son de carácter ganancial (art. 1.371) con un límite subjetivo, valorable por el juzgador: «siempre que el importe de aquella pérdida pudiera considerarse moderada», pudiendo causar un grave perjuicio al cónyuge no jugador.

De la doctrina jurisprudencial expuesta se puede extraer a modo de conclusión las siguientes apreciaciones:

1. Es determinante el momento en el que se genera la titularidad del bien: antes de la disolución de la sociedad de gananciales que

⁷⁹ ECLI:ES:TS:2004:475.

⁸⁰ ECLI:ES:TS:1993:19097.

⁸¹ ECLI:ES:TS:2006:3326.

tiene lugar al interponer la demanda de separación o divorcio, sin perjuicio de una posterior liquidación.

2. El carácter patrimonial del bien en cuestión, que trata de arrojarse a su titular en función de diversas normas: indemnizaciones, herencias, donaciones personales, derechos reales; o su carácter económico, directamente relacionado con el levantamiento de las cargas: por eso, la periodicidad de frutos, rentas, salarios, pensiones, determina la ganancialidad.

La pregunta que debemos hacernos en este punto es si se aplica o no la perspectiva de género en estas liquidaciones: no se tiene en cuenta el hecho de que *de facto* la administración de la sociedad de gananciales suele ser asumida por uno solo de los cónyuges, situación de la que Lasarte (2021, p.195) manifiesta que no es una «*rara avis*». Nos debemos preguntar quién asume normalmente esta función, toda vez que el Código Civil proclama en su artículo 1.375 que «la gestión y disposiciones de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a los cónyuges» pero no prohíbe pacto en contrario ni establece que éste deba ser expreso o por el contrario pueda ser tácito: lo que da lugar a multitud de situaciones en las que uno solo de los cónyuges administra sin conocimiento del otro, en aras de la paz familiar, de la confianza generada por el vínculo matrimonial o en la simple operatividad cotidiana de la familia, dando lugar en muchos casos a un empobrecimiento del cónyuge no administrador que llegado el momento de la disolución no se analiza en un contexto familiar o conyugal, sino siguiendo las normas generales de la liquidación de un contrato o negocio entre terceros.

Lo cierto es que la sociedad está respondiendo a este problema de forma privada; la estadística notarial arroja en mayo de 2024 unos resultados sorprendentes en lo relativo a la forma en que las parejas resuelven este problema: el 92,3% de los matrimonios notariales optaron por otorgar capitulaciones matrimoniales previas en el que se decantan por la separación de bienes. No hay datos con respecto a los matrimonios que se celebran en el Registro Civil.

Esta circunstancia, está contextualizada por una coyuntura de cambio, en el que gana terreno el matrimonio civil contraído ante notario, que goza de un procedimiento de información a los cónyuges acerca de las obligaciones económicas que contraen, extremo que no tiene lugar en los matrimonios cuyo expediente matrimonial se sigue ante el Regis-

tro Civil, ya sea en oficina registral o revestidos de otro rito de carácter religioso.

Es decir, si hay una actividad informativa a los contrayentes, éstos optan por un régimen económico más dinámico, en el que la eventual liquidación esté más clara desde el principio: lógicamente se trata de una decisión que debemos contextualizar en una sociedad que ya no ve el matrimonio como una institución perpetua sino que ha normalizado el divorcio; una sociedad en la que generalmente la mujer accede a la vida pública y al mercado de trabajo sin discusión y que aporta a la sociedad matrimonial no sólo actividad doméstica, sino capital.

En cualquier caso, aún existe una coyuntura que en muchos casos hace que esas capitulaciones sean inoperantes: es necesario inscribirlas en el Registro Civil para que tengan validez ante terceros, hecho que no siempre se lleva a cabo porque constituye una actividad administrativa añadida.

Además, estas capitulaciones, que en la estadística notarial no discrimina entre matrimonios nuevos y de segundas nupcias tampoco nos sirve para determinar que esté habiendo un cambio efectivo en la mentalidad de los jóvenes contrayentes, o si es una forma de defensa de los contrayentes en segundas nupcias.

Hay que incidir también en un fenómeno nuevo, el denominado *divorcio gris*, término que ha acuñado la psicología y el periodismo para referirse a los divorcios en los matrimonios de entre 40 y 60 años: es decir, aquellos que se contrajeron en los años 80, 90 y 2000, que tienen hijos cercanos a la mayoría de edad o mayores de edad aún dependientes económicamente, que se contrajeron en régimen de sociedad de gananciales y en los que las mujeres aún fueron sujeto de abandonos laborales, reducciones de jornadas o rechazos de promoción profesional en aras de la atención a la familia. Esas mujeres, protagonistas del *divorcio gris*, son las principales damnificadas del régimen económico matrimonial ganancial que aquí se cuestiona.

Capítulo 6

■ La problemática que genera la liquidación del régimen económico matrimonial ganancial

A la dificultad que entraña la simple reducción del patrimonio de los casados en régimen ganancial a nivel contable, hay que añadir que se ve además obstaculizada por el tratamiento procesal en los Tribunales. La reciente STS 564/2024, de 25 de abril¹, establece que una vez declarado disuelto el matrimonio por divorcio o constatada la separación de hecho durante más de un año por mutuo acuerdo o por abandono del hogar transcurrido el mismo periodo de tiempo, quedará disuelta la sociedad de gananciales.

En ambos casos hay un lapso de tiempo en el que la sociedad ganancial sigue vinculando a los cónyuges aunque hagan vidas separadas o medie entre ellos algún conflicto: es cierto que se prevé la anotación preventiva de la demanda de divorcio o separación en el Registro Civil, según lo previsto en el artículo 272 del Reglamento del Registro civil en el mismo momento de su admisión; pero de nuevo, este acto tendrá valor *a posteriori* para llevar a colación en el momento de la liquidación las disposiciones de bienes que se puedan haber hecho de forma fraudulenta por alguno de los cónyuges o simplemente sin consentimiento o conocimiento del otro cónyuge; pero no asegura el bloqueo inmediato de la sociedad, por lo que puede generar situaciones en fraude de ley que será necesario solventar después, incluso en otros procedimientos fuera del entorno del Derecho de familia.

¹ ECLI:ES:TS:2024:2056.

En la misma resolución de reconocimiento de divorcio o separación, la sociedad ganancial se declara disuelta; si los cónyuges acuerdan un determinado reparto, pueden aportarlo en ese momento procesal o acudir a una notaría y elevarlo a público; o pueden acudir a la justicia en un momento posterior para declarar su acuerdo ante la Letrada o Letrado de la Administración de Justicia, todo ello en virtud de lo previsto en la «Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria».

En caso contrario comienza el procedimiento contencioso de liquidación, que se escinde en dos momentos procesales distintos: la formación de inventario regulado en los artículos 808 y 809 de la «Ley de Enjuiciamiento Civil», que se ventila mediante una comparecencia ante la Letrada o Letrado de la Administración de Justicia; este trámite puede terminar en acuerdo, recogido en un Decreto liquidatorio que permite el reparto de bienes y saldos y es inscribible en los correspondientes registros de propiedad; o por el contrario si no hay avenencia entre las partes, dará lugar a una vista ante el juez o jueza de primera instancia o de familia que resolverá estableciendo un inventario, siguiendo las normas legales y jurisprudenciales antes analizadas, es decir reduciendo el patrimonio a las seis partidas contables determinadas anteriormente.

En este caso, las partes pueden liquidar en base a esa resolución adjudicándose cada uno bienes suficientes para cubrir su cuota, o deberán acudir a un nuevo procedimiento judicial, recogido en el artículo 811 de la LEC, en el que se atribuya a cada excónyuge la titularidad de determinados bienes para saldar su participación en la extinta sociedad ganancial de la que formó parte.

Un largo y tortuoso camino, que está muy lejos de la creencia popular de la inmediatez de «la mitad para cada uno». Durante todo este tiempo será necesario seguir viviendo en un lugar, seguir levantando las cargas de la familia, seguir utilizando los instrumentos y herramientas del negocio familiar, seguir cobrando pensiones y arrendamientos.

No obstante, y a pesar de la dificultad que entraña la propia liquidación del patrimonio conyugal, existen determinados aspectos que representan una problemática más profunda e inmediata:

I. La atribución del domicilio. Estados posesorios

Históricamente se ha identificado *la casa* en la que habita una persona o una familia con su lugar de referencia a efectos civiles, allí donde puede ser localizada y por el que se la puede identificar, incluso

un símbolo de estatus social. El concepto de domicilio evolucionó desde las coordenadas espaciales concretas en que *la casa* se encontraba, hasta un concepto jurídico más inmaterial para determinar el lugar en el que se desarrolla la intimidad personal y familiar².

Si nos atenemos a la condición de ciudadanía que otorga el Ordenamiento Jurídico, el domicilio es para una persona, de acuerdo con lo contenido en el artículo 40 del Código Civil «el lugar de su residencia habitual» predispuesto «para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles». Por eso, según el artículo 19 de la Constitución Española de 1978 «los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia»; y también en orden a afianzar el Estado de Derecho que nuestra constitución establece en su artículo 1.1, se declara su inviolabilidad en el artículo 18.2 del mismo cuerpo legal.

Es por lo tanto un instituto al que el OJ otorga una gran relevancia, al incluirlo en sede de derechos fundamentales, por considerar el derecho a tenerlo, mantenerlo y respetarlo como un valor fundamental, un derecho inherente a la persona humana.

La libertad personal de elección del lugar de residencia se ve modificada al contraer matrimonio, toda vez que la elección ha de hacerse de común acuerdo entre los cónyuges según predica el artículo 68 CC, puesto que más allá de la relación afectiva de los contrayentes «los cónyuges están obligados a vivir juntos»; hasta el punto de que si no hay acuerdo, se faculta a cualquiera de ellos para acudir a la justicia que mediante resolución lo debe determinar en interés de la familia (art. 70); y va más allá facultando también a cualquiera de los contrayentes para que acuda al amparo judicial a la hora de disponer de la vivienda que alberga el domicilio porque como hemos visto no es considerado como algo exclusivamente material, sino el lugar en el que se desarrolla la intimidad familiar: así el artículo 1.320 CC en sede de régimen económico matrimonial, establece que «para disponer de los derechos sobre

² Sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 22/1984, de 17 de febrero, ECLI:ES:TC:1984:22, que establece que la inviolabilidad del domicilio protege no solo el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de su esfera privada, habiendo definido el domicilio inviolable como «un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima». Por lo tanto, constituye domicilio constitucionalmente protegido, cualquier lugar, cualquiera que sea su condición y característica, donde vive una persona o una familia, sea propiamente domicilio o simplemente residencia, estable o transitoria, incluidas las chabolas, edificaciones ruinosas que sirvan de cobijo a personas sin residencia fija, tiendas de campaña, roulottes que no sean medios de transporte.

la vivienda habitual (...) aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial»; lo que claramente discrimina entre la titularidad patrimonial del inmueble y el derecho que sobre el domicilio tienen otras personas vinculadas a él por el uso familiar.

Por lo tanto, si al sustantivo «domicilio», le añadimos el epíteto de «conyugal» o «familiar» nos encontramos con una situación que puede generar muchos conflictos en caso de crisis matrimonial; porque habrá que determinar qué ocurre con el domicilio familiar en caso de separación o divorcio, cuál de los dos cónyuges debe o puede quedarse en él y qué implicaciones económico-patrimoniales tiene la atribución a cualquiera de los excónyuges, lo que puede dar lugar a un menoscabo patrimonial para uno, otro o los dos cónyuges.

Si hacemos un breve recorrido histórico podemos encontrar algunas de las claves que han supuesto tradicionalmente un perjuicio patrimonial y por lo tanto una fuente de desigualdad en el uso de la vivienda, mayoritariamente para las mujeres. La condición de sometimiento de la esposa a través de la dote en casi todos los ordenamientos jurídicos, nos da una clara visión de que históricamente el domicilio conyugal no era tal, sino simplemente el domicilio del marido; en la tradición patrilínea de nuestro derecho, en el que la matriarcalidad es meramente testimonial y muy localizada, el traslado o la llegada de la esposa a la casa del marido era considerado como parte del rito por el que se formalizaba el matrimonio y entronca directamente con el concepto de compra o adquisición. El *cabeza de familia* tenía potestad sobre la esposa, lo mismo que sobre hijas e hijos, sirvientes y sirvientas, semovientes y ajuar doméstico, todo era parte de *la casa* del marido, en la que se localizaba la familia.

Claro ejemplo de ello es el derecho romano, en el que la mujer que contrae matrimonio se traslada al domicilio del marido y pierde todo tipo de relación jurídica con su familia biológica; y no menos excluyente es el derecho germano, en el que, a pesar de ser mucho más proclive a la comunidad familiar, el matrimonio suponía la salida del clan familiar de origen para incorporarse por matrimonio al del marido. Si la mujer enviudaba o era repudiada no tenía un lugar que pudiera considerar *su casa*: vivía, no por derecho sino por caridad en la casa de su marido, supeditada a los herederos varones de éste (hijos, hermanos o suegro), o volvía a la suya de origen, supeditada de nuevo al padre o hermano en su defecto.

Con la llegada de la economía capitalista y la eclosión de la clase media con sus nuevos valores constitucionales, la situación de la mujer casada en cuanto al domicilio no varía mucho en las clases altas: la alta burguesía, deudora de los valores de la nobleza, mantiene la tradición de la dote y del domicilio a cargo del varón, cabeza de familia. En las clases medias y bajas se produce un cambio radical pero solo desde el punto de vista económico, porque la adquisición de un inmueble o el abono de la renta si se arrienda, no en pocas ocasiones se hace a costa de ambos cónyuges. Sin embargo, esto no tendrá en ningún caso un reflejo jurídico en la regulación legal del domicilio: toda la doctrina civilista que se desarrolla a lo largo del siglo XIX en pro de la redacción y posterior aprobación del Código Civil de 1889, incide en el concepto de la potestad del cabeza de familia que se apuntala con la existencia física de un lugar (domicilio) en el que se ejerce sobre todas las personas y cosas que la integran. Se trata de un concepto de carácter patrimonial, todo lo que está dentro de la casa (domicilio) es propiedad de su titular.

En la II República, el artículo 31 de la Constitución de 1932 (que la vigente de 1978 casi parafrasea) reconoce que «todo español podrá circular libremente por el territorio nacional y elegir en él su residencia y domicilio»; aseveración que se ve sin embargo restringida para las mujeres casadas que se divorcian ya sea por mutuo disenso o no, porque de acuerdo con lo establecido en el artículo 44 de la Ley de Divorcio de 1932, «el juez adoptará las disposiciones siguientes que durarán hasta que termine el juicio por sentencia firme: (...) 2º señalar el domicilio de la mujer (...)», figura que cuesta encajar, máxime cuando unas líneas más abajo habla de «constituirse el depósito» precisamente refiriéndose a este señalamiento: es decir con el divorcio, y a la espera de resolución firme, la mujer es *depositada* en un domicilio establecido judicialmente y de conocimiento público, a cargo de un varón cabeza de familia.

La llegada de la dictadura franquista, con la imposición de la moral socialcatólica característica del periodo, no mejora las cosas para las mujeres en cuanto al domicilio. El concepto de cabeza de familia que nunca había abandonado del todo la sociedad civil se ve apuntalado con más fuerza por el OJ y el modelo impuesto de esposa sumisa y madre abnegada, tampoco contribuye a ello.

No será hasta 1953 cuando la abogada Mercedes Fórmica publique de su artículo *El domicilio conyugal* en el periódico ABC³, cuando el

³ FÓRMICA-CORSI HEZODE, M., *op. cit.*

régimen se replanteará la situación jurídica de la mujer casada, acometiendo la reforma del CC en 1958 que determinó, entre otras reformas, que el domicilio en el que habitaban los esposos con sus descendientes, si los había, sería considerado como conyugal, no del marido, lo que permitió resolver a la justicia en favor de la permanencia de la mujer y su prole en el mismo, en caso de separación matrimonial culpable por parte del esposo.

El advenimiento de la democracia y la aprobación de la CE en 1978 con el reconocimiento de la igualdad formal entre mujeres y hombres en su artículo 14, constituye un nuevo hito. Asimismo, la reforma del CC que tiene lugar tras la aprobación de la «Ley del Divorcio en 1981», plantea un nuevo contexto que la Justicia se ve en la obligación de abordar ante las demandas de divorcio; en un primer momento, se adjudicará, casi de forma automática, el uso de la vivienda que ya se denomina *familiar* a la esposa que también casi sin discusión se convierte en progenitora custodia de las hijas e hijos habidos durante el matrimonio. Así, el artículo 96 del CC a partir de 1981 queda redactado del siguiente modo:

«En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.

No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial».

Es decir, que se trata de proteger al cónyuge en cuya compañía queden la prole y/o al cónyuge económicamente más desfavorecido con la adjudicación del uso de la vivienda; que era de forma habitual la mujer, ya que generalmente no contaba con ingresos propios por desempeño de una actividad laboral o profesional y la que normalmente se hacía cargo de la guardia y custodia de los menores y/o discapacitados.

La regulación del CC tras la reforma de 2005 en la que se incorpora el denominado «divorcio *express*», la Ley 8/2005, de 15 de julio, no modifica el artículo 96 en lo relativo a la atribución del domicilio fami-

liar más allá de los efectos que conlleva el establecimiento de la custodia compartida, operando así una clara diferencia entre el bien inmueble que alberga el hogar familiar y el domicilio propiamente dicho con todas las implicaciones jurídico-afectivas que genera.

Con esta interpretación, la casuística en la que podemos detectar un cierto menoscabo patrimonial es muy diversa: la vivienda puede ser propiedad ganancial de ambos excónyuges y por lo tanto sometida a la regulación que se viene analizando, al margen de la atribución a uno u otro. Pero puede ser propiedad de uno solo de ellos, por donación; o haberla ocupado el matrimonio por derecho de uso atribuido por cesión de un tercero propietario (por ejemplo, la familia de uno de los cónyuges cede el uso de una vivienda al nuevo matrimonio); o puede estar hipotecada o en arrendamiento.

La regla interpretativa general es la de la atribución al cónyuge custodio o al que quede en peor situación económica (art. 96 del Código Civil), con el límite temporal que se fije entre las partes o en resolución judicial: normalmente hasta que las hijas e hijos sean mayores de edad, o independientes económicamente o hasta que el cónyuge a quien se ha atribuido el disfrute establezca una nueva relación estable de afectividad o contraiga nuevo matrimonio. En este sentido, la STS 641/2018, de 20 de noviembre⁴ —doctrina reiterada en las STS 568/2019⁵, de 29 de octubre y STS 488/2020, de 23 de septiembre⁶— se pronunció, al respecto, al entender que una situación de tal clase implica la pérdida de la condición de vivienda familiar.

Asimismo, considera el TS que la atribución del uso a la esposa (normalmente en peor situación económica) sin limitación temporal infringe el artículo 96 CC. En este sentido, la jurisprudencia sostiene, sin apenas debate que considerar que «a la esposa, por ser titular del interés más digno de protección, cabe adjudicarle sin límite de tiempo el uso de la vivienda familiar, infringe la doctrina de la sala (STS 73/2014, de 12 de febrero⁷; STS 176/2016, de 17 de marzo⁸; STS 31/2017, STS 33/2017 y STS 34/2017, todas ellas de 19 de enero⁹; STS

⁴ ECLI:ES:TS:2018:3882.

⁵ ECLI:ES:TS:2019:3489.

⁶ ECLI:ES:TS:2020:3033.

⁷ ECLI:ES:TS:2014:1229.

⁸ ECLI:ES:TS:2016:1162.

⁹ ECLI:ES:TS:2017:113, ES:TS:2017:114 y ES:TS:2017:115 respectivamente.

390/2017, de 20 de junio¹⁰, y STS 527/2017, de 27 de septiembre¹¹)». Interpretación, que sin embargo deberá ponerse en concordancia con la capacidad de la exesposa para acceder a una nueva vivienda, teniendo en cuenta las condiciones que establece el artículo 97 el Código Civil. Por ello, la jurisprudencia ha venido a establecer el límite de uso en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales (STS 726/2013, de 19 de noviembre)¹², si no existe otra circunstancia limitante como la capacidad económica de las hijas e hijos o el establecimiento de una nueva relación marital o análoga de afectividad.

