

Crónica breve e incompleta a propósito de la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo

Por REGINA GAYA SICILIA

Profesora Titular de Derecho Civil

Se trata de esta crónica de dar noticia de la innovación que para nuestro ordenamiento supone la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo (1). No salió la ley al primer intento pues la “Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso sobre modificación de determinados artículos del Código civil y de la Ley del Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados” (2), que puede situarse en su origen, no llegó a debatirse por la disolución, en abril de 1986, de las Cámaras legislativas para la posterior celebración de elecciones generales. Prácticamente idéntica se repropuso en la IV legislatura por el Grupo Socialista del Congreso (3) y esta vez la iniciativa se convierte en norma. Consta de un preámbulo, ocho artículos y una disposición transitoria y su objetivo —como expone el Preámbulo— consiste en “eliminar las discriminaciones que por razón de sexo aún perduran en la legislación civil y perfeccionar el desarrollo normativo del principio de igualdad”. Su contenido es muy variado, destacando las modificaciones que afectan a los artículos 9, 14 y 16 del Código civil. Son precisamente éstas las que dejaré a un lado —otros autores las estudian— para ocuparme sólo de las modificaciones restantes. Las examinaré siguiendo el articulado de la ley y subrayando, en cada caso, además de su relación con el título de la reforma, los pro-

(1) BOE, núm. 250, de 18 de octubre de 1990.

(2) BOCG, Serie B, núms. 110-1, de 20 de septiembre de 1985.

(3) BOCG, Serie B, núms. 13-1, de 15 de diciembre de 1989.

blemas que plantean y otras cuestiones que, a mi juicio, pueden resultar de interés.

1. El artículo 2.º de la Ley 11/1990, de 15 de octubre, da nueva redacción a los artículos 1.066 y 1.267 del Código civil.

El antiguo artículo 1.066 resolvía el problema de la tenencia del título correspondiente a varias fincas adjudicadas a diversos coherederos o a una sola dividida entre dos o más, disponiendo que aquél quedara en poder del mayor interesado en la finca o fincas. Siendo igual el interés —decía el precepto— “el título se entregará al varón, y, habiendo más de uno, al de mayor edad”. Claramente se aprecia la preferencia en favor del varón por el solo hecho de serlo (4). En relación con los hombres, la edad constituía también un factor discriminante. Según la vigente redacción, el título queda en poder de quien, en virtud de acuerdo, los coherederos decidan o, a falta de éste, de quien la suerte designe: “Si el interés fuera igual, el título se entregará, a falta de acuerdo, a quien por suerte corresponda.”

A la solución adoptada se ofrecieron a lo largo del trámite parlamentario tres alternativas: 1) la propuesta por el Grupo Popular en el Congreso, que dirimía el problema de la adjudicación del título por aplicación de los artículos 1061 y 1062 del Código (5); 2) la sugerida por el Grupo Parlamentario Catalán en cuya virtud, y a falta de acuerdo, el título se entregaría “a quien hubiere mantenido lazos más estrechos con la finca o fincas” (6), y 3) la que mantuvo el senador del Grupo Popular Rodríguez Gómez en el sentido de decidir la adjudicación del título en favor del coheredero de más edad si faltase acuerdo (7). Coincidían todas ellas en el señalamiento de criterios no aleatorios y la primera y la tercera en lo inaceptable de su contenido: la una, por lo inadecuado de la remisión a los artículos 1061 y 1062 que nada tenían que ver con el asunto a resolver; la otra, por mantener la referencia discriminatoria a la edad. La enmienda catalana suscitaba la cuestión de saber qué debía entenderse por “lazos más estrechos” con la finca. ¿Se trataba de lazos jurídicos? Porque también podían considerarse incluidos en la expresión los lazos fácticos o los afectivos... El concepto era impreciso y proclive a favorecer el subjetivismo del intérprete.

La redacción definitiva del artículo 1.066 del Código civil da preferencia a la voluntad de los coherederos y subsidiariamente se decide —con un criterio objetivo, pero dependiente del azar— por sorteo. La

(4) Díez-PICAZO y GULLÓN habían denunciado la contradicción del artículo 1.066 con el texto constitucional. Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, IV (Madrid, 1990), p. 577, nota 6.