En el caso de la cesión, el cedente podrá instar el desahucio por precario del excónyuge al que se haya atribuido el uso (una exnuera o un exyerno), haciendo prevalecer el derecho real de propiedad que pesa sobre el inmueble, por delante del derecho de familia (SAP Madrid 272/2020, de 2 de julio)¹³; si de la propiedad del inmueble en el que se encuentra la vivienda familiar es titular un arrendador o un tercero hipotecario, podrá éste instar el desahucio siempre en caso de impago de la renta o la cuota, independientemente de los acuerdos entre los excónyuges o de lo que establezca la resolución judicial: no es oponible a terceros el derecho de uso de la vivienda en virtud de una resolución de derecho de familia frente a los derechos reales del propietario, sin perjuicio de instar otras acciones judiciales, por ejemplo las que tengan su fundamento jurídico en la atribución de la condición de vulnerabilidad de la familia, recogidas en la reciente regulación del «Real Decreto-Ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica»; y sin perjuicio también de iniciar el correspondiente procedimiento de ejecución de sentencia frente al cónyuge deudor si ha dejado de abonar la parte de la cuota que le correspondía, o el de reclamación de cantidad que pudiera interponerse, si el otro cónyuge lo ha abonado todo a su costa.

Finalmente, en los casos en los que se establece la custodia compartida a favor de ambos cónyuges, de nuevo nos encontramos con una casuística muy diversa: prevalece la doctrina del TS en cuanto al establecimiento del límite temporal; es decir podrá adjudicarse el uso al cónyuge más desfavorecido incluso aunque el inmueble sea de titularidad privativa del cónyuge conminado a abandonar el domicilio pero por

¹⁰ ECLI:ES:TS:2017:2504.

¹¹ ECLI:ES:TS:2017:3439.

¹² ECLI:ES:TS:2013:5509.

¹³ ECLI:ES:APM:2020:7637.

el tiempo necesario para que el otro cónyuge pueda encontrar una nueva vivienda (STS 835/2022, de 25 de noviembre)¹⁴ a la que trasladarse para poder seguir ejerciendo la custodia compartida.

Otra posibilidad es la atribución de la vivienda familiar a las hijas e hijos menores y por lo tanto los que permanecen en ella, en una figura denominada casa-nido, porque en este caso serán los progenitores los obligados a trasladarse de domicilio en los periodos de tiempo en los que deban ejercer la custodia. Se mantiene el concepto de vivienda familiar, pero supone una gran inversión económica puesto que será necesario disponer de tres viviendas y además quiebra el derecho de los excónyuges a disponer de un domicilio en el que puedan desarrollar su propia intimidad personal.

II. El problema del levantamiento de las cargas en los distintos modelos de familia. Las pensiones de alimentos y compensatoria

El levantamiento de las cargas del matrimonio constituye la principal obligación pecuniaria de los cónyuges. Ya lo recoge el artículo 1.318 del Código Civil en sede de disposiciones generales, es decir en el régimen primario aplicable a cualquier tipo de régimen económico matrimonial, al aseverar que «los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio». En el artículo 1.362 CC en el capítulo dedicado a la sociedad de gananciales, se reitera la obligación de cubrir las cargas del matrimonio con esos bienes en primer lugar y con los privativos si no fueran suficientes.

Hay que distinguir entre los gastos derivados del sustento familiar por un lado (art. 1.362.1.^a) y los que tienen su origen en la gestión patrimonial (1.362.2.^a, 3.^a y 4.^a), por otro. Los primeros, representan una problemática extensa, diversa y concreta: son los alimentos, que se generan en virtud de la obligación paternofamiliar recogida legalmente como reflejo de la más elemental obligación de derecho natural de los progenitores hacia su prole normalizado constitucionalmente en el artículo 39.3 de la CE. De forma general, están regulados en el artículo 142 del Código Civil:

¹⁴ ECLI:ES:TS:2022:4424.

«Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable»,

porque siguiendo lo preceptuado en el artículo 92 del Código Civil, «la separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos» por lo 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», según el artículo 93.

Se incluye en el cálculo la cuantía destinada al arrendamiento de la vivienda familiar, pero no el pago de la hipoteca: la STS 188/2011, de 28 de marzo¹⁵, estableció como doctrina jurisprudencial que dicho abono de la cuota, es una carga del matrimonio y no de la familia; la adquisición de vivienda es una inversión, directamente relacionada con la capacidad patrimonial de los cónyuges, que puede ser satisfecha en distintas proporciones, en virtud de las cuales se hará después el correspondiente cómputo si se dispone la venta del inmueble a un tercero o se adjudica a uno de los cónyuges en virtud de la liquidación de la sociedad de gananciales.

Esta cobertura se hará teniendo en cuenta, la capacidad económica del o la alimentante (progenitores), las necesidades del o la alimentista y las circunstancias socio económicas de la familia. Pero debemos distinguir el tratamiento jurídico y procesal que se infringe a la figura dependiendo de si los o las perceptoras son menores o mayores de edad (art. 93.2).

- a) En el caso de los menores de edad, se trata de una obligación constitucional derivada del deber de protección y manutención de la prole. Generalmente en caso de crisis matrimonial, se establece una pensión de alimentos a favor de las hijas e hijos que, por ser menores de edad, administra el progenitor/a custodio/a: es decir, el sujeto del derecho es el hijo o hija menores, no el progenitor/a con el que convivan. Esta circunstancia, genera una gran problemática en la práctica, pues aún hoy en día son muchos los obligados al pago que tienen la

¹⁵ ECLI:ES:TS:2011:1659.

percepción infundada de estar abonando la cantidad correspondiente a su excónyuge, lo que según el deudor podría justificar su impago. No hay establecida una cuantía fija, por lo que la deberá determinar el juez o jueza en base a los siguientes criterios establecidos de forma jurisprudencial:

- Cuantía de los ingresos de los progenitores.
- El número y edad de hijos e hijas.
- El lugar de residencia.
- Las necesidades de vestido, cobertura sanitaria, comida, educación.
- Las necesidades especiales derivadas de discapacidades o enfermedades crónicas.
- Las necesidades económicas de los progenitores.

Todos ellos constituyen los denominados gastos ordinarios; las resoluciones suelen incorporar una cláusula que permita disponer sobre los gastos extraordinarios, tanto de los que se incluyen en dicha categoría como la forma de abonarlos por parte de cada progenitor/a. Esta obligación del o la alimentante no está sujeta a plazos, es continua, por más que la jurisprudencia generalmente los hace exigibles retrotrayendo su efectividad al momento en que se interpone la demanda de separación o divorcio, creando así una carga excesiva al progenitor/a custodio/a y un enriquecimiento injusto al no custodio, salvo en el caso en que no esté determinada la filiación. El progenitor/a custodio/a podrá reclamar esa cantidad intermedia, pero en otro procedimiento distinto al de familia. Y debe tenerse en cuenta a la hora de fijarlos, el concepto acotado por la jurisprudencia en diversas sentencias (STS 162/2016, de 16 de marzo¹⁶, o la STS 483/2017, de 20 de julio¹⁷) de «mínimo vital», es decir la cuantía mínima necesaria para el sustento de la prole. Es una obligación tan arraigada en el derecho natural, que solo podrá suspenderse temporalmente en caso de indigencia del progenitor o progenitora obligada, tal y como estima la STS 632/2022, de 29 de septiembre¹⁸.

El impago de estas pensiones, así como los pagos parciales son reclamables por la vía civil por el progenitor/a custodio/a, único/a legitimado/a para ejercer dicha acción como administrador/a de la pensión en favor de las y los menores. Generan intereses por morosidad y

¹⁶ ECLI:ES:TS:2016:1295.

¹⁷ ECLI:ES:TS:2017:3021.

¹⁸ ECLI:ES:TS:2022:3565.

permiten el embargo de cualquier emolumento, sueldo o salario, pensión o bien de carácter patrimonial del ejecutado, pero es objeto de un procedimiento de familia diferente al de separación o divorcio, el de ejecución de sentencia que se regula en los artículos 517 a 711 de la «Ley de Enjuiciamiento Civil».

Puede dar lugar además a un tipo penal contenido en el artículo 227 del Código Penal (en adelante, CP) que establece:

«El que dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses».

Se denomina delito de impago de pensiones o impago de alimentos. O al delito de abandono de familia, regulado en el artículo 226 CP:

«El que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de arresto de ocho a veinte fines de semana».

El cumplimiento del tipo penal requiere una conducta omisiva por parte del obligado/a al pago, pero también una conducta dolosa, es decir que el sujeto obligado conozca su obligación y no tenga voluntad de hacerla efectiva. Sólo es perseguible a instancia de parte, mediante querrela (STS 557/2020, de 29 de octubre)¹⁹: es decir, el progenitor acreedor o acreedora como administradora en nombre de la hija o hijo titular del derecho, incluso si es mayor de edad en hijos matrimoniales, deberá iniciar el procedimiento penal, distinto del procedimiento original de familia. El impago de las pensiones de alimentos puede conllevar incluso la suspensión del derecho de visitas y comunicación del progenitor, y en orden a lo establecido en el punto 3 del artículo 224 también será considerado delito de abandono de familia el impago de la parte correspondiente de la cuota hipotecaria de la vivienda habitual de la familia (STS 348/2020, de 25 de julio)²⁰.

¹⁹ ECLI:ES:TS:2020:3554.

²⁰ ECLI:ES:TS:2020:2158.

Existen otros tipos penales a tener en cuenta en relación con éste, sobre todo para calificar de dolosa la comisión del delito del 227 CP: son los artículos 257 y 258 que definen el alzamiento de bienes y los artículos 259 y 260 CP que hacen lo propio en cuanto al delito de insolvencia punible.

La deuda de alimentos a los hijos e hijas menores es siempre preferente. Recientemente ha aumentado hasta en un 70% la declaración en concurso de acreedores de personas físicas, lo que permite al concursado exonerarse de sus deudas: sin embargo, la deuda por impago de pensiones de alimentos no es exonerable, y por lo tanto se abona contra la masa patrimonial del deudor; es cierto que el artículo 124 de la «Ley Concursal, Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo», prevé el pago de las deudas solo si hay bienes suficientes en la masa, por lo que el Juzgado de lo Mercantil puede acordar la reducción de la cuantía que se pague de forma temporal, dejando libre la vía de la reclamación del resto de la cuantía al concursado en un procedimiento posterior: no se modifica la medida, porque la jurisdicción mercantil carece de dicha competencia, sino que se ajusta el abono temporal para salir de la situación de concurso, mediante la recalificación del crédito. Si la medida se adopta durante el estado concursal, la administración concursal deberá personarse en el procedimiento de familia.

En cualquier caso, el artículo 90.4 del Código Civil, establece que «el juez o las partes podrán establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio», posibilidad que raramente se aplica, y que parece excluir las situaciones contenciosas porque no se refiere a la resolución judicial, en las que sin embargo es más habitual el impago.

- b) Con respecto a las hijas e hijos mayores de edad, pero no económicamente independientes, la obligación se fundamenta directamente en el artículo 142 del Código Civil, es decir en la obligación de prestarse alimentos entre parientes, tal y como se ha constituido doctrina de sala en las STS de febrero de 2015 y de 2019, y por lo tanto no se refiere al límite temporal de la mayoría de edad, sino al de la suficiencia económica (STS de 7 de marzo de 2017)²¹.

²¹ ECLI:ES:TS:2017:857.

Para el cálculo de la pensión de alimentos, deberán tenerse en cuenta los mismos criterios que hemos analizado para la de menores, pero habrá de añadirse alguna circunstancia que puede resultar modificativa e incluso extintiva del derecho a percibir la pensión alimenticia: la conducta del o la alimentista es determinante, en orden a su proceder personal y al apego o respeto que otorgue al alimentante: así la STS 32/2019, de 17 de enero²², acuerda la extinción de la pensión por no haber relación afectiva ni personal entre alimentista y alimentante o por no haber voluntad de llegar a la suficiencia económica por parte del alimentista, lo que recogen diversas sentencias, como la STS 104/2019, de 19 de enero²³, que define como «parasitismo social» el del alimentista demandante, o la SAP Albacete 78/2017, de 8 de marzo²⁴, que insta al alimentista mayor de edad a buscar «cualquier ocupación»; en sentido similar la «falta de aprovechamiento en los estudios» que puede traducirse en tardanza excesiva en finalizarlos, discontinuidad en su ejecución, o simple apatía que recoge la SAP Barcelona 307/2019, de 9 de mayo²⁵; es unánime la doctrina al exigir prueba cumplida y no indiciaria para negar el derecho de alimentos.

En nuestro Código Civil, el fundamento legal lo encontramos en el artículo 152.3.º que establece que cesará la obligación del o la alimentante: «Cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia»; sin embargo la legislación autonómica contiene una regulación más expresiva y concreta de esta situación: así el Código Civil aragonés en su artículo 69 determina que

«1. Si al llegar a la mayoría de edad o emancipación el hijo no hubiera completado su formación profesional y no tuviera recursos propios para sufragar los gastos de crianza y educación, se mantendrá el deber de los padres de costearlos, pero solo en la medida en la que sea razonable exigirles aún su cumplimiento y por el tiempo normalmente requerido para que aquella formación se complete. 2. El deber al que se refiere el apartado anterior se extinguirá al cumplir el hijo los veintiséis años, a no ser que, convencional o judicialmente, se hubiera fijado una edad distinta, sin perjuicio del derecho del hijo a reclamar alimentos».

²² ECLI:ES:TS:2019:49.

²³ ECLI:ES:TS:2019:502.

²⁴ ECLI:ES:APAB:2017:175.

²⁵ ECLI:ES:APB:2019:4789.

Y el 70, por su parte, establece legalmente los deberes de las hijas e hijos al reconocer expresamente que «la dirección de la vida y economía familiar corresponde a los padres. Los hijos deben cumplir las reglas de convivencia que los padres dispongan razonablemente y contribuir equitativamente a la satisfacción de las necesidades familiares. Los padres podrán exigir del hijo el cumplimiento de esa obligación».

Desde el punto de vista procesal, debemos atender a distintas circunstancias, y distinguir solo a efectos de legitimación activa, entre hijas e hijos matrimoniales o extramatrimoniales: para solicitar los alimentos de mayores de edad convivientes en un procedimiento de divorcio o separación, está legitimado el progenitor con el que se convive, lo mismo que si se insta una modificación o extinción de la pensión prevista para menores que han devenido mayores de edad, en base a la regla procesal de los antecedentes, porque el origen el conflicto está en una crisis matrimonial. Si se trata de una pareja de hecho, la reclamación inicial de alimentos de menores se ventila como un procedimiento de familia, y lo mismo las modificaciones incluso derivadas de la mayoría de edad, siempre y cuando los hijos e hijas sean menores; sin embargo si el procedimiento de reclamación de alimentos se inicia cuando el o la alimentista ya es mayor de edad, deberá seguirse por un procedimiento civil general y sólo estará legitimado o legitimada dicha alimentista, no su progenitor conviviente.

Esta carga que el Código Civil arroga de forma indubitada a la sociedad de gananciales y en defecto de liquidez de ésta a los bienes privativos de los cónyuges, se complica en las familias reconstituidas, es decir, aquellas en las que, derivadas de unas segundas o sucesivas nupcias, uno o los dos cónyuges aportan prole de relaciones anteriores.

Pueden constituir una unidad familiar que convive en un domicilio familiar que soporta unas cargas familiares. Por lo tanto, si los hijos e hijas de un primer matrimonio conviven en el domicilio del nuevo matrimonio, su manutención estará a cargo de la sociedad de gananciales, aunque reciban la correspondiente pensión de alimentos del progenitor o progenitora con la que no convivan y la conviviente aporte como administradora esas cantidades para levantar las cargas: no se genera derecho de reintegro en caso de una ulterior disolución del vínculo matrimonial y por ende de la sociedad de gananciales, doctrina recogida en la SAP Asturias 288/2023, de 1 de junio²⁶. Sin embargo, si no conviven, sí hay derecho de reintegro en caso de disolución, porque no

²⁶ ECLI:ES:APO:2023:2155.

hay una unidad familiar propiamente dicha, sino que el abono de determinadas cantidades se hace en virtud del ejercicio del derecho de visitas (SAP Granada 433/2014, de 5 de diciembre²⁷, y SAP Asturias 541/2004, de 23 de diciembre²⁸).

El profesor José Luis de los Mozos²⁹, justificaba esta diferenciación en el origen de la redacción del artículo 1.362 durante la reforma operada en 1981; según su interpretación el párrafo 2.º de la causa 1.ª de dicho artículo que se redacta de la siguiente forma, «la alimentación y educación de los hijos de uno solo de los cónyuges correrá a cargo de la sociedad de gananciales cuando convivan en el hogar familiar. En caso contrario, los gastos derivados de estos conceptos serán sufragados por la sociedad de gananciales, pero darán lugar a reintegro en el momento de la liquidación», y encuentra su fundamento en la existencia de hijos extramatrimoniales, con los que habitualmente no se convivía, pero que en virtud del mandato constitucional del artículo 39, gozaban del mismo reconocimiento y los mismos derechos que los matrimoniales. Es decir, el consentimiento en la manutención viene dado por la convivencia; para evitar la pérdida del eventual derecho de reintegro en caso de convivencia, será necesario que el cónyuge no progenitor manifieste expresamente mediante capitulaciones matrimoniales que consiente en la convivencia, pero no en la manutención.

Si las cargas alimenticias de las hijas e hijos del cónyuge se hacen con cargo a bienes privativos, le asiste el derecho de reintegro en el momento de la liquidación de la sociedad ganancial, si conviven; pero si no conviven, será tenido por una liberalidad del no obligado y no es reintegrable.

Finalmente, la ley prevé una compensación económica para el cónyuge que quede en peor situación económica. No es propiamente una cantidad destinada al levantamiento de las cargas; pero su condición de periodicidad y su contenido económico, aconsejan tratarla en este punto por razones de coherencia interpretativa, dentro del análisis de los aspectos económicos del extinto matrimonio.

La reforma de 1981 había regulado en el artículo 97 la pensión compensatoria a percibir por el cónyuge más desfavorecido en los siguientes términos:

²⁷ ECLI:ES:APGR:2014:2220.

²⁸ ECLI:ES:APO:2004:4156.

²⁹ DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J. L. (1988), *Derecho Civil: método, sistemas y categorías jurídicas* Editorial. Civitas.

«El cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial, teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias:

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

En la reforma de 2005, el legislador consciente del daño patrimonial que estaban sufriendo, en este caso muchas mujeres, se manifiesta del siguiente modo (en cursiva lo añadido en la reforma):

«El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, *tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.*³⁰ A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en sentencia, determinará su importe en cuenta las siguientes circunstancias:

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

El cambio social y económico que se opera en España entre 1981 y 2005 se refleja en la jurisprudencia en materia de alimentos y atribución

³⁰ *Nota de la autora:* en cursiva lo modificado o ampliado en la reforma de 2005 con respecto a la redacción anterior.

de la vivienda y tiende a determinar pensiones alimenticias más bajas puesto que las madres con quien seguían quedándose las hijas e hijos de forma mayoritaria, empiezan a incorporarse al mercado de trabajo; en ocasiones la vivienda debía enajenarse en orden a liquidar la sociedad de gananciales después del divorcio, y el esposo-padre goza de mayor disponibilidad económica para quedarse con la vivienda que hasta ese momento ha sido conyugal o familiar; el trabajo femenino fuera de casa aún era residual en muchos casos y peor remunerado en casi todos; asimismo con la modificación de ley empezaron a ser cada vez más numerosas las custodias compartidas, y se intentó favorecer que los y las menores no tuvieran que abandonar la vivienda. Es en este momento donde realmente comienza a haber una enorme desigualdad, no tanto por la atribución del uso de la vivienda a uno u otro cónyuge, sino por la precariedad económica en que gran parte de las mujeres quedan después de un divorcio.

Esa es la situación que la reforma trata de paliar, incluyendo por un lado el límite temporal que cubra el tiempo hasta que se produzca la incorporación de la esposa al mercado de trabajo y por otro su inactividad laboral si esa eventualidad resulta poco probable, tomando así en consideración «cualquier circunstancia personal o social» de la pensionista en orden a cumplir con el derecho de igualdad material del artículo 9.2 de la constitución.

Esta pensión compensatoria fundada en el artículo 97 del código, no constituye el mismo concepto jurídico que la indemnización que pueda recibir uno de los cónyuges por su dedicación al trabajo del hogar regulada en el artículo 1.438 del mismo cuerpo legal, que analizaremos en el punto siguiente.

La razón de la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil radica en colocar al cónyuge perjudicado económicamente por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades (laborales y económicas) a las que habría tenido de no haberse producido el matrimonio: es un mecanismo de corrección y de reparación del desequilibrio que ocasiona el divorcio o separación en el nivel de vida de uno de los cónyuges en relación con el otro, con el fin de posibilitar la transición a un desarrollo autónomo del cónyuge más desfavorecido; por eso basa su fundamentación en la situación concreta del momento de la disolución del vínculo matrimonial, y se ha de limitar temporalmente. Carece de la naturaleza alimenticia de las pensiones que han de abonarse a la prole; su carácter es estrictamente reparador, teniendo en cuenta las expectativas de bienestar económico que

habría desarrollado el cónyuge desfavorecido en caso de no haber contraído matrimonio. La STS 106/2014, de 18 de marzo³¹, y la STS 120/2018, de 7 de marzo³², la definen como un derecho personal, y otra STS 236/2018, de 23 de abril³³, requiere la acreditación de un «efectivo desequilibrio económico» como presupuesto principal para acordar su reconocimiento.

El juez o jueza debe decidir sobre si se ha producido el desequilibrio, sobre la cuantía (si ha de hacerse en pagos periódicos o en un pago único) y sobre la temporalidad, porque puede ser definitiva (lo cual ya implica un límite temporal en sí mismo) o establecerse por un periodo de tiempo en el que prudentemente el cónyuge desfavorecido pueda articular su transición hacia una vida autónoma.

La pensión indefinida coincide con supuestos en los que el cónyuge beneficiario cuenta con una cierta edad, que la convivencia conyugal haya sido prolongada y la dedicación al cuidado del hogar y la prole exclusiva, sin fuente propia de ingresos por estar desvinculada del mundo laboral; además por todo ello, contará con escasas posibilidades de acceder a un puesto de trabajo remunerado. Así lo determinan las sucesivas sentencias del TS 864/2009, de 19 de enero³⁴; 416/2015, de 20 de julio³⁵; 77/2017, de 9 de febrero³⁶; 412/2017, de 27 de junio³⁷, y 499/2017, de 13 de septiembre³⁸: cumplida jurisprudencia, que se cita entre otras.

Como obligación económica del cónyuge que queda en mejor situación económica, es susceptible de ser reclamada en las mismas condiciones que la pensión alimenticia anteriormente analizada: es decir, es aplicable todo lo relativo a la ejecución de sentencias civiles, a la preferencia del crédito en situación concursal y a la generación de un delito de impago de pensiones previsto en el artículo 227.2 CP, que manifiesta: «Con la misma pena será castigado el que dejare de pagar cualquier otra prestación económica establecida de forma conjunta o única en los supuestos previstos en el apartado anterior».

³¹ ECLI:ES:TS:2014:1227.

³² ECLI:ES:TS:2018:675.

³³ ECLI:ES:TS:2018:1476.

³⁴ ECLI:ES:TS:2010:327.

³⁵ ECLI:ES:TS:2015:3216.

³⁶ ECLI:ES:TS:2017:375.

³⁷ ECLI:ES:TS:2017:2718.

³⁸ ECLI:ES:TS:2017:3273.

III. La guarda y custodia de la prole. La custodia compartida tras la reforma de 2005

La regulación del Código Civil en su Capítulo I, Título VII, Libro II del Código Civil dedicado a las relaciones paternofiliales, no menciona el término «custodia». En el artículo 154 regula lo relativo a la *patria* potestad, definida como la «responsabilidad parental de los padres» en relación con las decisiones que han de tomar en beneficio de los hijos/as, y se refiere al deber de «velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral».

Podemos distinguir por lo tanto que además de la responsabilidad parental en orden a decidir sobre aspectos patrimoniales como la administración de los bienes de los que eventualmente pudieran el o la menor ser titular, o su domicilio, existe un deber de cuidado, concentrado en el párrafo que hemos transcrito.

A partir de 1981, con la llegada del divorcio las resoluciones judiciales comienzan a hacer esta distinción: no era de recibo retirar la patria potestad al progenitor o progenitora no custodia, sólo por la ruptura del vínculo matrimonial de la que debían quedar al margen los hijos, en aplicación de lo preceptuado en el artículo 39 de la CE. De forma que mediante solicitud de las partes o el tribunal de oficio se podía declarar intacta la patria potestad, es decir la capacidad de tomar decisiones sobre la prole, aunque el cuidado (custodia) se otorgara a uno de los cónyuges, de ahí el concepto de progenitor o progenitora custodia.

Ya se ha visto que bajo la ley de 1981 habitualmente se otorgaba la custodia a la madre, lo que inevitablemente generaba un derecho de visitas (art. 94 del Código Civil) a favor del padre y una obligación de prestar alimentos en los términos que hemos analizado anteriormente.

La modificación operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, introduce una figura nueva en el derecho español de forma que ambos progenitores puedan compartir no solo la patria potestad, sino también la guarda y custodia de los y las menores que justifica en su Exposición de Motivos de esta forma: «En el antiguo modelo de la separación-sanción, la culpabilidad del cónyuge justificaba que éste quedase alejado de la prole (...) práctica coherente con el modelo pretérito, que materialmente ha impedido en muchos casos que, tras la separación o el divorcio, los hijos continúen teniendo una relación fluida con ambos progenitores», por eso conmina a que «los padres deberán decidir si la guarda y custodia se ejercerá sólo por uno de ellos o bien por ambos

de forma compartida» procurando la «realización del principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la potestad».

Y esta intención, se materializa en la nueva redacción del artículo 92.5 del Código Civil de la siguiente forma: «se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta del convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento», previo informe favorable del Ministerio Fiscal.

La decisión sobre el establecimiento de cualquier tipo de custodia debe fundamentarse en el «superior interés del menor», concepto que se acuñó en la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1959, posteriormente revisada por la Convención de los Derechos del Niño en 20 de noviembre de 1989, ratificada por España en 1990 por lo que informó nuestra «Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor», en la que indudablemente se apoyó el legislador para operar la reforma a la que hacemos referencia.

La necesaria aceptación de la corresponsabilidad en la crianza, así como el derecho de los hijos e hijas a gozar de unas relaciones sanas y continuadas a pesar de la crisis matrimonial, trajo consigo la modificación de esta ley, por la «LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia», que define el concepto de interés superior del menor de la siguiente forma (art. 2):

«Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.»

De forma que cualquier decisión sobre su guarda y custodia, deberá ser consultada con los y las hijas menores y tenida en cuenta su opinión y valoración, aún en detrimento de los intereses de sus progenitores.

Bajo este prisma se desarrolla la figura que hemos denominado «custodia compartida». La jurisprudencia del TS considera en STS 257/2013, de 29 de abril³⁹, que la compartida es el modelo «normal, e incluso desea-

³⁹ ECLI:ES:TS:2013:2246.

ble» desterrando así cualquier vestigio de excepcionalidad en la adopción de la medida: «es deseable porque fomenta la integración del menor con ambos progenitores, sin desequilibrios, no cuestiona la idoneidad de los padres y estimula la cooperación de los mismos» (STS 96/2015, de 16 de febrero).⁴⁰ En ese sentido, STS 585/2015, de 21 de octubre⁴¹, señala que «obligación de los padres es no solo interesar este sistema de guarda, bajo el principio de contradicción, sino concretar la forma y contenido de ejercicio a través de un plan contradictorio, ajustar a las necesidades y disponibilidad de las partes implicadas que integre con hechos y pruebas los distintos criterios y las ventajas que va a tener para los hijos una vez producida la crisis de la pareja, lo que no tiene que ver únicamente con la permanencia o no de los hijos en un domicilio estable, sino con otros aspectos referidos a la toma de decisiones sobre su educación, salud y cuidado; deberes referentes a la *guardia y custodia* (...)», puesto que tal y como señala la STS 194/2018, de 6 de abril⁴², «no cabe cuestionar la bondad objetiva del sistema tras la constante y uniforme doctrina de la Sala, con el cambio sustancial que supuso la doctrina del Tribunal Constitucional en STC 185/2012, de 17 de octubre⁴³».

La STS 307/2020, de 16 de junio⁴⁴, señaló que «debe estar fundada en el interés de los menores», por lo que han de concurrir alguno de los siguientes criterios que recoge, entre otras la STS 200/2014, de 25 de abril⁴⁵: «la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores; el número de hijos, el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes psicosociales», lo que exige «un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores» (STS 495/2013, de 19 de julio⁴⁶).

En lo relativo a la excepcionalidad antes mencionada, es interesante el análisis complementario de los puntos 8 y 5 del artículo 92 CC. En este sentido se manifestó la STS 579/2011, de 22 de julio⁴⁷, al deducir

⁴⁰ ECLI:ES:TS:2015:615.

⁴¹ ECLI:ES:TS:2015:4442.

⁴² ECLI:ES:TS:2018:1167.

⁴³ ECLI:ES:TC:2012:185.

⁴⁴ ECLI:ES:TS:2020:2198.

⁴⁵ ECLI:ES:TS:2014:1699.

⁴⁶ ECLI:ES:TS:2013:4082.

⁴⁷ ECLI:ES:TS:2011:4924.

que si los progenitores no solicitan dicha medida (supuesto contemplado en el punto 5), «el artículo 92.8 no excluye la posibilidad, pero en este caso, debe el Juez acordarla [de oficio] fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor».

Es el de la custodia un concepto distinto al de la prestación de alimentos; y no lo decimos por reiteración o desconocimiento; la fijación de la pensión de alimentos se hace en función de las necesidades del o la alimentista y la capacidad económica del o la alimentante: por lo tanto aunque haya un reparto equitativo del tiempo en cuya compañía está el o la menor y por lo tanto en el que se hacen efectivos sus gastos de manutención, no obsta para que el juez o jueza pueda acordar una pensión a favor de las hijas o hijos menores que equilibre su nivel de vida cuando esté con el o la progenitora más desfavorecida económicamente.

La ausencia de excepcionalidad y la bondad del sistema no determina que en la práctica aún sean (casi 20 años después) muy numerosas las custodias monomarentales y algunas monoparentales: razones como los horarios y viajes de trabajo de los padres (varones), dificultad en el acceso a la vivienda, o nuevas relaciones de pareja hacen que muchas mujeres opten por no solicitarla y muchos tribunales por no resolver de oficio en este sentido, a pesar del criterio jurisprudencial antes mencionado. La eventual obligación de tener que hacer frente en cualquier caso a una pensión alimenticia, hace que muchos progenitores varones eviten la custodia compartida. No obstante, estas afirmaciones no son absolutas y afortunadamente son cada vez más numerosas las parejas que optan por este sistema en aras de cumplir con sus responsabilidades de forma compartida y del interés de sus hijas e hijos.

Es un sistema eficaz y deseable; sin embargo, lo hemos incluido en un capítulo dedicado a problemática porque existe un incumplimiento efectivo de los tiempos que se detecta en las demandas interpuestas para solicitar la modificación de medidas: ese incumplimiento determina que el progenitor/a al que no corresponde ese tiempo deba hacerse cargo, con el gasto económico que supone, o con el reajuste de agendas de trabajo, la pérdida de oportunidades laborales, o la carga emocional personal. En otras ocasiones, la custodia efectiva del o la menor no la ejerce el progenitor sino sus familiares o allegados lo que impele al otro progenitor a tener que lanzarse a un procedimiento de modificación de medidas para recuperar la custodia monomarental o monoparental, sin garantía de éxito, porque deberá acreditar cumplidamente lo alegado, cosa que no suele resultar fácil: una de las pruebas más fiables en estos

casos es la investigación privada, con el coste económico que supone y sin garantía de admisión por parte del tribunal.

Actualmente todos los extremos relativos a la custodia y las visitas de las y los hijos menores, se acuerda bajo el prisma de la «LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia». La legislación internacional, el acervo normativo europeo y la obsolescencia de la ley de 1996, llevó a nuestro legislador a la redacción de la mencionada norma, que vino a modificar numerosos aspectos del derecho de familia. El propio artículo 154 del Código Civil del que hemos partido en este análisis fue modificado por la norma de 2021. Pero indudablemente la reforma más relevante, tiene que ver con los artículos 92 y siguientes, porque son los que concretan la estancia y/o permanencia de los y las menores con sus progenitores.

Así, a partir de junio de 2021,

«No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal iniciado por intentar atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. Se apreciará también a estos efectos la existencia de malos tratos a animales, o la amenaza de causarlos, como medio para controlar o victimizar a cualquiera de estas personas»,

en una clara intención de confrontar la anterior jurisprudencia que hacía prevalecer el derecho de custodia y visitas del progenitor sobre sus circunstancias delictivas personales, incluso si éstas estaban relacionadas con la violencia de género o vicaria. Y lo mismo ocurre con el régimen de visitas, que modificó la misma ley orgánica y que aparece redactada de la siguiente forma en el párrafo cuarto del artículo 94:

«No procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. No obstante, la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paterno-filial».

IV. La aportación al trabajo doméstico y en empresas familiares. La compensación económica del artículo 1.438 CC

Ambos aspectos son muy comunes en nuestra realidad jurídica y generan problemas de diversa índole en la liquidación del régimen económico matrimonial.

Hay que hacer una clara distinción en este caso entre el régimen ganancial y el de separación de bienes; para el régimen ganancial la aportación de uno de los cónyuges al trabajo doméstico ya tiene su contraprestación en la participación de los beneficios de la sociedad, tanto durante su vigencia como al liquidarse por disolución de vínculo. Además, como queda analizado más arriba se genera el derecho a percibir una pensión compensatoria por parte del otro cónyuge, regulada en el artículo 97 en el que la premisa fundamental es la dedicación a la casa y la familia.

Por extensión, la dedicación laboral o profesional a un negocio familiar se considera bajo las mismas coordenadas: serán gananciales, según el número 5 del artículo 1.347 «las empresas y establecimientos» por lo tanto, ya se percibe un beneficio en forma de bienes gananciales.

Por lo tanto, surge la pregunta acerca de cómo puede generar esta situación un perjuicio económico real a uno de los cónyuges. En el caso del trabajo doméstico, resulta inconmensurable: no hay horas ni días de descanso, no hay un horario concreto, requiere muchas habilidades, una importante capacidad de gestión, un gran desgaste psicológico. Es decir, como el ejercicio de cualquier otra actividad laboral, pero sin una remuneración concreta, periódica y fehaciente que permita a su perceptor una mínima autonomía de la voluntad y una mínima organización presente y futura de sus ganancias. En muchos casos es voluntaria, en otros es producto de la necesidad por falta de corresponsabilidad de los progenitores, o por demostrar éstos una actitud limitante, pero que se torna posible en caso de crisis matrimonial. En cualquier caso, este trabajo no remunerado, tampoco cotiza a la seguridad social, por lo que se perpetúa la necesidad de depender de una pensión compensatoria que puede ser objeto de impago y por lo tanto iniciar los trámites (costosos) de su reclamación por vía ejecutiva.

En el caso de las empresas y establecimientos gananciales, estaríamos ante una situación parecida, salvo por el hecho de que la actividad laboral no es estrictamente doméstica. Es más, en este caso es la propia legislación en materia laboral y de seguridad social la que prohíbe la

contratación de cónyuges y familiares, ahondando así en la desigualdad; en aras de prevenir situaciones en fraude de ley, cuando media una relación familiar, conyugal o análoga de afectividad con el empresario principal, deberá el trabajador asegurarse en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos: no se produce en la mayoría de los casos, alegando las familias la carestía de las cuotas y considerando su pago como un lucro cesante que se detrae de los ingresos y por lo tanto de los ulteriores beneficios de la sociedad ganancial.

Si el régimen económico matrimonial es el de separación de bienes, en caso dedicación al trabajo doméstico y/o en empresas y establecimientos familiares, se prevé la compensación regulada en el artículo 1.438 de Código Civil porque según establece:

«Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación».

Este artículo tiene su más inmediato precedente en la Resolución 37 del Consejo de ministros de la UE, adoptada el 27 de septiembre de 1978, que en su apartado III, núm. 8.i), establece: «las cargas familiares serán soportadas por ambos cónyuges en común, con arreglo a las posibilidades de cada uno de ellos, entendiéndose que los trabajos efectuados en el hogar por uno de los cónyuges se deberán considerar como contribución a las cargas familiares».

La jurisprudencia ha señalado los requisitos que deberán tenerse en cuenta a la hora de proceder a reconocimiento judicial de esta compensación: la STS 252/2017, de 26 de abril⁴⁸, que asume la doctrina jurisprudencial ya desarrollada en STS 534/2011, de 14 de julio⁴⁹, o 185/2017, de 14 de marzo⁵⁰, estima que «el derecho a obtener la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en régimen de separación de bienes requiere que habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio *solo* con el trabajo realizado para la casa, lo que impide reconocer el derecho a la compensación contemplada en este precepto (...) en aquellos supuestos en los que el cónyuge que lo reclama

⁴⁸ ECLI:ES:TS:2017:1591.

⁴⁹ ECLI:ES:TS:2011:4874.

⁵⁰ ECLI:ES:TS:2017:977.

ma hubiere compatibilizado el cuidado de la casa y la familia con la realización de un trabajo fuera del hogar».

Y a mayor abundamiento, las SSTS 135/2015, de 26 de marzo⁵¹; 136/2015, de 14 de abril⁵², y 614/2015, de 15 de noviembre⁵³, inciden en recordar que la realización de cualquier trabajo remunerado fuera del hogar aún a tiempo parcial excluiría la percepción de dicha indemnización; no así, si el trabajo doméstico lo realiza en corresponsabilidad con el otro cónyuge (es una obligación contenida en el artículo 68 de código) o si cuenta con ayuda de terceros, como por ejemplo un servicio doméstico. Por lo tanto, el trabajo doméstico en este caso no es una mera aportación a las cargas del matrimonio, sino un título en virtud del cual una persona se hace acreedora de un derecho, incluso aunque no haya trabajado fuera del hogar de manera consciente y voluntaria (STS 185/2017, 14 de marzo⁵⁴).

Esta compensación, que a veces se ha comparado con un salario en diferido⁵⁵, según SAP Madrid 147/2024, de 8 de marzo⁵⁶ no es incompatible con la pensión compensatoria del artículo 97 antes analizada, antes bien la del artículo 97 puede acordarse en cualquier régimen económico matrimonial porque su fundamento jurídico es no solo la contribución pasada, sino la dedicación futura y el desequilibrio económico generado por esa dedicación; es distinto al del 1.438, que viene constituido como el cómputo o la valoración de la aportación a las cargas del matrimonio, de manera objetiva, no está relacionada por lo tanto con la desigualdad patrimonial, sino el resarcimiento pecuniario por el tiempo y la energía dedicada a la familia y el hogar, en lugar de a cualquier otra actividad.

Este mismo criterio de aportación a las cargas matrimoniales, informa la fundamentación jurídica de la STS 614/2015, de 25 de noviembre⁵⁷, que no considera trabajo extra doméstico la colaboración con la actividad profesional o empresarial del otro cónyuge, aun cuando se remunere, «si se compatibiliza y organiza en función de las necesidades y organización de la casa y la familia».

⁵¹ ECLI:ES:TS:2015:1490.

⁵² ECLI:ES:TS:2015:1693.

⁵³ ECLI:ES:TS:2015:4897.

⁵⁴ ECLI:ES:TS:2017:977.

⁵⁵ Sentencia núm. 21/2023, de 15 de febrero, dictada por el Juzgado núm. 3 de Vélez-Málaga en el procedimiento de Divorcio Contencioso 620/2020.

⁵⁶ ECLI:ES:APM:2024:4512.

⁵⁷ ECLI:ES:TS:2015:4897.

Muy criticable nos parece la apreciación hecha por la SAP Madrid 147/2024, de 8 de marzo, al final de su fundamento sexto, cuando afirma: «A mayor abundamiento, cabría añadir, para concluir, que, en principio, el artículo 1.438 resulta ser un precepto contradictorio e incongruente con la filosofía inspiradora de la reforma legislativa señalada [la de 1981], que sin duda tuvo en cuenta el mandato del artículo 14 de la Constitución Española, en relación al principio de igualdad entre los españoles, y si bien es cierto que tal precepto puede tener acomodo en legislaciones en las que todavía un cónyuge prevalece sobre el otro, no parece que tenga mucho sentido en nuestro actual ordenamiento jurídico».

Cabría recordar al Tribunal, la obligación legal de juzgar con perspectiva de género; y la de aplicar todas las normas de nuestro ordenamiento jurídico que, formando un sistema jurídico cerrado se complementan unas con otras; así sería posible no hacer ese tipo de apreciaciones si completando lo preceptuado en el 14 de la CE, hubiera acudido al artículo 9.2 del mismo cuerpo legal.

V. La violencia económica, una manifestación de la violencia de género. Su origen en el derecho civil

Todas las situaciones que hemos venido describiendo a lo largo de este epígrafe, puede llegar a poner a la familia en una situación económica muy comprometida. Existen medidas legales tendentes a articular los cambios familiares por madurez de los hijos o por los cambios en las circunstancias económicas de los progenitores; medidas que, si bien no podemos considerar muy flexibles, es cierto que aportan una inestimable garantía de los derechos de las partes litigantes.