(5) BOCG, Serie B, núms. 13-4, de 26 de marzo de 1990, p. 14.

(6) Se sostuvieron enmiendas coincidentes en ambas Cámaras. BOCG, Serie B, núms. 13-4, de 26 de marzo de 1990, p. 18 y BOCG, Serie III-B, núm. 2 (c), de 20 de junio de 1990, pp. 7 y 8.

(7) BOCG, Serie III-B, núm. 2 (c), de 20 de junio de 1990, p. 18.

diferencia de trato en perjuicio de la mujer y de los varones más jóvenes queda así eliminada. Si —como se ha propuesto— resultase acertado aplicar la norma del artículo 1.066 a la tenencia de los documentos personales del causante incluidos en la herencia (colecciones de cartas, títulos académicos, etc.), habrá de tenerse también en cuenta esta virtualidad del precepto reformado (8).

En lo que al artículo 1.267 se refiere, la modificación introducida por la Ley se concreta en suprimir la expresión “al sexo” contenida en la norma como parámetro válido para calificar la intimidación. En su versión actual estos parámetros se reducen a “la edad” y “la condición de la persona”. Pasa entonces el legislador a medir el impacto subjetivo del temor de manera individual y no de un modo categorial y “apriorístico”.

La antigua redacción podía —pero no necesariamente— sustentar la idea de que, en bloque, los hombres eran más valientes (y, por eso, menos fácilmente intimidables) y las mujeres más asustadizas (y, por lo mismo, carne de cañón para quienes por la vía del temor pretendieran arrancarles su consentimiento). La traducción jurídica de este punto de partida tenía que ver con la “cantidad” y “calidad” de intimidación necesarias —según el sujeto pasivo— para considerar el vicio relevante en orden a la anulación del negocio jurídico en que el intimidado-a fuese parte. Hubo acuerdo en las Cámaras respecto a la modificación propuesta con la única excepción del senador del Grupo Popular Rodríguez Gómez que se pronunció por la vuelta al texto primitivo del artículo 1.267. Decía en la justificación de su enmienda: “No es lo mismo en cuanto al principio de igualdad reconocido en los artículos 14 y 32 de la Constitución, que dicho principio sea establecido en los textos legales y defendida su vigencia y plena efectividad de éstos, respecto a los poderes públicos y ciudadanos, que reconocer la diferencia de sexos, el mayor peligro para el femenino por las consecuencias de determinado tipo de violencia, cuando ésta se realiza por quienes emplean una fuerza irresistible para arrancar consentimientos. En este párrafo, no se plantean diferencias entre hombre y mujer por razón de sexo, salvo las que da la propia fisiología, que no es dudosa, en cuanto a discriminación. La violencia es igual, los efectos no” (9). Es postura que puede mantenerse pues lo cierto es que Códigos Civiles como el francés (art. 1.112), el italiano (art. 1.435) y el belga (art. 1.142), todos ellos de países donde constitucionalmente se proclama el principio de igualdad, conservan la alusión al sexo que nuestro 1267 omite sin que por ello se les haya tachado de discriminatorios.

2. La Ley dispone en su artículo 3.º: “Al artículo 93 del Código civil se le añade un segundo párrafo, en los siguientes términos: ‘Si con-

(8) Díez-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, p. 577.

(9) BOCG, Serie III-B, núm. 2 (c), de 20 de junio de 1990, p. 17.

vivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código.” El párrafo primero, fruto de la reforma de 1981, queda con idéntica redacción: “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.”

El problema cuya solución se pretende al introducir el segundo párrafo del artículo 93 puede resumirse así: por imperativo del artículo 93.1 las sentencias judiciales que cierran una situación de crisis matrimonial deben determinar la prestación alimenticia en favor de los hijos que, como contribución al levantamiento de las cargas familiares, corresponde a cada progenitor. Ahora bien, los artículos 90 y siguientes, en cuanto reguladores de las carga del matrimonio, sólo pueden referirse a hijos sujetos a la patria potestad, es decir, a hijos menores de edad. Por ello, la llegada del hijo a la mayor edad en el curso del proceso matrimonial era el motivo siempre alegado por el progenitor con quien éste no convivía para negarse a cumplir la obligación de alimentos aún cuando el hijo siguiera necesiéndolos puesto que —por lo general— a los dieciocho años ni se han terminado los estudios ni, como consecuencia, se está en condiciones de proveer al propio sustento. Llegados a este punto, la opción era la siguiente: o el progenitor con quien el hijo ya mayor de edad convivía asumía, sin más, la carga económica suplementaria derivada de la falta de contribución a los alimentos por parte del otro progenitor o el hijo mayor de edad acudía al juicio especial de alimentos provisionales a fin de obtener de sus padres la correspondiente pensión alimenticia. Cualquiera de las dos opciones comportaba un perjuicio económico y las correspondientes molestias.