Ahora bien, hay preguntarse qué ocurre cuando dejan de cumplirse las obligaciones económicas: es decir cuando el abandono es consciente y la voluntad de impago inequívoca; precisamente las garantías legales a las que hacíamos referencia, así como la distribución de competencias de las distintas jurisdicciones en aplicación del artículo 24 de la CE operan en muchas ocasiones en detrimento de los intereses económicos de un excónyuge y/o de la familia; cuando existe una dejadez culposa que no es constitutiva en sí misma del delito de impago, pero se infiere un daño no solo en la capacidad económica del cónyuge custodio o más desfavorecido, sino de carácter moral muchas veces incommensurable. Podríamos estar hablando de un tipo de violencia, la vio-

lencia económica, que se ve además apuntalada por una suerte de violencia institucional, que menoscaba los derechos de los y las menores y de la progenitora custodia.

A lo largo de toda la exposición se ha hecho un gran esfuerzo por tratar el tema con la objetividad que una investigación científica requiere: hemos hablado de cónyuge más desfavorecido en todas las ocasiones posibles; pero a nadie se le escapa que entre líneas donde ponemos «cónyuge más desfavorecido» leemos «esposa», «mujer» o «madre custodia». Porque hoy en día en un matrimonio heterosexual de edad comprendida entre los 40 y los 60 años, con hijos e hijas menores o recientemente mayores sin independencia económica (modelo que constituye aún una gran mayoría y en cuyas circunstancias se centra esta investigación), el cónyuge más desfavorecido sigue siendo el femenino.

La «Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género», viene a cumplir con la normativa europea e internacional en materia de derechos humanos. Su fundamento último radica en el reconocimiento de que «los poderes públicos no pueden ser ajenos a la violencia de género, que constituye uno de los ataques más flagrantes a derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación proclamados en nuestra Constitución»⁵⁸.

Adoptada con la finalidad de prevenir, sancionar y erradicar la violencia ejercida sobre las mujeres y prestarles asistencia así como a sus hijos e hijas menores o sujetos a su tutela, guarda o custodia, víctimas también de esta violencia, entró en vigor el 29 de enero de 2005 y desde entonces ha sido objeto de un importante desarrollo normativo de ámbito estatal y autonómico, tratando de proporcionar una respuesta legal integral que abarca tanto las normas procesales, creando nuevas instancias, como normas sustantivas penales y civiles.

Las situaciones de violencia sobre la mujer afectan también a los menores que se encuentran dentro de su entorno familiar, víctimas directas o indirectas de esta violencia. La Ley contempla su protección no sólo para la tutela de los derechos de los menores, sino para garantizar de forma efectiva las medidas de protección adoptadas respecto de la mujer.

Esta Ley enfoca la lucha contra la violencia de género de un modo integral y multidisciplinar; la situación a este respecto ha variado considerablemente desde 2005. En este sentido el Convenio de Estambul

⁵⁸ Exposición de motivos, «LO 1/2004 de 28 de diciembre».

vino a abrir, por la vía de la aplicación del derecho internacional en la interpretación interna de las normas, el sentido de la norma, desligándola de la preexistencia de una relación de pareja entre agresor y víctima, estableciendo que la casuística no es taxativa, lo que resulta aplicable con las normas procesales españolas («Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, reguladora del Poder Judicial», así como la «Ley de Enjuiciamiento Criminal» y el propio artículo 3 del Código Civil como derecho supletorio): las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas (art. 3.1 CC); y finalmente introduciendo también a los hijos e hijas como víctimas, no ya de violencia doméstica sino propiamente de género o contra las mujeres, allanando el camino para la persecución por la vía del derecho penal de la denominada «violencia vicaria»⁵⁹.

En este sentido, en el de la protección de la familia y la infancia, derecho fundamental recogido en nuestra CE en el artículo 39 (y en cierto modo también en el 48) la reciente «Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia», que introduce claramente ya el concepto de violencia vicaria y con el mismo esquema utilizado por el legislador para la redacción de la «LO 1/2004, de 28 de diciembre», es también integral y multidisciplinar puesto que abarca la regulación de todos los aspectos en los que se pueda violentar a los menores y prevé que la acción pública sea completa y única, para evitar la diversificación de instancias judiciales y administrativas con la consiguiente saturación de la víctima.

Cuando el menoscabo de esos derechos por ejercicio de la violencia no es físico ni psicológico, sino económico, podemos decir que existe una «violencia económica» contra las mujeres e incluso una «violencia económica vicaria» contra los hijos que ven reducidas sus posibilidades económicas por acción u omisión de quien ostenta la obligación del sustento económico de la familia en todo o en parte.

Si procedemos al análisis de estas situaciones a la luz del derecho internacional y comunitario, podemos configurar un recorrido normativo que trata de prever la violencia, recorrido iniciado en Naciones Unidas con el establecimiento en 2015 de los ODS, poniendo en relación los siguientes: la violencia producida por desigualdad de género (ODS

⁵⁹ VACCARO, S. (2020), *Violencia vicaria: golpear donde más duele* (2.ª ed., 2024). Desclee de Brouwer.

5) y el fin de la pobreza (ODS 1), hambre cero (ODS 2) e incluso educación de calidad (ODS 4), regulación asumida por la legislación y los tratados de la UE y en España tanto por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, ley integral contra la violencia de género ya consolidada, como por la legislación más reciente, Ley Orgánica 8/2021, de 2 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

La resolución del Parlamento Europeo de 16 de septiembre de 2021⁶⁰, con recomendaciones a la Comisión⁶¹ sobre la definición de la violencia de género como nuevo ámbito delictivo recogido en el artículo 83, apartado 1 del TFUE, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea el 11 de marzo de 2022⁶², así lo recoge, haciéndose eco de lo establecido en el artículo 3.a) del Convenio de Estambul:

«[Definiciones] A los efectos del presente Convenio: a) Por «violencia contra la mujer» se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y se designarán todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada».

En esta línea, la propia Comisión ha desarrollado numerosos programas como el *Rights, Equality and Citizenship 2014-2020*, que tiene como objetivo «proteger y promover los derechos y valores consagrados en los Tratados de la UE y la Carta de los Derechos Fundamentales», basándose en cuatro pilares fundamentales: la igualdad (incluida la de género), el compromiso, la lucha contra la violencia, (incluida la de género y contra menores) y la promoción de los valores de la UE⁶³.

En nuestro país, cada vez son más numerosas las voces de juristas, jueces y magistrados, que se hacen eco de la violencia económica como una manifestación de la violencia de género y que se plasma de hecho en la fundamentación de numerosas sentencias que van creando jurisprudencia en este sentido.

⁶⁰ P9_TA(2021)0388.

⁶¹ A9-0249/2021.

⁶² https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0388_ES.html

⁶³ https://commission.europa.eu/about-european-commission/departiculoments-and-executive-agencies/justice-and-consumers/justice-and-consumers-funding-tenders/funding-programmes/citizens-equality-rights-and-values-programme_en

Siguiendo la explicación del Excelentísimo Sr. D. Vicente Magro Servet, Magistrado de la Sala II del Tribunal Supremo, quien ha sido ponente de numerosas sentencias en este sentido, existe la violencia económica. Y se puede definir como «una modalidad de violencia de género» puesto que «se ejerce una subyugación que potencia la relación de dependencia de la víctima con respecto al autor del delito»⁶⁴.

Ya antes, entre 2008 y 2017 comienza a acuñarse el concepto en relevantes estudios doctrinales, que saltan del aspecto, podemos decir público, del abuso económico que suponen las largamente denunciadas situaciones de discriminación salarial (brecha salarial) entre otras, a consideraciones de abuso económico en el ámbito privado; como el firmado por Patricia Olamendi (2008, p. 204)⁶⁵ que introduce la posibilidad de que el abuso económico exceda los límites de una relación meramente laboral, al recoger la definición que hace la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia como «cualquier acción u omisión del agresor que afecte la supervivencia económica de la víctima. Se manifiesta a través de limitaciones encaminadas a controlar las rentas de sus pagos económicos», extrapolable a otros sistemas, como el español.

En el entorno europeo o de influencia europea numerosos estudios⁶⁶ han incidido en la existencia de la violencia económica que se ejerce sobre las mujeres en el ámbito del matrimonio o de la pareja, y que trasciende incluso a la pervivencia del vínculo matrimonial o afectivo para prolongarse en situaciones de separación o divorcio; se detecta además el ejercicio de esa violencia de forma vicaria, es decir a través de los hijos e hijas menores o dependientes, fruto de esas relaciones y mayoritariamente cuando es la mujer la progenitora custodia. Es especialmente significativo el de Renzetti, C. M., y Larkin, V. M. (2009) *Economic Stress and Domestic Violence*.

Todos estos artículos inciden en que la minusvaloración de la víctima, que de forma innegable constituye al menos un abuso, es en muchos casos económica; sin olvidar que la violencia física e incluso la psicológica hacen de lanzadera para la violencia económica, Postmus (2012)

⁶⁴ MAGRO SERVET, V. (15 de septiembre de 2021), *Violencia Económica: un aspecto inexplorado de la violencia de género. Un enfoque jurídico* [Conferencia]. Congreso del Proyecto de la Comisión Europea ECOVIO, celebrado entre junio y septiembre de 2021 (UNEX).

⁶⁵ OLAMENDI TORRES, P. (2008), *Análisis de la clasificación mexicana de delitos*. UNIFEM.

⁶⁶ ADAMS, 2008; ERIKSSON, 2017; J. L. POSTMUS, 2012, o SANDERS, 2016.

observa en trabajos de campo, como la violencia económica que se ejerce por ejemplo impidiendo el acceso al trabajo, conlleva una dependencia económica que crea un contexto idóneo de vulnerabilidad de la víctima que puede desembocar en una violencia psicológica y/o física. Es decir, se invierte la premisa de la que se partía, que la violencia económica es consecuencia o deriva de situaciones de maltrato físico o psicológico, para concluir por el contrario que la violencia económica no siempre deriva de otras, si no al contrario, y precisamente por eso es individualizable.

En España, se ha abordado esta cuestión sobre todo por la vía judicial aunque recientemente, en febrero de 2025, el Pacto de Estado contra la violencia de género lo ha incluido en la Comisión de evaluación y seguimiento con el apoyo de todos los grupos parlamentarios, excepto VOX, con el fin de integrarse tras los correspondientes trámites en la ley contra la Violencia de Género; es ya abundante la jurisprudencia del Tribunal Supremo, así como los posicionamientos de jueces y magistrados que, aplicando el derecho positivo, resuelven reconociendo el abuso, e incluso la violencia económica que se ejerce en el contexto de la violencia de género. Y también los que claman por el reconocimiento de este abuso de forma individualizada, porque estiman que no es necesaria la existencia de una violencia visible (física o psicológica) para que se dé una situación de violencia económica.

Así, podemos inferir que es la económica una violencia sutil tal y como lo expresa el Magistrado D. Ricardo Rodríguez, soterrada, que se ejerce en el entorno más privado de la familia y de la pareja y por lo tanto genera además una profunda falta de conciencia social que identifica la Fiscal Dña. M.^a de los Ángeles Martínez Marzal, sobre todo porque en lugar de aplicar en la argumentación de las resoluciones la obligada perspectiva de género, se aplican los estereotipos de género: la exageración o incluso la acusación a la mujer que denuncia de incurrir en una mentira que se vierte o se insinúa sobre la actitud de las mujeres que acuden a la tutela judicial para reclamar cantidades económicas a las que tienen derecho, ellas o sus criaturas menores; la acusación de aprovechar una situación de vulnerabilidad económica del exmarido o expareja, muchas veces premeditada para evitar el pago; el cuestionamiento de la mujer-madre que no quiere estar en la pobreza, con la consiguiente romantización y ensalzamiento del sacrificio femenino en pro de su familia.

Pero la única realidad es que siguiendo literalmente la regulación prevista en el Libro IV Título I del Código Civil, De las obligaciones,

toda obligación de una parte genera un derecho en la otra; existe una obligación del padre o exesposo en virtud de ley y de sentencia judicial las más de las veces; luego, existe un derecho de crédito por parte de la madre custodia o de la exesposa en virtud de pensión alimenticia y/o compensatoria. Así de objetivo; exceden por tanto de lo jurídicamente correcto todas las consideraciones subjetivas que califican a la litigante en estos de procesos en los términos que hemos mencionado, o en otros aún más peyorativos.

Sin olvidar otras ramas del derecho, es la jurisprudencia penal la que mayoritariamente se ha ocupado de este problema; no en vano, hemos concluido que aún hoy, se trata como una cuestión accesoria a otras violencias de género. Magro Servet dice de él, que es «un delito extraño», de mera inactividad, que se comete por una conducta omisiva y dolosa del obligado al pago tal y como explica también Ricardo Rodríguez.

La doctrina jurisprudencial penal, se centra sobre todo en el delito de impago de pensiones tipificado en el artículo 227 del CP para vislumbrar la existencia de violencia económica; sin embargo, por vía jurisprudencial, según el argumento recogido en la Sentencia del Tribunal Supremo 239/2021, de 17 de marzo⁶⁷, vino a recoger esta doctrina de la mano de su ponente Magro Servet, estableciendo en su fundamentación que:

«Existe prueba bastante y suficiente para entender concurrente el delito de alzamiento de bienes ocultando y dificultando las posibilidades de cobro de deudas, y existe delito de impago de pensión alimenticia que puede configurarse como una especie de violencia económica, dado que el incumplimiento de esta obligación deja a los propios hijos en un estado de necesidad en el que, ante su corta edad, y carencia de autosuficiencia, necesitan de ese sustento alimenticio del obligado a prestarlo, primero por una obligación moral y natural que tiene el obligado y si ésta no llega lo tendrá que ser por obligación judicial. Y ello, al punto de que, si se produce el incumplimiento del obligado a prestarlos, ello exige al progenitor que los tiene consigo en custodia a llevar a cabo un exceso en su esfuerzo de cuidado y atención hacia los hijos, privándose de atender sus propias necesidades para cubrir las obligaciones que no verifica el obligado a hacerlo.

Todo ello determina que podamos denominar a estas conductas como violencia económica cuando se producen impagos de pensiones alimenticias. Y ello, por suponer el incumplimiento de una obligación que no debería exigirse ni por ley ni por resolución judicial, sino que debería cumplirse por el

⁶⁷ ECLI: ES:TS:2021:914.

propio convencimiento del obligado a cubrir la necesidad de sus hijos; todo ello desde el punto de vista del enfoque que de obligación de derecho natural tiene la obligación al pago de alimentos.»

Violencia económica que se manifiesta, según la sentencia, en el impago de pensiones (apartado 19 Fundamento cuarto), en el impago de cuotas hipotecarias (apartado 20 Fundamento cuarto), o deudas por pensiones alimenticias (apartado 22 Fundamento cuarto). Transciende a la comisión de dichos delitos de forma aislada, la comisión por omisión de forma dolosa y reiterada con un absoluto desprecio por la situación en la que quedan las víctimas (exesposa y prole) a través del ejercicio de la violencia que informa dicha omisión⁶⁸, pudiendo individualizar la conducta de los delitos que la originan. Eso, es violencia económica.

La obligación pecuniaria del exesposo y padre, más allá del derecho positivo, es una obligación de derecho natural; resultan por lo tanto aplicables en la interpretación de éste, los principios generales del derecho y en especial el de equidad (art. 3.2 CC). En este sentido, Martínez Marzal propone también la interpretación de las circunstancias modificativas de la conducta de los artículos 22 y 23 del CP por analogía para agravar las penas previstas en la comisión de tales delitos. No olvidemos que no hace mucho tiempo la embriaguez era una circunstancia atenuante; y dejó de serlo para incluso investigar la comisión de delitos de tráfico, por ejemplo. Las normas, según el artículo 3.1 del CC, han de interpretarse de acuerdo con el contexto social: el derecho debe servir a las necesidades de la sociedad en la que esté vigente.

Si analizamos en la vía civil las tres circunstancias que determinan los delitos de impago o retraso en el pago de pensiones e impago de la parte correspondiente de la cuota hipotecaria (STS 348/2020, de 25 de junio⁶⁹), el impago de la hipoteca de la vivienda familiar puede ser considerado un delito de abandono de familia, tipificado en el artículo 227.1 del Código Penal. Existen voces discordantes en la doctrina

⁶⁸ Artículo 11 Código Penal: Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equipará la omisión a la acción:

- a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.
- b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

⁶⁹ ECLI:ES:TS:2020:2158.

civilista actual, como es el caso de la Matilde Cuenca Casas, quien al igual que Encarnación Roca Trías, considera que es una obligación patrimonial, no computable a efectos de fijar los alimentos y por lo tanto no susceptible de ser considerado el impago en el ámbito del 227 CP, aunque el punto 2 de dicho artículo sigue de este modo: «Con la misma pena será castigado el que dejare de pagar cualquier otra prestación económica establecida de forma conjunta o única en los supuestos previstos en el apartado anterior».

Sin embargo, el impago puede suponer la ejecución de la garantía hipotecaria, es decir el lanzamiento de los ocupantes si es vivienda familiar, dejando a la familia en situación de precariedad económica, *a priori*; pero también supone un daño civil irreparable para la exesposa si está obligada solidariamente al pago, al introducirla en los registros de morosos o impidiendo su acceso individual al crédito bancario truncando sus expectativas futuras de reconstruirse de forma individual; y un daño moral (STS 349/2019, de 4 de julio)⁷⁰ muchas veces inconmensurable por la angustia que producen ambas situaciones en la mujer-madre custodia: el lanzamiento y la clausura de una vía de independencia económica futura. Sin contar con los esfuerzos que ha de aplicar en la gestión diaria de dicha obligación y que no parecen considerarse a la hora de cuantificar.

Si la exesposa puede, y opta por hacerse cargo de la cuota en su totalidad para evitar las consecuencias expuestas, estaremos ante el enriquecimiento injusto del deudor, siendo la mujer correlativamente, sujeto del lucro cesante que se produce al tener que aplicar parte de sus ganancias o de su patrimonio a cubrir la obligación de otro, evitando así males mayores⁷¹, viéndose impelida a iniciar un nuevo procedimiento de reclamación de cantidad en la vía civil, sin la cobertura del derecho de familia.

En este mismo sentido el retraso en los pagos de la pensión de alimentos o compensatoria, los pagos parciales o el impago de gastos extraordinarios o los embargos que sufre la exesposa en caso de impago de deudas del marido (aunque sean de tipo profesional o comercial de una actividad que ejerce en exclusividad, por aplicación de las normas de liquidación de la sociedad de gananciales), en los bienes comunes (incluida la vivienda) o en los suyos propios por aplicación del artículo 1.319 del CC.

⁷⁰ ECLI:ES:TS:2019:2228.

⁷¹ Apartado 24 del Fundamento cuarto de la STS 239/2021, de 17 de marzo (ECLI:ES:TS:2021:914).

Todo esto supone una disminución de su patrimonio y de su poder adquisitivo. Martínez Marzal, realiza una reflexión sobre otros delitos adyacentes en los que incurre el deudor de la pensión de alimentos más allá del abandono de familia, todos ellos de carácter patrimonial: alzamiento de bienes, apropiación indebida, ventas fraudulentas, comunicación de bienes entre sociedades mercantiles y administradores, falsedad documental y falsedad contable⁷². Situaciones desgraciadamente demasiado cotidianas perseguibles en vía civil para una víctima exhausta por el procedimiento penal previo en caso de violencia de género o del procedimiento civil previo de ejecución de sentencia, lo que Ricardo Rodríguez denomina «peregrinación de la víctima».

No es extraño encontrar en los procedimientos de instancia al llevar a cabo el correspondiente procedimiento de Formación de Inventario que los bienes de la sociedad matrimonial, generalmente ganancial a día de hoy, han desaparecido, aparecen a nombre de una mercantil por enajenación en la que el deudor ni siquiera es titular, pero sí lo son personas de su entorno más cercano; o presentan unas cuentas anuales a todas luces falseadas, cuya denuncia daría lugar a otro procedimiento ante la instancia civil con la especialidad de jurisdicción mercantil.

Esta situación de abuso económico que puede generar una violencia económica, en muchas ocasiones comienza durante el matrimonio. Si se analizan las razones que hacen que las mujeres se inclinen o permitan esa dependencia económica con respecto a sus cónyuges o parejas y se aplica el criterio de la transversalidad vemos que no hay circunstancias concretas que lo propugnen: es decir no es una cuestión de marginalidad, de origen o de clase; son más proclives las mujeres del mundo rural, las migrantes, las que tienen algún tipo de discapacidad, sí; pero también es un fenómeno que se puede observar en mujeres con alto poder adquisitivo, con un alto nivel de estudios, porque es una situación más relacionada con la personalidad que con la ignorancia, con el concepto religioso de matrimonio, con las normas históricas y las sociales no escritas que les instan a suscribir el régimen económico matrimonial y a no exigir cuentas, en la confianza que se presupone a la relación matrimonial.