Desde un punto de vista estrictamente jurídico las diferencias existentes entre los hijos menores y mayores de edad en punto a la percepción de alimentos en la situación de crisis matrimonial de sus padres se concretaban en tres aspectos fundamentales: 1) mientras que la apoyatura jurídica de los alimentos de los menores se centraba en los artículos 154.1, 92 y 93 del Código civil, la base legal de los alimentos de los hijos mayores de edad se reconducía a los artículos 142 y siguientes del mismo Código; 2) si la vía procesal utilizable para reclamar los alimentos de los menores venía dada por las Disposiciones Adicionales 5, 6 y 7 de la Ley 30/1981, de 7 de julio, los mayores de edad, en cambio, debían acudir al juicio especial de alimentos provisionales (arts. 1609-1615 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) o al juicio declarativo ordinario de alimentos definitivos; 3) finalmente, en el caso de hijos menores, la legitimación activa para reclamar los alimentos correspondía a sus padres, puesto que aquéllos no podían exigirlos por sí; en el caso de los hijos

mayores de edad eran ellos mismos los únicos legitimados para reclamar alimentos pues la plena capacidad de obrar comporta la capacidad jurídica procesal conforme al artículo 2.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La novedad que el segundo párrafo del artículo 93 introduce afecta al segundo de los aspectos señalados, pues viene a hacer posible que los hijos mayores de edad (y los emancipados) (10), si se dan las circunstancias que el precepto describe, ejerciten su pretensión de alimentos en el procedimiento matrimonial de sus progenitores en el que podrán personarse como partes que defienden su propio derecho. La reforma, pues, tiene un carácter más procesal que sustantivo y, aunque justificadísima por razones de economía, presenta notables deficiencias que es preciso señalar. Sin embargo, antes de dar cuenta de ellas, hay que decir que tanto la jurisprudencia como la doctrina clamaban desde hacía tiempo por una solución en la línea de lo dispuesto por el párrafo segundo del artículo 93.

En efecto, los Tribunales habían comenzado a aceptar el criterio de no considerar extinguidas las medidas decretadas en relación con los alimentos de los hijos aún cuando alcanzasen éstos la mayoría de edad si continuaban viviendo con el progenitor a quien habían sido confiados y necesitaban todavía de los alimentos del otro (11). Valga por todos el ejemplo de la sentencia de la Audiencia Territorial de Pamplona de 8 de octubre de 1987: "(...) la carga no se extingue, sin más, automáticamente, con la llegada de la mayoría de edad de los hijos, indirectamente beneficiarios, pues puede prolongarse por cierto período, que en los usos sociales actuales (que sirven de pauta interpretativa a tales preceptos, artículo 3, párrafo primero del Código civil) hacen ampliable la dependencia familiar, por regla general, hasta los 23 años, según se viene interpretando habitualmente por esta Sala y otros órganos judiciales, a menos que se pruebe la necesidad de una prórroga a esa edad, y que esta edad es en la que suele establecerse una mayor posibilidad de colocación profesional o laboral de los hijos, debiendo, por otro lado, desaparecer tal auxilio si en ese período el hijo o hijos obtienen colocación o cambian de estado, independizándose de la familia, en cuyos casos, si lo necesitan, tendrán que acudir a la vía alimentaria, ya directamente y como únicos beneficiarios (...)". Algunos autores habían entendido también que las medidas sobre cuidado y educación de los hijos de los artículos 91, 92 y 93 del Código civil no especificaban límites de edad y que una interpretación coherente con la ampliación de la obligación

(10) La inclusión de los hijos emancipados se debe a una enmienda que el Grupo Socialista presentó en el Congreso. BOCG, Serie B, núms. 13-4, de 26 de marzo de 1990, p. 12.