Se relaciona más con los roles de cada uno de los géneros en la pareja: a día de hoy, aún son más las mujeres que siguiendo el rol clásico de cuidadora de la familia, optan por aceptar reducciones de jorna-

⁷² Apartados 27 y 28 del Fundamento cuarto de la STS 239/2021, de 17 de marzo (ECLI:ES:TS:2021:914).

da, desechar posibilidades de ascenso laboral o profesional o simplemente que, imbuidas por rancios conceptos de amor romántico, deciden sacrificarse en pro de la familia y en la creencia de la buena fe de su pareja, dejando lo económico en sus manos; habría que revisar desde la educación de las generaciones más jóvenes, qué se está haciendo mal como sociedad para seguir transmitiendo esta imagen, casi obligatoria. Pero también, y preferentemente desde el derecho.

En el análisis de la vía civil, es importante mencionar el manual de María Linacero (2022, p. 394), quien interpreta que el artículo 1.317 del CC «La modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros», opera en contra de las mujeres separadas en situación de vulnerabilidad; pero también por qué no se tienen en cuenta las circunstancias socio económicas en que se puedan encontrar las mujeres que accedan a una variación del régimen económico matrimonial, a la firma de determinadas obligaciones solidarias que *necesite* en ese momento su marido para su desarrollo profesional o comercial; en este sentido la STS 1143/2002, de 27 de noviembre⁷³, en la que se resuelve que las capitulaciones matrimoniales que acuerdan los cónyuges por las que la esposa pasa a ser titular única de la vivienda conyugal, se ha realizado en un intento de sacar del patrimonio del (marido) deudor frente a una entidad bancaria dicho inmueble, tratando de evitar así la ejecución hipotecaria. La sentencia vino a invalidar dichas capitulaciones, permitiendo la ejecución del inmueble por parte de la entidad bancaria (aplicando, aquí sí, la figura del alzamiento de bienes) Y una vez ejecutado dicho bien, la familia se queda sin el inmueble en el que vive de forma habitual y constituye una pérdida patrimonial también para la esposa.

Es decir, las capitulaciones matrimoniales, según el TS se otorgan sin perjuicio del derecho de terceros y en virtud del principio de autonomía de la voluntad; sin tener en cuenta si el concepto general civil de autonomía de la voluntad es íntegro en todos los casos, o si está mediaticado por circunstancias personales⁷⁴: aplicando la perspectiva de género nos podríamos encontrar con una situación de dependencia económica o de desconocimiento de la esposa. Aplicando la perspectiva de género y la obligación constitucional del artículo 9.2, podríamos admi-

⁷³ ECLI:ES:TS:2002:7945.

⁷⁴ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (2017), *Tratado del Derecho de Familia*. Editorial Rubinzal-Culzoni.

tir que no se están aplicando por los poderes públicos, en absoluto, los medios necesarios para alcanzar la igualdad material, permitiendo situaciones de abuso económico, avaladas por la ley y por los tribunales.

También la STS 252/2017, de 26 de abril⁷⁵, al enjuiciar el levantamiento de las cargas se refiere al cómputo del trabajo doméstico aportado por la mujer, o la aportación de su trabajo en un negocio familiar, al amparo de la prohibición administrativa de contratar a un cónyuge; lo que determina que en ocasiones las mujeres estén realizando una actividad económica transparente a la hora de dividir un patrimonio ganancial.

Es la aportación de ambos cónyuges o convivientes de hecho lo que levanta las cargas familiares; hoy día se lucha por la corresponsabilidad y se tiende cada vez más al reconocimiento de la labor doméstica de gestión y de aportación de trabajo y de capital, por la evitación del gasto, hasta el punto de haberse recogido en la reciente sentencia de instancia del Juzgado de Vélez-Málaga, antes mencionada el derecho de una mujer con separación de bienes a recibir una indemnización que suma en términos de Salario Mínimo Interprofesional todo lo que la familia no tuvo que gastar por aportación del trabajo doméstico de ella.

El desconocimiento de las operaciones económicas que realizan los maridos-padres en el ámbito de las relaciones de pareja es una triste realidad en muchas parejas aún a día de hoy: por la adjudicación de roles que se mencionan más arriba y por el reconocimiento del denominado «poder de las llaves» a la mujer (Linacero, 2022, p. 432), concepto histórico del derecho germano según el cual la mujer es la dueña y señora del hogar, la que hace y deshace, y que informa tradicionalmente las relaciones familiares, asimilable al primitivo concepto de nuestro derecho civil, «potestad doméstica»; adjudicando por contra la gestión no doméstica del patrimonio de forma mayoritaria a la figura masculina. Es cierto que las nuevas generaciones ya están empezando a cambiar el formato. Pero también es cierto que mayoría de las parejas en edad adulta, refieren aún esta circunstancia.

El maltrato económico trasciende, no obstante, de las relaciones conyugales o post-conyugales a las relaciones filiales y alcanza a los hijos, menores de edad o mayores con dependencia económica pudiendo llegar a dejarles en una lastimosa situación de vulnerabilidad y precariedad económica al convivir mayoritariamente con sus madres, si son sujetos de violencia económica.

⁷⁵ ECLI:ES:TS:2017:1591.

A la luz del analizado Convenio de Estambul y de la «LO 8/2021, de 4 de junio» el interés de los menores debe tenerse en cuenta, cuando se producen situaciones de violencia económica directa sobre los menores o de carácter vicario, porque en ocasiones lo que persigue el agresor es dañar la capacidad económica de su excónyuge que por su natural (de derecho natural) deber de cuidado se hará cargo en solitario de las cargas familiares (como se ha visto en hechos reales recogidos en la jurisprudencia), menoscabando las más de las veces sus condiciones de vida y en cualquier caso siempre la de los menores que son acreedores de esa pensión a través de la madre custodia. Lejos de pensar que la custodia compartida podría haber sido una solución a este problema, muchas veces es un problema añadido cuando lo que busca el progenitor es evitar ese pago.

Según Martínez Marzal, faltan consecuencias más claras en la jurisprudencia con respecto a los menores que se podrían solucionar con la aplicación de la LO 8/2021, de 4 de junio, o incluso, siguiendo a Magro Servet y a Rodríguez, condenando a penas de alejamiento, o aplicando exhaustivamente la Disposición Final Primera de dicha ley que en su apartado nueve, procede a modificar los apartados 6 y 7 del artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el sentido siguiente:

«Estas medidas podrán consistir en la forma en que se ejercerá la patria potestad, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el régimen de guarda y custodia, suspensión o mantenimiento del régimen de visitas, comunicación y estancia con los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartarles de un peligro o de evitarles perjuicios».

VI. Problemas de índole procesal y de acceso a la justicia

Finalmente debemos abordar un problema constituido por dos circunstancias que creemos que pueden ser analizadas de forma individual pero que se retroalimentan dando lugar a una situación de la que a la mujer litigante le resultará difícil salir: el tiempo de resolución de estos procesos y el acceso a la justicia, generando una violencia institucional.

La dificultad en el acceso a la justicia de la mujer separada o divorciada en demanda de derechos económicos podría suponer una vulneración de un principio fundamental axial, el regulado en el artículo 24

de la CE, la tutela judicial efectiva. A la luz de la igualdad formal, el artículo es claramente respetuoso como no podía ser de otra forma; del análisis de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, no podemos tenerlo tan claro: por un lado, en vía penal la mujer que denuncia por violencia de género tiene derecho a la asistencia jurídica gratuita, siempre. De donde se infiere que si la violencia económica no está tipificada como delito no permitirá acceder al beneficio, aunque como hemos podido comprobar la falta de independencia económica, impide a la mujer acudir a la tutela judicial.

Por otro lado, si es titular formal del 50% de un patrimonio ganancial que la mayor parte de las veces no gestiona y del 50% de los saldos en cuentas corrientes a las que en multitud de ocasiones por ser de uso profesional del marido no accede de forma habitual (a veces tan simple como por desconocer las claves, en plena era tecnológica), no podrá ser beneficiaria de la justicia gratuita por no reunir los requisitos económicos que la ley exige. Pero puede que tampoco cuente con una independencia económica suficiente como para acudir a profesionales de pago, lo que prolonga la situación de abuso económico por parte de su pareja o expareja, porque, aunque el Código Civil en el artículo 1.318 prevé que las litisexpensas sean a cargo del caudal común, hay que disponer de ese efectivo, acción difícil si no se conocen las claves de las cuentas. O que no pueda hacerlo porque está siendo víctima de un abuso.

En este apartado de dificultades meramente judiciales, hay que considerar que «faltan juzgados especializados» en violencia de género, según manifiesta la Magistrada Cira García Domínguez (24 Horas de RNE, 2024, 6:20)⁷⁶; porque la actuación no especializada de los juzgados competentes genera en las víctimas una gran desconfianza (24 Horas de RNE, 2024, 5:16). Esta especialización, también se reivindica en el derecho de familia, y la demandan gran parte del colectivo de profesionales que trabajan en esta jurisdicción⁷⁷, porque resulta imprescindible para la modificación exitosa del derecho de familia.

Desde el derecho procesal civil puede paliarse esta situación para las mujeres víctimas: son especialmente reseñables las ejecuciones de sentencia; resulta muy costoso, hablando sólo en términos económicos

⁷⁶ 24 Horas de RNE (16 de abril de 2024), *Entrevista a Cira Domínguez* [Programa Informativo]. Radio Nacional de España.

⁷⁷ Plataforma Familia y Derecho e ICAM (27 de junio de 2024), *La especialización jurisdiccional en Infancia, Familia y Capacidad: el paso a realidad jurídica de una necesidad social* [Jornada]. Congreso de los Diputados.

iniciar un procedimiento de ejecución después de haber logrado un fallo en el procedimiento declarativo que recoge el derecho a percibir unas cantidades determinadas. Cuando se produce un impago de pensión, gastos extraordinarios o cualquier otra obligación, la ley establece, en un exquisito cumplimiento del derecho fundamental de tutela judicial efectiva, el inicio de otro procedimiento tendente a obligar al pago por la vía de apremio, pudiendo trabarse embargo sobre los bienes del deudor.

Ahora bien, tenemos que tener en cuenta varias circunstancias que analizadas desde la perspectiva de género no resultan efectivas y revictimizan a la mujer que tras un proceso de divorcio, adopción de medidas de guardia, custodia y alimentos, eventualmente su modificación, liquidación del régimen económico matrimonial tras la formación de inventario, tiene que volver a acudir a la justicia para reclamar los pagos de las cantidades que se le han reconocido en sentencia firme: la saturación de las litigantes, la cantidad de dinero que debe invertir nuevamente en llevar a cabo este procedimiento, la dificultad en muchos casos de localizar bienes del ejecutado que según el análisis que hemos realizado más arriba constituyen verdaderas obras de ingeniería financiera, hace que en muchos casos abandone y en otros muchos, que la cantidad que se consigue ejecutar sea tan exigua que raya en lo humillante.

Además para ventilar estos procedimientos se están invirtiendo recursos públicos de personal y de instalaciones que casi nunca terminan satisfaciendo ni la necesidad económica de las litigantes y sus hijas e hijos, ni su derecho, porque el tiempo que se tarda en finalizar un procedimiento de este tipo hace que no resulte económicamente efectivo, ya que la litigante habrá tenido que hacer frente además a los gastos habituales de manutención ella sola, con el consiguiente enriquecimiento injusto del ejecutado.

Por lo tanto, una ejecución de las cantidades más directa y más rápida, la obligación de asegurar los pagos con bienes, con un salario concreto, identificando a la empresa pagadora, que se recogiera en la sentencia de dicho procedimiento, que ya está prevista en la ley en el artículo 92 del Código Civil, sin tener que acudir a un procedimiento judicial distinto que otorga al que no quiere hacer frente a sus obligaciones un periodo de tiempo en el que organizar dicho impago, sería muy favorable para evitar algunas de estas situaciones que se han descrito.

■ Conclusiones

El matrimonio como institución de derecho civil ha evolucionado notablemente a lo largo de la historia. Sin embargo, el concepto permanece inherente a la estructura de la sociedad y de la organización del Estado; por eso se distingue claramente de las parejas de hecho, que no llevan aparejadas las mismas obligaciones ni genera los mismos derechos. La sombra del matrimonio, incluso una vez disuelto se perpetúa en el tiempo y va mucho más allá del divorcio, que no se discute; pervive en el derecho civil puesto que la liquidación del patrimonio matrimonial es posterior al divorcio, las deudas conyugales se pueden arrastrar más allá de la declaración del divorcio; pero también en el derecho público el rastro que deja un matrimonio en el sentido económico y administrativo es manifiesto: se accede a una pensión de viudedad, en función de los años en que el matrimonio haya estado vigente; se es responsable de las deudas con la administración pública en virtud de si se contrajeron constante matrimonio; los obstáculos administrativos en virtud del estado civil para la realización de algunos trámites, es ostensible y clara. No obstante, uno de los principales efectos del matrimonio, una vez disuelto son las consecuencias que genera en torno a la liquidación del régimen económico matrimonial, en particular del ganancial.

La estructura heteropatriarcal de nuestra sociedad determina el derecho matrimonial. Se puede constatar una descompensación entre la regulación jurídica y la percepción social del matrimonio en la que el concepto heteropatriarcal, continúa vigente. Se ha conseguido la igual-

dad jurídica, formal, en el matrimonio. Se han levantado dos de los tres requisitos que siempre estaban vigentes en la institución: la aceptación de las parejas de hecho dinamitó el requisito de publicidad para el conocimiento de terceros, en lo relativo a los efectos personales; la igualdad jurídica de la descendencia, al margen de la situación de sus progenitores, hizo lo propio con la legitimidad que se otorgaba a la descendencia no matrimonial.

Sin embargo, el régimen económico matrimonial, el tercero de los requisitos, sigue vigente: el matrimonio tiene un efecto económico inmediato que es el establecimiento de un régimen patrimonial; es decir genera derechos y obligaciones de contenido económico que la jurisprudencia se ha encargado de distinguir cumplidamente de las parejas de hecho, que no generan *per se* derechos económicos; se ha mantenido el régimen económico ganancial que favorece sobre todo a los varones en lo relativo a la administración a medio y largo plazo en el ámbito patrimonial.

La consideración social y jurídica de una pareja que sea matrimonio es diversa de una pareja que no lo sea: el matrimonio otorga un cierto estatus, una pátina de legitimidad que sigue latente en la sociedad, que carece de significación jurídica porque el derecho proclama la igualdad formal, y que sólo puede ser producto de la legitimación que se otorgó a la relación conyugal en base a la sacralidad del vínculo, lo que se produjo por el interés heteropatriarcal en satisfacer sus demandas económicas.

El tipo de matrimonio que está descrito en la estructura jurídica es de naturaleza civil basada en la igualdad entre los cónyuges y con la indiscutida posibilidad de divorcio; por lo tanto, no debería determinar el régimen económico matrimonial regulado en el Código Civil como supletorio, de marcado carácter religioso.

El matrimonio es una institución que siempre se asentó en la desigualdad jurídica entre mujeres y hombres, en la supeditación económica de la mujer; y que se formalizó mediante una ritualidad concreta, a través de la cual se creaba estado; si bien es cierto que la evolución histórica de la institución del matrimonio no arranca en el Cristianismo, no es menos cierto que de la evolución analizada, se puede concluir que la sacralización del matrimonio y el derecho canónico fueron determinantes en el establecimiento de un régimen económico que comunicara las ganancias, porque a través de él, el control patriarcal se hacía efectivo, perpetuo.

El tipo de matrimonio católico fue el vehículo útil para conseguirlo, como también el puritanismo protestante, a través del control familiar que ejercían los varones: son por lo tanto razonamientos de índole religiosa, no necesariamente católica, aunque en mayor medida. El régimen ganancial, se asienta en la comunidad de vida de forma perpetua: la comunicación de ganancias y patrimonios ahondó en la permanencia del vínculo y se diseñó de tal forma que resultara prácticamente imposible dividirlo nuevamente, favoreciendo los intereses patriarcales no sólo de control económico de la mujer, sino de control del capital en el seno de sociedad eminentemente capitalista y comercial.

La evolución hacia un concepto civil de matrimonio fue una reivindicación feminista fundamental porque traía consigo la regulación del divorcio, es decir la anulación de la perpetuidad del sometimiento. Para lograrlo, fue necesaria la educación de las mujeres, la incorporación al mercado de trabajo que conllevó la independencia económica y la igualdad jurídica, el acceso de la mujer a la vida pública. La libertad de actuación de las mujeres y su conciencia ciudadana generaba, sin embargo, un problema no resuelto: la legitimidad de la prole, que era difícil de contrastar si se reconocía esa libertad de actuación. A través del secuestro de su independencia económica, se dificultaba su salida del círculo familiar heteropatriarcal, preservando la legitimidad de la descendencia, heredera del patrimonio familiar tanto económico como biológico.

Por eso, el vínculo civil constituye un hito a partir del cual, en muchos países se reguló un régimen económico distinto al ganancial; en España, y en general en los países católicos, se hace pervivir el vínculo económico aunque el matrimonial haya cedido: el reconocimiento del matrimonio civil y el divorcio no conllevó en ningún caso el establecimiento de un régimen económico matrimonial de separación de bienes, antes al contrario perpetuó el ganancial que hoy día no tiene razón de ser porque se asienta en un tipo de matrimonio que ya no está vigente al menos en el ámbito público, jurídico.

Actualmente, la sociedad de gananciales no es la forma más correcta de repartir las cargas y beneficios patrimoniales en el matrimonio civil. La venerada sociedad de gananciales en la época de la precodificación y codificación, que permitía la participación de la mujer en las ganancias del marido, virtud mediante, es hoy una figura cuando menos ambigua en lo relativo a generar una situación favorable económicamente para las mujeres, cuando se produce la disolución del vínculo matrimonial, porque anula totalmente su independencia económica.

Las mujeres han dejado en muchos casos de percibir mayores emolumentos por su trabajo por satisfacer un rol de género centrado en el cuidado de la familia, en el convencimiento de que se está trabajando en beneficio de la familia; además, es una figura que excluye la valoración del trabajo que aún hoy muchas mujeres aportan en exclusividad al matrimonio dentro de la casa, considerándolo solo como aportación al levantamiento de las cargas familiares, generadora de una pensión compensatoria normalmente temporal y casi siempre exigua. Hay una absoluta desinformación acerca de las obligaciones que conlleva, de cómo se calcula el beneficio, una vez descontadas las deudas que en muchos casos se desconocen bien porque no se está al tanto de la gestión, bien porque se desconoce la adscripción legal de cada partida patrimonial.

Es cierto que nuestro derecho prevé la sociedad de gananciales como la forma supletoria pero no prohíbe otras; también es cierto que el Código Civil prevé la administración conjunta, pero no prohíbe la personal de uno de los cónyuges por acuerdo tácito e incluso convalida muchas situaciones en que no se haya prestado el consentimiento en la disposición de bienes y saldos, ignorando cualquier tipo de sanción para la disposición de bienes sin consentimiento y exigiendo una prueba cumplida y expresa de la falta de éste, de la que en muchos casos se carece porque la relación de afectividad excluyó la posibilidad de acreditar las decisiones patrimoniales.

Pero también lo es, que la propia ubicación de la regulación del régimen económico matrimonial en sede de Obligaciones y Contratos del Código Civil desvirtúa la naturaleza familiar o conyugal de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges en la administración de la sociedad ganancial cuando esta se disuelve, mientras que gran parte de las disposiciones que se regulan lo hacen en aras de la confianza y del proyecto común que supone el matrimonio.

Habrà que estar a una u otra interpretación, en virtud del principio general de equidad: si la forma de regular la gestión y destino de los bienes matrimoniales, que difiere mucho de la desconfianza natural otorgada a los negocios jurídicos entre terceros, está basada en la confianza marital y en las relaciones familiares, habría que considerar esa misma confianza y relaciones familiares a la hora de liquidar y descubrir, en muchos casos, gastos y disposiciones desconocidos para uno de los cónyuges o la existencia de cuentas a las que no se tiene acceso, generalmente las mujeres, porque se permitió en base a la confianza.

No es de recibo en estas situaciones alegar la igualdad formal, alegar que la mujer (generalmente, como cónyuge más desfavorecido) *podía* haber pedido cuentas, *debería* haber exigido el conocimiento de los negocios del marido porque en virtud del artículo 14 de la CE que define la igualdad formal le asisten esos derechos, pero, los poderes públicos (art. 9.2) no están promoviendo la igualdad material, al ignorar las situaciones que tienen lugar de hecho, como la delegación tácita en el cónyuge varón.