(11) Circunstancia que el Grupo Popular alegó en el Congreso para propugnar el mantenimiento de la redacción vigente del artículo 93. BOCG, Serie B, núms. 13-4, de 26 de marzo de 1990, p. 15.

del artículo 142 y siguientes al mayor de edad necesitado obligaba a no considerar extinguidas las medidas acordadas para los hijos en el proceso matrimonial por el advenimiento de la mayoría de edad (12). La solución del artículo 93.2 había sido ya entrevista por Zarraluqui, quien, entre sus ventajas, enumeraba la de evitar nuevos litigios y, sobre todo, la de impedir que a los daños familiares producidos por el conflicto conyugal se sumasen los derivados de un enfrentamiento judicial entre padres e hijos (13).

Las deficiencias del artículo 93.2 han sido ya advertidas por los autores que, desde una u otra óptica, han comentado el alcance de la reforma (14): 1) desacertada ubicación del precepto dada su naturaleza procesal. Más correcto hubiera sido modificar en la medida necesaria para alcanzar la finalidad pretendida bien las Disposiciones Adicionales de la Ley 30/1981, de 7 de julio, bien la Ley de Enjuiciamiento Civil; 2) defectuosa redacción: a) la expresión “fijará” puede inducir a entender que en toda sentencia que ponga fin a un proceso matrimonial el Juez *debe* fijar una pensión alimenticia a favor del hijo mayor de edad o emancipado que conviva en el domicilio familiar y carezca de ingresos propios, incluso si éste no la ha solicitado o si, positivamente, ha manifestado su voluntad en contra. La interpretación que el tenor del precepto propicia pugna con elementales principios de Derecho procesal e implicaría una restricción de la capacidad de obrar del hijo mayor de edad o emancipado en este punto en cuanto no obtendría los alimentos a partir de su propia reclamación sino en función de la del progenitor con el que conviviese; b) el término “carecieran”, referido a los ingresos del hijo mayor de edad o emancipado, alude a la falta absoluta de medios económicos, de modo que se excluye la posibilidad de percibir alimentos si esos ingresos existen aún cuando sea insuficiente para cubrir las necesidades del hijo. Contradice ello la remisión a los artículos 142 y siguientes que el propio artículo 93.2 opera y en virtud de la cual procedería la reclamación de alimentos por quien tuviera derecho a ellos conforme a esos concretos preceptos desde los que la existencia o inexistencia de ingresos propios resulta indiferente; c) parece, por otra parte, que el texto del artículo en examen sólo se refiere a los mayores de edad o emancipados que lo son al tiempo de dictarse la sentencia que pone fin al litigio de sus padres. Hubiera sido deseable una fórmula más amplia desde el momento en que los supuestos pensables no se agotan en el que se acaba de citar. *¿Quid iuris* si el hijo llega a la mayor edad des-

(12) LÓPEZ ALARCÓN, *El nuevo sistema matrimonial español* (Madrid, 1983), p. 347.

(13) ZARRALUQUI, *El levantamiento de la carga alimenticia de los hijos después de la mayoría de edad en los procesos matrimoniales*, en LA LEY, 1988-3, 777 y 779.

(14) Vid. CALVO ANTÓN, *El nuevo artículo 93 del Código civil y el sostenimiento de los hijos en la nulidad, separación o divorcio*, en LA LEY 2621 (1990), pp. 6-7, y BELO GONZÁLEZ, *Los alimentos de los hijos mayores de edad en el procedimiento matrimonial de sus progenitores*, en *Actualidad Civil*, 2 (1991) II, pp. 21-29-31 y 32.

pués de dictarse la sentencia de separación, nulidad o divorcio?, d) finalmente, la exigencia referida a la convivencia en el “domicilio familiar” restringe el alcance del precepto, que no sería de aplicación si el hijo conviviera con uno de sus progenitores pero en domicilio distinto del así denominado.

Por lo demás, es claro que el contenido del artículo 93.2 poco tiene que ver con la aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo. Como ha dicho Belo González, “se trata simplemente de permitir que en las sentencias que se dicten en los procedimientos matrimoniales se fijen pensiones alimenticias a favor de los hijos mayores de edad. Sin que con anterioridad sólo estuviera permitido fijar esas pensiones en favor de los hijos de sexo masculino, con exclusión de las hijas o a la inversa. Ni tampoco sólo se permitiera reclamar la pensión del padre con exclusión de la madre o a la inversa” (15).