No existe una política pública que fomente verdaderamente la corresponsabilidad en los deberes familiares, y por ende el desarrollo profesional de las mujeres, sino que contrariamente se suele incidir en la brecha salarial por la vía entre otras, de la demonización de las que optan por priorizar su carrera o su trabajo, frente al cuidado de la familia, situación esta última que las excluye en muchos casos de la dirección económica del patrimonio conyugal. No es suficiente alegar igualdad formal y obligación de conocimiento: hay que estar a las circunstancias personales, culturales y sociales de las afectadas, aplicando por lo tanto la perspectiva de género.

Este régimen económico matrimonial ganancial, que no está diseñado para disolverse, supone a día de hoy un enorme impacto negativo en la economía y en el patrimonio de las mujeres: en 1981 se reguló un reparto patrimonial acorde con un divorcio del que era sujeto una mujer que no trabajaba generalmente, que permanecía en la vivienda familiar a cargo de la prole y recibía una pensión de alimentos para administrar a favor de hijas e hijos, y eventualmente una compensatoria, para hacer frente a los mismos gastos que había en ese domicilio antes de producirse el divorcio, generando así un claro perjuicio económico en su poder adquisitivo.

Actualmente la situación laboral y económica de las mujeres ha cambiado, pero sigue habiendo una desigualdad salarial que se sitúa en el 18,36% y el régimen al que están sujetas en lo relativo al matrimonio, sigue siendo el mismo. La perpetuación de la dependencia económica es una consecuencia colateral del divorcio. Pero, cuando el matrimonio es civil por definición, cuando la población activa femenina supera el 53% de la población activa total, cuando está demostrado que la independencia económica es vital para evitar la sumisión personal y la violencia de género, no se puede seguir defendiendo un modelo de régimen económico matrimonial obsoleto y limitante; no se pueden alegar razones de privacidad para defender la decisión (generalmente femenina) de permanecer en el domicilio conyugal cuidando exclusivamente a la

familia, o conciliando preferentemente reduciendo su jornada o sus expectativas profesionales o laborales, sin corresponsabilidad del esposo, haciendo apología de la desigualdad.

Tampoco es de recibo que el acceso a una institución, el divorcio, reivindicada como logro feminista durante siglos por las razones antes expuestas, sea perjudicial para las mujeres; que no se solicite para evitar situaciones de penuria económica, por miedo a no ser capaz de sostener sus propias obligaciones económicas. O porque se tenga la certeza de que el camino va a ser largo, difícil y gravoso, a la hora de demandar unos derechos económicos reconocidos en la legislación, pero cuyo ejercicio se dificulta por un galimatías legal y jurídico.

Se torna necesario alentar el trabajo personal en favor del desarrollo económico no solo personal y familiar, sino también de la estructura social, estatal. Sería objeto de otra investigación cuantificar los recursos públicos que se invierten para solucionar la perentoria situación económica de muchas mujeres que tras un divorcio deben iniciar un largo camino procesal para hacer efectivos sus derechos económicos, la cobertura de sus necesidades familiares y personales, la situación psicológica en que quedan muchas veces. Igual que hace más de 500 años se alegó que la expectativa de participar en las ganancias del marido alentaba la virtud, hoy día se debería ahondar en la máxima de que la independencia económica aliente el trabajo personal, lo que podría determinar el avance hacia un modelo de régimen económico matrimonial diverso, más acorde con la igualdad entre cónyuges y respetuoso con su situación económica personal, al margen de la común, sobre todo porque es conocido con anterioridad.

Porque la realidad es que actualmente, tanto las obligaciones económicas de los cónyuges después de una separación o divorcio, como la propia liquidación del régimen económico matrimonial ganancial, es siempre costoso y desigual para quien depende económicamente, es decir las mujeres, y puede dar lugar a violencia económica que en muchos casos es posible además, porque hay un sustrato de inaplicación de la normativa de forma integrada, de descoordinación de las distintas instancias judiciales y/o administrativas, y por supuesto de inaplicación de la perspectiva de género en el enjuiciamiento de las causas de familia, tal y como la ley exige: así el artículo 3.1 del CC, el artículo 4 de la LO 3/2007 o el artículo 49 del Convenio de Estambul.

Debe producirse un cambio sustancial en la regulación del régimen económico matrimonial actual, modificando la estructura del CC para unificar en el mismo libro la regulación del matrimonio y la de sus

efectos económicos, lo que permitiría considerarlos no como un negocio jurídico entre terceros sino producto de las relaciones afectivas concretas que informan la institución, tanto en el momento de su constitución como de su eventual disolución y liquidación. Pero también reformando el Código Civil en lo relativo al régimen económico matrimonial supletorio, dado que ya gran parte de las parejas optan voluntariamente por el régimen de separación de bienes. O, en su defecto, regular la obligación de optar de forma consciente, informada y expresa por un régimen económico matrimonial concreto mediante la formulación de capitulaciones matrimoniales dentro del expediente matrimonial.

Desde el punto de vista procesal es, en definitiva, imprescindible juzgar con perspectiva de género. Esta circunstancia, perfectamente aplicable con los criterios de equidad establecidos en el artículo 1 del CC, está además expresamente recogida en el artículo 4 de la LO 3/2004, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres y confirmada en numerosas sentencias del Tribunal Constitucional: se aplica, en la jurisdicción penal, en la social, constitucional en lo relativo a derechos fundamentales, quizás menos de lo deseado, pero se va creando conciencia en la judicatura. No ocurre lo mismo en la jurisdicción civil, en la que no es fácil encontrar una sentencia en la que se aplique la perspectiva de género como criterio corrector de la desigualdad y mucho menos hermenéutico de las normas jurídicas; es materialmente imposible encontrar la aplicación de la perspectiva de género en la jurisprudencia elaborada en aplicación del derecho de familia, hasta ahora.

Bibliografía

- ADAMS, A. E.; SULLIVAN, C. M.; BYBEE, D., y GREESON, M. R. (2008). «Development of the scale of economic abuse». *Violence Against Women*, 14(5) (563-588). <https://doi.org/10.1177/1077801208315529>
- AGUILERA ARILLA, M. J.; GONZÁLEZ YANCI, M. P. (2003). «El divorcio en España tras 22 años de su legalización». *Anales de Geografía de la Universidad Complutense*, núm. 23 (117-130).
- ALBALADEJO GARCÍA, M. (1955). *Estudios de Derecho Vivil*. Bosch.
- (1987). *Compendio de Derecho Civil* (6.^a ed). Bosch.
- ALBERDI ALONSO, I. (1981). «Sociología del Divorcio». *REIS Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 13 (183-196).
- ALFONSO, y SÁNCHEZ-ARCILLA, J. (2004). *Las siete partidas: (el libro del Fuero de las Leyes)*. Reus.
- ALONSO MARTÍN, M. L. (1978). «La dote en los documentos toledanos de los siglos XII-XV». *Anuario de Historia del Derecho*, núm. 48 (379-456).
- ALONSO OLEA, M. (1989). *Derecho del Trabajo*. Civitas..
- ÁLVAREZ DE LAS ASTURIAS, N. (2013). «La formación del vínculo matrimonial de Graciano a Alejandro III: ¿tan solo una cuestión histórica?». *Ius Canonicum*, vol. 53 (621-654).
- AMAR Y BORBÓN, J. (1790). *Discurso sobre la educación física y moral de las mujeres*. Imprenta de Benito Cano.
- (1790) *Discurso sobre la Educación física y moral de las mujeres*. LÓPEZ-CORDÓN, M. V. (ed.) (1994). Colección «Feminismos Clásicos». Cátedra.

- AMO PACHÓN, Monseñor L. del (1954). «Los matrimonios civiles durante la República. Problemas que plantean». *Revista de Derecho Privado*, Vol. XXV, Serie J. *Monografías prácticas de Derecho Español*.
- AMORÓS, C. (1985). *Hacia una crítica de la razón patriarcal*. Anthropos.
- AMORÓS, C., y MIGUEL ÁLVAREZ, A. D. (2010). *Teoría feminista: de la Ilustración a la globalización*. Vol. 3, *De los debates sobre el género al multiculturalismo*. Minerva Ediciones.
- ARADILLAS, A. (1977). *Divorcio en España. Un tema polémico que mañana será noticia*. Luis de Carlat Editor.
- ARANGIO-RUIZ, V. (1930). *Persona e famiglia nell diritto dei papiri*. Società Editrice Vita e Pensiero.
- ARENAL PONTE, C. (1869). *La mujer del porvenir*. E-litterae (2009).
- (1892). *La educación de la mujer*. E-litterae (2009).
- ARNAGTOGLOU, I. (1998). *Ancient greek laws*. Routledge.
- ASSO Y DEL RÍO, I. J. D., y MANUEL Y RODRÍGUEZ, M. D. (1803). *Instituciones del derecho civil de Castilla*. Lex Nova (ed. 1984).
- BARCIA MARTÍN, L. (1984). «El derecho natural en el Decreto de Graciano». *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 1 (265-284).
- BEL BRAVO, M. A. (1998). *La mujer en la historia*. Encuentro.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2018). «Una propuesta de Código Civil». *Revista doctrinal Aranzadi civil-mercantil*, núm. 8 (93-102).
- (2021). *Manual de Derecho Civil*. Bercal.
- (2021). *Manual de Derecho Civil. Derechos de Familia*. BERCAL, S.A.
- BERMEJO CASTRILLO, M. A. (1996). *Parentesco, matrimonio, propiedad y herencia en la Castilla altomedieval*. Universidad Carlos III de Madrid: Boletín Oficial del Estado.
- BISCARDI, A. (1999). *Proix et Pherne alla luce di un nuovo papiro fiorentino* Scritti di diritto greco. Instituto de Derecho Romano.
- BONFANTE, P.; BONFANTE, G., y CRIFÒ, G. (1925). *Corso di diritto romano*. Vol. 1, *Diritto di famiglia*. Giuffrè.
- BRAVO, E., y BESSÓN, E. A. de (1885). *Compilación del Derecho Civil vigente en España*. Biblioteca Judicial.
- BURGOS, C. de. (1904). *El divorcio en España*. Concepción Núñez Rey (ed. 2023). Renacimiento.
- BUSSI, E. (1937). *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune*. CEDAM.
- BUXÓ REY, M. Jesús (1978). *Antropología de la mujer: cognición, lengua e ideología cultural*. Promoción Cultural.

- CÁNDANO FIERRO, G. (2012). *Mujer y matrimonio en las decretales de Gregorio IX*. Grupo Destiempos.
- CAPEL MARTÍNEZ, R. M. (1986). «Debates, conquistas y expectativas de la enseñanza de la mujer española durante la edad de plata». *VI Coloquio de Historia de la Educación*. Instituto de la Mujer (741-754).
- (1986). «La apertura del horizonte cultural femenino: Fernando de Castro y los congresos pedagógicos del siglo XIX». *Mujer y Sociedad en España: 1700-1975*. Instituto de la Mujer (109-146).
- (1986). «Mujer y Trabajo en la España de Alfonso XIII». *Mujer y Sociedad en España: 1700-1975*. Instituto de la Mujer (207-238).
- (1997). «Venturas y desventuras del matrimonio a los ojos de un clérigo ilustrado». *La mujer en el Antiguo Régimen: de la cocina a los tribunales. Cuadernos de Historia Moderna*, núm. 19 (39-64).
- CARBONNIER, J. (1974). *Derecho Flexible: para una sociología no rigurosa del derecho*. Dickynson.
- CÁRDENAS Y ESPEJO, F. (1884). «Ensayo Histórico sobre leyes y doctrinas que tratan de los bienes gananciales». *Estudios Jurídicos*. Tomo II (63-116). Establecimiento tipográfico de P. Núñez.
- (1884). «Ensayo Histórico sobre la dote, arras y donaciones esponsalicias». *Estudios Jurídicos*. Tomo II (5-61). Establecimiento tipográfico de P. Núñez.
- CARRIÓN OLMOS, S. (1977). *Historia y Futuro del matrimonio Civil en España*. Revista de Derecho Privado.
- CASSO Y ROMERO, I. de, y CERVERA Y JIMÉNEZ DE ALFARO, F. (1950). *Diccionario de Derecho Privado: derecho civil, común y foral, derecho mercantil, derecho notarial y registral, derecho canónico*. Editorial Labor.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. (1930, 1987). *Derecho Civil Español Común y Foral*, Tomo V, Vol. I. Reus.
- (1955). *La condición social y jurídica de la mujer*. Reus.
- CASTELLI, G. (1913). «I nei Παράφερνα papiri greco-egizii e nelle fonti romane *Scritti iuridici*». Bonfante (ed.). Papiro PSI I 36a, <https://aquila.zaw.uni-heidelberg.de/ddb/PSI;1;;36;;a>
- COLLANTES DE TERÁN DE LA HERA, M. J.; TORRES AGUILAR, M.; PINO ABAD, M., y TORQUEMADA SÁNCHEZ, M. J. (2023). *Manual de historia del derecho* (3.ª ed.). Tecnos.
- (2023). *Manual de historia del derecho: cuaderno de comentarios de textos histórico-jurídicos* (3.ª ed.). Tecnos.
- COLLANTES DE TERÁN DE LA HERA, M. J. (1997). *El régimen económico del matrimonio en el derecho territorial castellano*. Tirant lo Blanch.
- COMISIÓN PERMANENTE DE LA CONFERENCIA EPISCOPAL ESPAÑOLA (1981). *Declaración sobre el Proyecto de Ley de Modificación de la regulación del Matrimonio*

- en el *Código Civil* (Texto publicado el 5 de febrero de 1981 en el diario *El País*).
- (1979). *Instrucción sobre el Divorcio Civil*.
- CONSEJO DE MINISTROS (1979). *La reforma del régimen matrimonial del Código Civil y la regulación legal del divorcio* [Informe gubernamental].
- COONTZ, S. (2006). *Historia del Matrimonio: cómo el amor conquistó el matrimonio*. Gedisa. Traducción de Alcira Bixio.
- DE ESTEBA, J., y LÓPEZ GUERRA, L. (1980-1984). *El régimen constitucional español*, Vol. I. Labor.
- DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J. L. (1988). *Derecho Civil: método, sistemas y categorías jurídicas*. Editorial Civitas.
- DELGADO-SÁEZ, J. (2024). «La propuesta de reforma del Código Civil Español». *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 61 (65-93).
- DÍAZ SÁNCHEZ, P. (2008). «El trabajo de las mujeres durante la dictadura franquista». *Cien años trabajando por la igualdad*. CAPEL MARTÍNEZ, R. M. (ed.). Fundación Largo Caballero (167-180).
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1972). *Centenario de una gran obra legislativa*. Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación.
- DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A. (1980). *Sistema de Derecho Civil*. Tecnos.
- DOMINGO DE MORATÓ, D. R. (1877). *El Derecho Civil Español, con las concordancias del Romano tomadas de los Códigos de Justiniano y de las doctrinas de sus intérpretes, en especial de las Instituciones y del Digesto Romano-Hispano de D. Juan Sala*. Imprenta y Librería Nacional y Extranjera de Hijos de Rodríguez.
- (1884). *Estudios de ampliación de la historia de los los códigos españoles*. Imprenta y Librería Nacional y Extranjera de Hijos de Rodríguez.
- DOUGLAS, M. (1966). *Purity and Danger: An Analysis of Concepts of Pollution and Taboo*. Routledge and Keegan Paul.
- DUBY, G. (1988). *El caballero, la mujer y el cura*. Taurus.
- DUBY, G.; PERROT, M.; FARGE, A., y ZEMON DAVIS, N. (1992). *Historia de las mujeres en Occidente*. Taurus.
- ELIOZONDO Y ÁLVAREZ, F. A. (1783-1788). *Práctica Universal Forense de los Tribunales de España y de las Indias*. Imprenta de D. Pablo Marín.
- ENNECCERUS, L.; KIPP, T., y WOLFF, M. (1979). *Tratado de derecho civil*. Tomo IV, *Derecho de familia*. Vol. 1, *El matrimonio* (2.^a ed. Reimp). Bosch. Traducción de Blas Pérez González y José Castán Tobeñas.
- ENTRENA KLETT, C. M. (1984). *Matrimonio, Separación y Divorcio en la legislación actual y en la historia*. Thompson Reuters Arandazi.

- ERIKSSON, M., y ULMESTIG, R. (2017). «It's Not All About Money: Toward a More Comprehensive Understanding of Financial Abuse in the Context of VAW». *Journal of Interpersonal Violence*, 36(3-4), NP1625-1651NP. <https://doi.org/10.1177/0886260517743547>
- ESCOSURA, P. de la (1852-1854). *Diccionario Universal de Derecho Español Constituido*. Madrid.
- ESCRICHE Y MARTÍN, J. (1831, 1838). *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*. París.
- ESCUDERO, J. A. (2012). *Curso de historia del derecho: fuentes e instituciones político-administrativas* (4.^a ed., rev). José Antonio Escudero.
- ESPÍN CÁNOVAS, D. (1984). «Protección a la familia». *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, Tomo IV. Edersa.
- FALCÓN Y OZCOIDI, M. (1878). *Exposición doctrinal del derecho civil español, común y foral: según las leyes escritas, la jurisprudencia de los tribunales y la opinión de los escritores*. Salamanca: Vicente Oliva.
- (1880)- *Historia del Derecho Civil español, común y foral*. Salamanca: Vicente Oliva.
- (1901). *El Derecho Civil español, común y foral. Continuación de la Exposición doctrinal del derecho civil español*. Barcelona: Tobella y Costa.
- FEBRERO, J. (eds. de 1783, 1786, 1789, 1790, 1817 y 1818). *Librería de Escribanos e instrucción jurídica teórico-practica de principiantes*. Antonio Perez de Soto.
- FERNANDEZ DE BUJÁN, A. (2017). *Derecho Romano*. Thomson Reuters Aranzadi.
- FERNÁNDEZ DE PRADA, L. (1894). *Principios generales del Derecho o introducción al estudio del Derecho civil español. En la que exponen su naturaleza, partes, fuente y otras nociones preliminares necesarias al conocimiento del mismo*. Viuda de Cuesta é Hijos.
- FERNÁNDEZ VARGAS, V., y LÓPEZ-CORDÓN CORTEZO, M. V. (1986). Mujer y régimen jurídico en el Antiguo Régimen: una realidad disociada. *Ordenamiento jurídico y realidad social de las mujeres: siglos XVI a XX: actas de las IV Jornadas de Investigación Interdisciplinaria*. GARCÍA-NIETO PARÍS, M. C. (ed.) (13-40).
- FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, A. (2006). «La evolución jurídica del sistema matrimonial». *Foro. Revista de ciencias jurídicas y sociales*, núm. 3 (93-112).
- FERRAZ LORENZO, M. (1990). «La mujer y su entorno educativo-laboral. Espartaco como referencia». *IV Coloquio de Historia de la Educación. Mujer y Educación en España 1868-1975*. Universidad de Santiago (148-152).
- FIGES, E. (1972). *Actitudes patriarcales*. Alianza.
- FLECHA GARCÍA, C. (2011). «Por derecho propio. Universitarias y profesionales en España en torno a 1910». *Tabanque: Revista pedagógica*, núm. 24 (157-174).

- FONT RIUS, J. M. (1954). «La ordenación paccionada del régimen matrimonial de bienes en el derecho medieval hispánico». *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm. 8 (189-244).
- FRANCO RUBIO, G. A. (1997). «Educación femenina y prosopografía: las alumnas del colegio de las Salesas Reales en el siglo XVIII». *Cuadernos de Historia moderna núm. 19: Sobre la mujer en el Antiguo Régimen: de la cocina a los Tribunales*. Universidad Complutense (171-182).
- (???). «La contribución de la mujer española a la política contemporánea: de la restauración a la guerra civil (1876-1939)». *Mujer y Sociedad en España 1700-1975*. Instituto de las Mujeres (239-264).
- GARCÍA CANTERO, G. (1974). «En torno a la reforma del derecho civil matrimonial». *Revista Ius Canonicum*, Vol. XIV, núm. 27 (111-116).
- (1983). «Familia y Constitución». *Desarrollo de la Constitución española de 1978*. RAMÍREZ JIMÉNEZ, M. (ed.). Pórtico (191-214).
- (1983). «La “non nata” cláusula de dureza en el divorcio español». *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 34, núm. 4 (1343-1358).
- (1996). «Efectos del divorcio en España (1981-1994)». *REDC*, núm. 53 (705-727).
- GARCÍA-GALLO DE DIEGO, A. (1966). «L'évolution de la condition de la femme en Droit espagnol». *Annales de la Faculté de Droit de Toulouse*, Vol. XIV, núm. 2 (73-96).
- (1982). *Estudios de Historia del Derecho Español*. Universidad de Sevilla.
- (1982). *Manual de Historia del Derecho Español*. Artes Gráficas y Ediciones, S.A.
- GARCÍA GARRIDO, M. J. (1982) *El patrimonio de la mujer casada en el Derecho Civil I: la tradición romanística*. Dickynson.
- (1985). *Derecho Privado Romano / I*, Instituciones (3.^a ed. rev.). Dykinson.
- (1985). *Derecho Privado Romano*. Dickynson.
- GARCÍA GOYENA, F. (1852). *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*. Madrid: Imprenta de F. Abienzo.
- GAYO 1, 110, y BERGER, A. (1953). *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*. The American Philosophical Society.
- GIOFREDI, C. (1980). «Per la storia del Matrimonio Romano». *Nuovi studi di diritto greco e romano* (113-154). Pontificia Univesitas Lateranensis.
- GÓMEZ DE LA SERNA, P. (1864). «De la reclamación de dote y parafernales por una viuda». *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Vol. 12. núm. 24 (286-295).
- GÓMEZ DE LIAÑO, F. (1996). *Diccionario Jurídico*. Forum.
- GÓMEZ LAPLAZA, M. d. C. (1976). *De los bienes parafernales*. Imp. Kadmos.

- (1977). Supresión de la licencia marital. *Anuario de Derecho Civil*. Vol. 30, núm. 2 (337-395).
- GÓMEZ MORÁN, L. (1942). *La mujer en la historia y en la legislación*. Instituto Editorial Reus, Centro de Enseñanza y Publicaciones.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., y TORRES DEL MORAL, A. (1990). *Familia y matrimonio en la Constitución española de 1978*. Editorial Congreso de los Diputados, Colección Monografías.
- HERRERO Y OLEA, S. (1872). *El Código civil español. Recopilación metódica de las disposiciones vigentes anotadas con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia*. Hijos de Rodríguez.
- HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, M. (1993). *Memorias de Estío*. Temas de Hoy.
- HINOJOSA Y NAVEROS, E. (1907). «La condición jurídica de la mujer casada». *Obras*, Tomo II. Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas.
- (1915). «El elemento germánico en el derecho español». *Obras*. Tomo II. Imprenta Clásica Española.
- IGLESIAS-REDONDO, J. (2024). *Derecho romano: historia e instituciones* (19 ed. revisada y actualizada por Juan Iglesias-Redondo, profesor emérito de la Universidad Complutense de Madrid). Editorial Universitas.
- JIMÉNEZ LÓPEZ, M. D. (2015) (tr.). *Iseo. Discursos*. Biblioteca Clásica Gredos.
- KELLY, J. (1984). «Did women have a Renaissance?». *Women, History & Theory The Essays of Joan Kelly*. The University of Chicago Press (19-50).
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (2014). *Tratado del Derecho de Familia*. Editorial Santa Fe: Rubinzal-Culzoni (Edición de 2017).
- KING, M. L. (1993). *Mujeres renacentistas. La búsqueda de un espacio*. Alianza Universidad.
- LA IGLESIA Y GARCÍA, G. (1903). *Manual de derecho foral español, reproducido textualmente, ilustrado con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, las doctrinas de los autores y de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y ordenado como complemento y según el plan del Código Civil*. Revista de Legislación Universal.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. (1950). «En torno a la naturaleza jurídica de la comunidad de gananciales del Código Civil». *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Vol. XIX, núm. 187 (7-49).
- (1963). *Derecho de Familia, el matrimonio y su economía*. Bosch.
- (1980). *Manual de Derecho Civil*. Bosch.
- LALINDE ABADÍA, J. (1974). *Derecho Histórico Español*. Ariel.
- (1983). *Iniciación histórica al derecho español* (3.^a ed. act.). Ariel.

- LASARTE ÁLVAREZ, C.; SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, B. (2024). *Principios de Derecho Civil*. Tomo V. *Derecho de Familia*. Marcial Pons.
- LASARTE, C. (2021). *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil VI*. Marcial Pons.
- LEÓN Y OLARIETA, F. de (1877). *Metodología de la ciencia del Derecho, seguida del programa de ampliación de Derecho Civil y Códigos Españoles, y de unos apuntes bibliográficos sobre esta asignatura*. J. Domenech.
- LERNER, G. (2017). *La creación del patriarcado* (1.^a ed.). Katakarak.
- LIDA DE MALKIEL, M. R. (1950). «La dama como obra maestra de Dios». *Estudios sobre la Literatura Española del siglo XVI*. Ediciones José Porrúa Turanzas (179-290).
- LINACERO DE LA FUENTE, M. (2018). *Derecho Civil I. Introducción al Derecho Civil, Derecho de la Persona, Derecho Subjetivo y Negocio Jurídico*. Tirant lo Blanch.
- (2022). *Derecho de la Persona y de las Relaciones familiares*. Tirant lo Blanch.
- LIÑÁN GARCÍA, A. (2016). «La evolución del estatuto jurídico de las mujeres en España en materia de familia, matrimonio y relaciones paternofiliales». *Revista Arenal* 23:2 julio-diciembre 2016 (349-374).
- LLORENTE, J. (1756-1823). *Discursos sobre una constitución religiosa, considerada como parte de la civil nacional*. Stahl.
- LÓPEZ ALARCÓN, M. (1973). «Matrimonio Civil y Obstáculo legal de profesión de la Religión católica». *Revista Española de Derecho Civil*, Vol. 29, núm. 82 (111-123).
- LÓPEZ ALARCÓN, M., y NAVARRO-VALLS, R. (1987). *Curso de derecho matrimonial canónico y concordado* (2.^a ed. corr. y aum.). Tecnos.
- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. (1999). *La liquidación de la sociedad de ganancias*. Tirant lo Blanch.
- LÓPEZ NEVOT, J. A. (2022). *Manual de Historia del Derecho* (2.^a ed., revisada y ampliada). Comares.
- LÓPEZ, G., y SPAIN (1844). *Las siete partidas del sabio rey Don Alfonso el IX: con las variantes de mas interés, y con la glosa del Lic. Gregorio Lopez, del Consejo Real de Indias de S.M. : vertida al castellano y estensamente adicionada con nuevas notas y comentarios y unas tablas sinópticas comparativas, sobre la legislación española, antigua y moderna, hasta su actual estado* (I. SANPONTS Y BARBA, R. MARTÍ DE EIXALÁ, y J. FERRER Y SUBIRANA, eds.). Imprenta de Antonio Bergnes y ca. <https://digitalcollections.crl.edu/search?ln=en&p=oclc:865439143>
- LÓPEZ-CORDÓN CORTEZO, M. V. (1986). «La situación de la mujer a finales del Antiguo Régimen». *Mujer y Sociedad en España (1700-1975)*. Instituto de las Mujeres (47-108).

- MAFFI, A. (1997). *Il diritto di famiglia nel codice di Gortina*. CUEM.
- MAIO, R. de (1988). *Mujer y Renacimiento*. Mondadori.
- MALDONADO FERNÁNDEZ DEL TORCO (1944). «Sobre la relación entre el derecho de las Decretales y el de las Partidas en materia matrimonial». *Anuario de Historia del Derecho*. Vol. 15 (589-643).
- MANRESA Y NAVARRO, J. M. (1914). *Comentarios al Código Civil Español*. Tomo IX. Reus.
- MARCOS GUTIÉRREZ, J. M. (1825). *Adiciones a la Librería de escribanos, abogados y jueces obra que escribió José Febrero; y reformó de nuevo en su lenguaje, estilo y método el licenciado José Marcos Gutiérrez*. Fermín Villalpando.
- MARICHALAR, A. (1915). *Recitaciones del Derecho Civil de España*. Minuesa de los Ríos.
- MARICHALAR, A., y MANRIQUE, C. (1868). *Historia de la legislación y Recitaciones del Derecho Civil de España. Fueros de Navarra, Vizcaya, Guipuzcoa y Álava*. Gasset, Goma y C.^a
- MARTÍN DE SANTA OLALLA SALUDES, P. (2001). «La ley del divorcio de junio de 1981 en perspectiva histórica». *Revista Espacio, Tiempo y Forma, Serie V, Historia Contemporánea*, núm. 14 (519-551).
- MARTÍN DESCALZO, J. L. (31 de enero de 1981). *Amordazar a los Obispos*. ABC.
- MARTÍNEZ ALCUBILLA, M. (eds. de 1862, 1870, 1880, 1887, 1894 y 1914-1925). *Diccionario de la Administración Española. Compilación de la Novísima legislación de España peninsular y ultramarina en todos los ramos de la Administración Pública*. Madrid.
- MARTÍNEZ GUJÓN, J. (1959). «El régimen económico del matrimonio y el proceso de redacción de los textos de la familia en el Fuero de Cuenca». *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 29 (45-152).
- MARTÍNEZ LÓPEZ, C. (1999). «Y parirás hijos para gloria de Roma: las mujeres y la ciudadanía en la Roma Antigua». *Género y Ciudadanía: revisiones desde el ámbito privado. XII Jornadas de Investigación Interdisciplinaria* (SÁNCHEZ MUÑOZ, C.; ORTEGA LÓPEZ, M., y VALIENTE FERNÁNDEZ, C. (ed.) (143-162).
- MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. (2008). *El concepto de Matrimonio en el Código Civil*. Civitas.
- MARTÍNEZ-GÓNGORA, M. (1999). *Discursos sobre la mujer en el humanismo renacentista español: los casos de Antonio de Guevara, Alfonso y Juan de Valdés y Luis de León*. Spanish Literature Publications Co.
- MARTÍNEZ-LÓPEZ MUÑOZ, J. L. (1984). «Posible inconstitucionalidad parcial de la Ley española de divorcio de 1981». *Persona y Derecho: Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y Derechos Humanos*, núm. 11 (171-210).
- MARTINI, R. (2005). *Diritti greci*. Zanichelli.

- MERÊA, M. P. (1952). «O dote nos documentos dos séculos IX-XII». *Estudos de direito hispânico medieval* [Universidade].
- MIELES BARRERA, M. D.; TONON, G., y ALVARADO SALGADO, S. V. (2012). «Investigación cualitativa: el análisis temático para el tratamiento de la información desde el enfoque de la fenomenología social». *Universitas Humanística*, núm. 74 (195-225).
- MIQUEL, J. (1990). *Historia del derecho romano* (reimp. de la 2.^a ed.). PPU.
- MIRGUET, V. (1933). *La educación de la mujer contemporánea*. Labor.
- MOORE, R. I. (1989). *La formación de una sociedad represora: poder y disidencia en la Europa Occidental*. Traducción de Enrique Gavilán. Crítica.
- MORÁN MARTÍN, R. (2002). *Historia del Derecho privado, penal y procesal*, Tomo II. Universidad Nacional de Educación a Distancia, UNED.
- MOUTON Y OCAMPO, L.; ALIER; CASSI, L.; OLIVER RODRÍGUEZ, E., y TORRES BALLESTÉ, J. (1911-1972). *Enciclopedia Jurídica Española*. Francisco Seix Editor.
- MUÑOZ GARCÍA, M. J. (1991). *Limitaciones a la capacidad de obrar de la mujer casada, 1505-1975* [Servicio de Publicaciones, UNEX].
- NART FERNÁNDEZ, I. (1951). «Venia y Veto maritales». *Revista de Derecho Privado* (592-630).
- NASH, M. (2008). «Mujeres, conciencia de género y movilizaciones sociales». *Cien años trabajando por la igualdad*. CAPEL MARTÍNEZ, R. M. (ed.). Fundación Largo Caballero (117-130).
- NAVARRO AMANDI, M. (1880). *Código Civil de España, Compilación metódica de la doctrina contenida en nuestras Leyes civiles vigentes con expresión de sus orígenes, Jurisprudencia del Tribunal Supremo, concordancias con los principales códigos de otros pueblos y comentarios*. Juan Vidal.
- NAVARRO VALLS, R. (1979). «Los efectos civiles del matrimonio canónico en el acuerdo sobre asuntos jurídicos de 1979 entre la santa sede y el estado español». *Ius Canonicum*, Vol. 19, núm. 37 (107-154).
- NEBRIJA, A. d., y NÚÑEZ, C.-H. (1944). *Léxico de derecho civil*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas.
- NEGRÍN FAJARDO, O. (1984). *Ilustración y Educación: la Sociedad Económica Matritense*. Editora Nacional.
- NICOLÁS MARÍN, M.^a E. (1986). «La situación de las mujeres a través de los movimientos del apostolado seglar: la contribución a la legitimación del franquismo (1939-1956)». *Mujer y Sociedad en España: 1700-1975*. Instituto de la Mujer (365-390).
- NIELFA CRISTÓBAL, G. (1986). «Las mujeres en el comercio madrileño del primer tercio del siglo XX». *Mujer y Sociedad en España: 1700-1975*. Instituto de la Mujer (299-332).

- (2003). «Trabajo, legislación y género en la España contemporánea: los orígenes de la legislación laboral». *¿Privilegios o eficiencia? Mujeres y hombres en los mercados de trabajo*. GÁLVEZ MUÑOZ, L., y SARASÚA, C. (eds.). Universidad de Alicante (39-53).
- (2012). «Trabajo, salud y vida cotidiana de las mujeres en España durante el siglo XX». *100 años en femenino. Una historia de las mujeres en España*. RUBIO, O. M., y TEJEDA, I. (ed.). AC/E Ministerio de Cultura-Asociación Cultural Española (122-139).
- OLAMENDI TORRES, P. (2007). *Análisis de la clasificación Mexicana de delitos*. UNIFEM.
- (2008). *Análisis de la clasificación Mexicana de delitos*. INEGI http://www.diputados.gob.mx/documentos/Congreso_Nacional_Legislativo/Doc/CMD_Integrado.pdf
- OLIVA REINA, M. (1938). *Experiencias de Educación*. Rayfe.
- ORTEGA LÓPEZ, M. (1999). «Huérfanas de ciudadanía, pero guardianas de la casa. Género y ciudadanía: revisiones desde el ámbito privado». *XII Jornadas de investigación disciplinaria* (coord. SÁNCHEZ MUÑOZ, C.; ORTEGA LÓPEZ, M., y VALIENTE FERNÁNDEZ, C.) (166-193).
- OTERO VARELA, A. (1960). «Aventajas o Mejoría». *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 30 (491-552).
- PARDO BAZÁN, E. (1890). «La mujer española». *La España Moderna*. Año II núm. XVII, mayo 1890.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1989): *Derecho de familia*. Universidad Complutense de Madrid.
- PERE I RALUY, J. (1974). «Registro Civil. Panorama del estado civil y del Registro Civil desde 1970 hasta 1972». *Revista Pretor XXII*, núm. 80 (165-317).
- PÉREZ BUSTAMANTE, R. (1983). *Los regímenes económicos matrimoniales en la historia del derecho español*. Universidad de Alcalá de Henares.
- PÉREZ DE VILLAR HERRANZ, G. (2014). *Las Costumbres Holgazanas de Córdoba*. Ediciones Electrónicas de la AEHM/UMA.
- PÉREZ SAMPER, M. A. (1997). «Los recetarios de mujeres y para mujeres. Sobre la conservación y transmisión de los saberes domésticos en la época moderna». *Cuadernos de Historia moderna núm. 19: Sobre la mujer en el Antiguo Régimen: de la cocina a los Tribunales*. Universidad Complutense (121-156).
- PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, J. M. (1973). *Historia del derecho español*. Darro.
- (1993). «General Renunciacion «non vala». Sobre doctrina y práctica en tiempos del *Ius Commune Glossae*». *Revista de Historia del Derecho Europeo* 5-6 (1993-1994) (75-114).

- (1993). *Breviario de Derecho Germánico*. Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho UCM.
 - (1996). *Interpretación histórica del derecho: Notas. Esquemas. Prácticas*. Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Servicio de Publicaciones.
 - (1998). «La frialdad del texto. Comentario al prólogo del Fuero Viejo de Castilla». *Cahiers de linguistique hispanique médiévale*, núm. 22 (297-324).
 - (2004). *Historia del derecho español*. Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid.
- POSADA KUBISSA, L. (2023). *Lugares y ecos*. Redes Feministas.
- POSTMUS, J.; HOGE, G.; BRECKENRIDGE, J.; SHARP-JEFFS, N., y CHUNG, D. (2018). «Economic Abuse as an Invisible Form of Domestic Violence: A Multicountry Review». *Trauma, Violence, & Abuse*, 21, 152483801876416. <https://doi.org/10.1177/1524838018764160>
- PRIETO BANCES, R. (1976). «Los notarios en la sociedad legal de gananciales». *Obra Escrita*. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Oviedo (607-654).
- PRIMO DE RIVERA, P. (1943). *Discursos, circulares y escritos*. Sección Femenina de FET y de las JONS.
- PUIG PEÑA, F. (1953). *Tratado de Derecho Civil Español*. Tomo II. Vol. 1. Revista de Derecho Privado.
- RAMOS-ARROYO, A., y DIAZ-CAMPO, J. (2021). «Tratamiento periodístico del divorcio en la prensa española. Análisis comparativo de ABC y El País». *Revista Comunicación y Hombre*, núm. 17 (209-223).
- RAYÓN BALLESTEROS, M. C. (2010). «Aproximación a la historia de la enseñanza del Derecho en nuestro país». *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLIII (2010) (215-236).
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario panhispánico del español jurídico (DPEJ)* [en línea]. < <https://dpej.rae.es/> > [Fecha de la consulta: 14/09/2023].
- REIG, M., y RODRÍGUEZ, M. (2021). *40 años de la Ley de Divorcio en España: el movimiento feminista* [Video de YouTube]. Unidad de Igualdad de la UCM.
- RENZETTI, C. M., y LARKIN, V. M. (2009). *Economic Stress and Domestic Violence*.
- REVISTA EL NOTARIADO siglo XXI (18 de mayo de 2023). *Evolución de las uniones de hecho ante notario celebradas entre 2007 y 2022*. Recuperado de <https://madrid.notariado.org/portal/-/crecen-las-bodas-las-parejas-de-hecho-y-los-acuerdos-conyugales-ante-notario>.
- RIAZA, R., y GARCÍA-GALLO DE DIEGO, A. (1934-1935). *Manual de Historia del Derecho Español*. V. Suárez.
- RODRÍGUEZ GIL, M. (1998). *Vice Uxor: Notas sobre el concubinato en España desde la recepción del Derecho Común*. Universidad Complutense, Servicio de Publicaciones.

- ROLDAN VERDEJO, R. (1980). *La ley del Matrimonio Civil de 1870. Historia de una ley olvidada*. Universidad de Granada.
- RUIZ FRANCO, M. del R. (2008). «Mujer y sociedad durante el franquismo». *Cien años trabajando por la igualdad*. CAPEL MARTÍNEZ, R. M. (ed.). Fundación Largo Caballero (151-166).
- RUIZ RODRÍGUEZ, J. I. (2023). *Curso de historia del derecho y de las instituciones españolas* (5.^a ed. revisada y puesta al día). Dykinson, S.L.
- RUIZ-DOMÈNEC, J. E. (2003). *La ambición del amor. Historia del matrimonio en Europa*. Aguilar.
- SAMPEDRO, R. (2018). «La Querella de las mujeres en Castilla (siglo xv) y su relación con la historia de las mujeres y la historia de género». *Historiografías*, núm. 16, julio-diciembre 2018 (36-56).
- SÁNCHEZ DE MOLINA BLANCO, J. (1871). *El derecho civil español (en forma de código) Leyes, no derogadas, desde el fuero juzgo hasta las últimas reformas de 1870: Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia (en 1.500 sentencias) y opiniones de los jurisconsultos* [s.n.].
- SÁNCHEZ ROMÁN, F. (1898). «La constitución de la Sociedad Conyugal». *Estudios de Derecho Civil. Tomo V. Derecho de Familia* (Capítulo V). Analecta, 2008.
- SÁNCHEZ SÁNCHEZ, T. (1996). *La Mujer sin identidad. Un ciclo vital de sumisión femenina durante el Renacimiento*. Amaru Ediciones.
- SÁNCHEZ, S. (1792). *Extracto puntual de todas las Pragmáticas, Cédulas, Provisiones, Circulares, y Autos acordados, publicados y expedidos por regla general en el reinado del Señor D. Carlos III*. Viuda e hijo de Marín.
- (1803). *Colección de Pragmáticas, Cédulas, Provisiones, Autos acordados y otras Providencias generales expedidas por el Consejo Real en el reinado del Señor D. Carlos III*. Viuda e hijo de Marín.
- SÁNCHEZ-ARCILLA, J., y MONTANOS FERRÍN, E. (1994). *Historia de las instituciones político-administrativas contemporáneas (1808-1975)*. Dykinson.
- SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, J. (2004). *Manual de historia del derecho*. Editorial Dykinson.
- (2009). *Compendio de historia del derecho*. Dykinson.
- SANDERS, C. K. (2015). «Economic Abuse in the Lives of Women Abused by an Intimate Partner: A Qualitative Study». *Violence Against Women*, 21(1) (3-29). <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/1077801214564167>
- SANPONTS Y BARBA, I.; MARTÍ DE EIXALÁ, R., y FERRER Y SUBIRANA, J. (1844). *Siete partidas del rey Don Alfonso el IX, con las variantes de mas interés, y con la glosa*. A. Bergnes.
- SATRÚSTEGUI Y CARUNCHO, R. (2022). *Manual de historia del derecho*. Editorial Dykinson.

- SECCIÓN FEMENINA DE FET Y DE LAS JONS (1946). *Enciclopedia Elemental*. Altamira.
- SEGURA GRAÍÑO, C. (1994). «La Educación de las laicas en la Baja Edad Media». *La Educación de las Mujeres ¿libertad o subordinación?* Madrid [s.n.] (63-76).
- SERRANO ALONSO, E., y CARBAJO GONZÁLEZ, J. (2004). «Historia de las Cátedras de Derecho Civil en la Universidad de Oviedo (627-662)». *Historia de las cátedras de Derecho Civil en la Universidad de Oviedo*. Universidad de Oviedo.
- SERRANO DE HARO, A. (1948). *Guirnaldas de la historia: historia de la cultura española contada a las niñas*. Escuela Española.
- SHERMAN, C. P. (1924). «Roman law in the modern world». *History of Roman law and its descent into English, French, German, Italian, Spanish, and other modern law*. Baker, Voorhis & Co.
- SOTELO ÁLVAREZ, A. (2002). *La mujer desde la misoginia clerical a la exaltación del Renacimiento*. Phd Aristos Editors.
- STRAUSS, A., y CORBIN, J. (1990). *Basics of Qualitative Research: Techniques and Procedures for Developing Grounded Theory*. Sage Publications INC.
- TAPIA, E. de (1830, 1837). *Febrero novísimo o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos: Refundida, ordenada bajo nuevo método y adicionada con un tratado de juicio criminal y algunos otros*. Ildefonso Mompie.
- TOMÁS Y VALIENTE, F. (1996). *Manual de historia del derecho español* (4.^a ed). Tecnos.
- UREÑA SMENJAUD, R. de (1897-1898). *Sumario de las lecciones de Historia Crítica de la Literatura Jurídica española dadas en la Universidad Central durante el curso 1897-1898 y siguientes (Intento de una historia de las ideas jurídicas en España)*. Imprenta de la Revista de Legislación.
- VACCARO, S. (2020). *Violencia vicaria: golpear donde más duele* (2.^a ed., 2024) Desclee de Brouwer.
- VALDEAVELLANO, L. G. d. (1977). *Estudios medievales de Derecho Privado*. Publicaciones de la Universidad.
- (1982). *Curso de historia de las instituciones españolas: de los orígenes al final de la Edad Media* ([1.^a ed.]). Alianza.
- VALLADARES RASCÓN, E. (2005). «El derecho a contraer matrimonio y la Constitución». *Aranzadi Civil*, núm. 9. Aranzadi.
- VARELA, N. (2005). *Feminismo para principiantes*. Ediciones B.
- VARGAS MARTÍNEZ, A. (2016). *La Querella de las Mujeres. Tratados Hispánicos en defensa de las Mujeres (siglo XV)*. Fundamentos.
- VERDA Y BEHAMONTE, J. R. (2023). *Derecho Civil IV (Derecho de Familia)*. Tirant lo Blanch.

- VILLABELLA ARMENGOL, C. M. (2020). «Los métodos de la investigación jurídica. Algunas precisiones». *Pasos hacia una revolución en la enseñanza del derecho en el sistema romano-germánico*. CÁCERES NIETO, E. (ed.) (161-177). <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/6226-pasos-hacia-una-revolucion-en-la-ensenanza-del-derecho-en-el-sistema-romano-germanico-tomo-4-version-electronica>
- VVAA (2018). *Propuesta de Código Civil. Obra Completa*. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (ed.). Tecnos.
- (2021). *El acceso a la educación universitaria en América y España desde una perspectiva de género*. TAJAHUERCE ÁNGEL, I. (ed.), e IZQUIERDO EXPÓSITO, V. Ediciones Complutense.
- www.administración.gob.es «Tu espacio Europeo». *Uniones o parejas de hecho* https://administracion.gob.es/pag_Home/Tu-espacio-europeo/derechos-obligaciones/ciudadanos/familia/pareja/parejas-hecho.html#:~:text=No%20existe%20una%20ley%20de,la%20Comunidad%20Aut%C3%B3noma%20de%20residencia (Recuperado el 4 de septiembre de 2024).

■ Apéndice legal

I. Legislación histórica

1. ANTIGÜEDAD, EDAD MEDIA Y EDAD MODERNA (ORDENADO ALFABÉTICAMENTE)

Corpus Iuris Civilis - Justiniano (528-529 d.C). Contiene entre otras normas el *Codex* (Código) *Digestum* (Digesto) e *Instituciones*.

Fórmulas visigóticas - Conjunto de normas de práctica jurídica del derecho visigodo, a modo de escrituras. Se conocen a través del jurista Ambrosio de Morales en el siglo XVI.

Fuero de Zamora - Alfonso IX (1208) que entre otras normas regula la barraganía.

Fuero juzgo - Fernando III, atribuido (1241). Traducción a lengua romance del *Liber Iudiciorum*.

Fuero real - Alfonso X (1255). Compendio regalista de leyes castellanas, sobre todo del Fuero Juzgo y sus interpretaciones, hasta finalizar la redacción de las Partidas.

Fuero Viejo de Castilla - Fernando III (1248). Compendio asistemático de derecho privado castellano, que trata de conjugar el derecho territorial (fueros) y el Fuero Juzgo. En 1356, Pedro I de Castilla realiza una nueva versión sistemática ante el fracaso de las Partidas de Alfonso X.

Fueros Locales - Conjunto de leyes que se otorgaban las villas de nueva constitución en la Reconquista. Uno de los más relevantes es el *Fuero Viejo de Alcalá* (1135), que fué reproducido por otras localidades e incluso por la corona que con el tiempo lo acabó otorgando como Derecho Real en las zonas reconquistadas en los siglos XIII y XIV.

Lex Iulia de maritandis ordinibus - Augusto, año 18 a.C.

Lex Papia Poppa - Augusto, año 9 a.C.

Lex Romana Visigotorum - Alarico, año 506. También denominado *Breviario de Alarico*.

Leyes de Estilo - (siglo XIII y siglo XIV) 252 leyes, instrumento de aclaración de las dudas de índole procesal a que daba lugar la aplicación del Fuero Real.

Leyes de toro - Juana I (1505). Conjunto de 83 leyes de derecho privado que ordena el derecho castellano todo lo relativo al derecho de familia: matrimonio, filiación y sucesiones, ante el fracaso en la aplicación de las compilaciones anteriores.

Liber iudiciorum - Recesvinto, 654. También denominado *Lex Gothica*.

Libro de los fueros de Castiella - Fernando III (1248). Conjunto asistemático de 307 leyes de derecho castellano, con vocación de compendio de derecho privado.

Novellae - Justiniano, «Leyes nuevas» que promulgó después de la compilación del *Corpus*, por lo que están redactadas en griego.

Novísima recopilación de las leyes de España - Carlos IV (1805). Última recopilación oficial de la legislación castellana que basada en la *Nueva recopilación* introduce las modificaciones interpretativas que han tenido lugar en el derecho español desde 1567.

Nueva recopilación de las leyes de Castilla - Felipe II (1567). Conjunto sistemático de derecho civil que recoge la normativa anterior y el Derecho Común (reinterpretación del Derecho Romano operada en Europa desde el siglo XIV) que estuvo vigente hasta 1805.

Ordenamiento de Alcalá - Alfonso XI (1348). Prelación de normas de derecho civil, penal y procesal que refunde la legislación anterior (Fuero Real, Partidas y fueros locales) para otorgar seguridad jurídica a la población.

Ordenamiento de Montalvo - Reyes Católicos (1484). Intento de los RRCC de refundir el derecho castellano nuevamente, también denominado *Ordenanzas Reales de Castilla*.

Praesumptio Muciana - Quinto Mucio Scévola, aproximadamente año 100 a.C.

Senadoconsulto Velejano - Claudio, año 46 d.C.

Siete Partidas o Partidas - Alfonso X, (1284) son un cuerpo normativo elaborado con el objetivo de conseguir una cierta uniformidad jurídica del reino. Originalmente se denominó «Libro de las Leyes» y aspiraba a dotar al eventual imperio europeo que Alfonso X pretendía gobernar de un derecho unificado, por eso contiene fundamentalmente instituciones de derecho romano y por ello su aplicación encontró fuertes resistencias en Castilla que tenía su propio derecho territorial contenido en el Fuero Juzgo y fueros locales.

2. ESTADO LIBERAL: SIGLO XIX - II REPÚBLICA (CRONOLÓGICO)

Ley de 9 de septiembre de 1957, de Instrucción Pública. Publicada en la Gaceta de Madrid el 10/09/1857. Denominada «Ley Moyano».

Ley Provisional de 21 de junio de 1870, de Matrimonio Civil. Gaceta de Madrid núm. 172, de 21 de junio de 1870.

Código de Derecho Canónico de 1917.

Ley de Contratos de Trabajo de 21 de noviembre de 1931. Gaceta de 22 de noviembre de 1931.

Constitución de 1931. Gaceta de Madrid núm. 344, de 10 de diciembre de 1931.

Ley de Matrimonio Civil de 28 de junio de 1932. Gaceta de Madrid de 4 de julio de 1932.

Ley relativa al Divorcio de 11 de marzo de 1932. Gaceta de Madrid núm. 72, de 12 de marzo de 1932.

3. SIGLO XX - DICTADURA FRANQUISTA Y TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA (ORDENADO CRONOLÓGICO)

Decreto aprobando el Fuero del Trabajo formulado por el Consejo Nacional de Falange Española Tradicionalista y de las J.O.N.S. BOE núm. 505, de 10 de marzo de 1938.

Ley de 16 de octubre de 1942 por la que se establecen normas para regular la elaboración de las reglamentaciones de trabajo. BOE núm. 296, de 23 de octubre de 1942.

Ley de 17 de julio de 1945 sobre Educación Primaria. BOE núm. 199 de 18 de julio de 1945. Denominada «Carta Magna de la Educación Española».

Concordato entre España y la Santa Sede. BOE núm. 292 de 19 de octubre de 1953.

Ley 169/1965 sobre Reforma de Enseñanza Primaria de 1965. BOE núm. 306, de 23 de diciembre de 1965. Texto refundido 13 de febrero de 1967.

Ley 44/1967 de 28 de junio, regulando el ejercicio del derecho civil a la libertad en materia religiosa. BOE núm. 156 de 1 de julio.

Ley 14/1970 de 4 de agosto General de Educación. BOE núm. 187, de 6 de agosto de 1970. Denominada «Ley Solís».

Ley 16/1976 de 8 de abril, de Relaciones Laborales. BOE núm. 96 de 21 de abril de 1976 .

Ley 1/1977 de 4 de enero, para la Reforma Política. BOE núm. 4 de 5 de enero de 1977. Denominada «Octava ley fundamental».

Ley 8/1980 de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores. BOE núm. 64 de 14 de marzo de 1980.

II. Legislación española vigente

Código de Comercio de 1885. Publicado el 16/10/1885, entró en vigor el 01/01/1886. Continúa vigente, con un total de 24 modificaciones entre 1996 y 2023: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1885-6627>

Código Civil de 1889 - Publicado el 25/07/1889, entró en vigor el 16/08/1889. Continúa vigente, con un total de 71 modificaciones entre 1899 y 2023: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>

Constitución Española de 1978. Publicada el 29/12/1978, entró en vigor el mismo día. Continúa vigente con un total de 3 modificaciones parciales entre 1992 y 2024. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>

Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial. Integrada en el Código Civil.

Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio y se determina el procedimiento en las causas de nulidad, separación y divorcio. Integrada en el Código Civil.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, reguladora del Poder Judicial. Continúa vigente con un total de 75 modificaciones entre 1985 y 2024. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12666>.

Ley 38/1988 de diciembre, de demarcación y planta judicial. Continúa vigente con un total de 20 modificaciones entre 1988 y 2024. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1988-29622>

Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1990-25089>

Ley 35/1994, de 23 de diciembre, de reforma del Código Civil en materia de autorización del matrimonio civil por los alcaldes. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1994-28511>

Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita. <https://www.boe.es/eli/es/l/1996/01/10/1/con>

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. <https://www.boe.es/eli/es/lo/1996/01/15/1/con>

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil. <https://www.boe.es/eli/es/l/2000/01/07/1/con>

Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. <https://www.boe.es/eli/es/l/2005/07/01/13>. Denominada «ley de matrimonio igualitario».

Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la ley de enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio. <https://www.boe.es/eli/es/l/2005/07/08/15>. Denominada «ley del divorcio *express*».

Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil <https://www.boe.es/eli/es/l/2011/07/21/20/con>

Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/07/02/15/con>

Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba la Ley Concursal <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2020/05/05/1/con>

Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. <https://www.boe.es/eli/es/lo/2021/06/04/8/con>

Real Decreto-Ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica. <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2021/01/19/1>

III. Legislación internacional

Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1945. Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. <https://www.boe.es/eli/es/ai/1950/11/04/1>

Declaración Europea de Derechos Humanos, 4 de noviembre de 1950. Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. <https://www.boe.es/eli/es/ai/1950/11/04/1>

Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1959.

Convención de los Derechos del Niño en 20 de noviembre de 1989 ratificada por España en 1990. Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. <https://www.boe.es/eli/es/ai/1989/11/20/1>

Convenio de Estambul, de 11 de mayo de 2011. Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. <https://www.boe.es/eli/es/ai/2011/05/11/1>

IV. Jurisprudencia. Numeración CENDOJ

ECLI:ES:TS:2001:5840.	ECLI:ES:TS:2000:5330.
ECLI:ES:TS:2002:5369.	ECLI:ES:APBA:2001:1350.
ECLI:ES:TS:2011:6227.	ECLI:ES:TS:2004:475.
ECLI:ES:APBU:2004:382.	ECLI:ES:TS:1993:19097.
ECLI:ES:APCC:2005:359.	ECLI:ES:TS:2006:3326.
ECLI:ES:APCU:2005:282.	ECLI:ES:TS:2024:2056.
ECLI:ES:APZ:2004:2373.	ECLI:ES:TC:1984:22.
ECLI:ES:APZA:2004:488.	ECLI:ES:TS:2018:3882.
ECLI:ES:TS:2013:505.	ECLI:ES:TS:2019:3489.
ECLI:ES:TS:2003:2005.	ECLI:ES:TS:2020:3033.
ECLI:ES:TS:2020:158.	ECLI:ES:TS:2014:1229.
ECLI:ES:APBU:2004:384.	ECLI:ES:TS:2016:1162.
ECLI:ES:APGC:2005:2820.	ECLI:ES:TS:2017:113.
ECLI:ES:APCC:2005:359.	ECLI:ES:TS:2017:114.
ECLI:ES:APTE:2005:33.	ECLI:ES:TS:2017:115.
ECLI:ES:APTF:2002:1357.	ECLI:ES:TS:2017:2504.
ECLI:ES:TS:2004:475.	ECLI:ES:TS:2017:3439.
ECLI:ES:APSG:2002:353.	ECLI:ES:TS:2013:5509.
ECLI:ES:TS:2007:4448.	ECLI:ES:APM:2020:7637.
ECLI:ES:APLU:2020:674.	ECLI:ES:TS:2022:4424.
ECLI:ES:APV:2014:2395.	ECLI:ES:TS:2011:1659.
ECLI:ES:APCS:2001:977.	ECLI:ES:TS:2016:1295.
ECLI:ES:TS:2005:7527.	ECLI:ES:TS:2017:3021.
ECLI:ES:APM:2010:1309.	ECLI:ES:TS:2022:3565.
ECLI:ES:TS:1995:11218.	ECLI:ES:TS:2020:3554.
ECLI:ES:TS:1996:4626.	ECLI:ES:TS:2020:2158.
ECLI:ES:TS:2001:10433.	ECLI:ES:TS:2017:857.
ECLI:ES:TS:2002:8851.	ECLI:ES:TS:2019:49.
ECLI:ES:TS:2017:4318.	ECLI:ES:TS:2019:502.
ECLI:ES:APM:2018:12270.	ECLI:ES:APAB:2017:175.
ECLI:ES:TS:2004:8246.	ECLI:ES:APB:2019:4789.
ECLI:ES:APVA:2003:704.	ECLI:ES:APO:2023:2155.
ECLI:ES:TS:1999:8370.	ECLI:ES:APGR:2014:2220.

ECLI:ES:APO:2004:4156.	ECLI:ES:TS:2013:4082.
ECLI:ES:TS:2014:1227.	ECLI:ES:TS:2011:4924.
ECLI:ES:TS:2018:675.	ECLI:ES:TS:2017:1591.
ECLI:ES:TS:2018:1476.	ECLI:ES:TS:2011:4874.
ECLI:ES:TS:2010:327.	ECLI:ES:TS:2017:977.
ECLI:ES:TS:2015:3216.	ECLI:ES:TS:2015:1490.
ECLI:ES:TS:2017:375.	ECLI:ES:TS:2015:1693.
ECLI:ES:TS:2017:2718.	ECLI:ES:TS:2015:4897.
ECLI:ES:TS:2017:3273.	ECLI:ES:TS:2017:977.
ECLI:ES:TS:2013:2246.	ECLI:ES:APM:2024:4512.
ECLI:ES:TS:2015:615.	ECLI:ES:TS:2015:4897.
ECLI:ES:TS:2015:4442.	ECLI:ES:TS:2021:914.
ECLI:ES:TS:2018:1167.	ECLI:ES:TS:2020:2158.
ECLI:ES:TC:2012:185.	ECLI:ES:TS:2019:2228.
ECLI:ES:TS:2020:2198.	ECLI:ES:TS:2002:7945.
ECLI:ES:TS:2014:1699.	ECLI:ES:TS:2017:1591.

V. Jurisprudencia del TJUE

P9_TA(2021)0388.

A9-0249/2021

EL IMPACTO DEL DIVORCIO EN EL PATRIMONIO DE LAS MUJERES. La desigualdad económica y patrimonial de las mujeres es un hecho. ¿Cuál es la razón? Centrando el estudio en la realidad más cercana (España), se observa que desde la Constitución de 1978 la igualdad formal es inherente a nuestra sociedad, pero no en el derecho material, siendo el derecho de familia una de las principales causas de esta desigualdad, porque la regulación de las relaciones económicas entre los cónyuges y el levantamiento de las cargas familiares sigue siendo desigual.

El sistema vigente es el resultado de la evolución de los anteriores, en los que el papel de las mujeres siempre ha sido testimonial en el ámbito patrimonial: imprescindible en la reproducción, el origen del sometimiento legal y económico está en la falta de instrucción y de relevancia jurídica, por lo que la reivindicación feminista de la ciudadanía de la mujer es el eje principal de la igualdad jurídica formal.

La desigualdad se perpetúa en el sistema patriarcal dificultando la igualdad real: la aplicación del régimen ganancial, anclado en un tipo de matrimonio perpetuo y religioso, carece de sentido, porque la institución jurídica hoy día es civil, generando problemas concretos en la situación económica y patrimonial actual de las mujeres, la imposibilidad de regeneración laboral, el acceso a pensiones de jubilación exiguas por falta de cotización, la cotitularidad de bienes, la liquidación del régimen en el que muchas veces no han intervenido activamente y del que desconocen extremos como deudas contraídas, impagos... que afectan al activo con el que creen contar. Por ello, urge realizar cambios en el derecho matrimonial y familiar.

Gema Pérez de Villar Herranz. Licenciada en Derecho, DEA en historia del derecho y doctora con mención internacional en Estudios Feministas y de Género, ha participado en diversos seminarios, mesas e impartido conferencias y cursos sobre la perspectiva feminista e histórica en el derecho.

Ha realizado sendas estancias internacionales de investigación en la UNAM y en la eUniv (Principat d'Andorra) y ha publicado *Costumbres Holgazanas de Córdoba* (Asociación de Estudios Históricos sobre la Mujer/Universidad de Málaga) y numerosos artículos y reseñas en revistas científicas y capítulos de libros en obras colectivas.

Esta monografía tiene su origen en su tesis doctoral, que obtuvo una mención especial del premio Clara Campoamor 2024 del CEPC.