3. El artículo 4.º de la Ley de 15 de octubre ordena la modificación del artículo 159 del Código civil, que queda como sigue: “Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años.” La redacción anterior era: “Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, los hijos e hijas menores de siete años quedarán al cuidado de la madre, salvo que el Juez, por motivos especiales, proveyere de otro modo.”

El contraste entre la versión antigua y la vigente hoy parece a primera vista indicar que con la nueva redacción el legislador ha conseguido el propósito manifestado en el Preámbulo de la ley: “eliminar las discriminaciones que por razón de sexo aún perduran en la legislación civil y perfeccionar el desarrollo normativo del principio constitucional de igualdad”. Pero el problema es, precisamente, ese: ¿supondría una discriminación para el padre que, cumplidos los presupuestos del artículo 159, los hijos e hijas menores de siete años quedarán al cuidado de la madre?

No lo entendió así la doctrina que, o bien guardó silencio sobre el particular —aceptando de este modo el criterio del 159—, o bien puso de relieve lo razonable de atribuir a la madre el cuidado de los menores de siete años toda vez que ello se fundaba en una realidad biológica y natural: la de que, por regla general y salvo raras excepciones (que encontraban acomodo en el precepto legal: “salvo que el Juez, por motivos especiales, proveyese de otro modo”), la mujer se encuentra en mejores condiciones que el hombre para atender al cuidado de los hijos de corta edad (16). Con este apoyo llegó a afirmarse explícitamente: “no

(15) BELO GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 31 y 32.

(16) ROCA TRÍAS, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, I (Madrid,

hay en este precepto discriminación de sexos, sino atención a las necesidades del hijo (cfr. art. 39 de la Constitución), de la que deriva una distinción fundada en causa objetiva y razonable (a la que no se opone, por tanto, el artículo 14 de la Constitución)” (17).

Idéntica parecía ser la mente de la “Proposición de Ley de reforma del Código civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo” que no incluía el artículo 159 entre los que pretendía modificar con el objeto de adecuar la normativa del Código al principio constitucional de igualdad.

Sin embargo, con fecha 17 de mayo de 1989, el Juzgado de Primera Instancia número 18 de los de Barcelona planteaba cuestión de inconstitucionalidad respecto al artículo 159 por entender que la atribución del hijo de manera automática a la madre, al no concurrir ninguna circunstancia especial, podía suponer una discriminación de las vedadas por el artículo 14 de la Constitución. Cuando escribo estas líneas el Tribunal Constitucional no ha dictado aún sentencia. Pero me parece clarificador dar cuenta aquí las razones que el Ministerio Fiscal adujo en sus alegaciones para justificar que el artículo 159, en la versión de 1981, no se oponía a la Constitución. Podrían éstas resumirse así:

1) La atribución a la madre, en caso de separación de los padres, de la custodia de los hijos menores (de tres a siete años, según los casos) ha sido una constante en nuestro derecho, que se ha inspirado en la época codificadora, en la idea de que los cuidados del niño comportan una especial responsabilidad para la madre, que en condiciones normales no debe asumir otra persona, porque la carencia materna en los primeros años puede influir negativamente en el desarrollo de la personalidad del niño, coincidiendo con las más modernas investigaciones de la psicología y la pediatría.

2) La ubicación del artículo 159 en sede de relaciones paterno-filiales e integrado en la regulación de la patria potestad tiene como consecuencia que, más que un derecho, sea un deber de la madre cuidar de los hijos menores de siete años. Ese deber de la madre comporta un derecho para los hijos, oponible frente a cualquiera, incluso frente al padre, por cuanto que es una medida de singular protección de los hijos menores de siete años que bien puede entenderse situada en el mandato constitucional que impone a los poderes públicos y a los padres la protección integral de los hijos.

3) Así, el artículo 39.2 de la Constitución proclama que los poderes públicos aseguran 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. Impone también a los padres el deber de pres-

1984), pp. 685-686; FUENTE NORIEGA, *La patria potestad compartida en el Código civil español* (Madrid, 1986), p. 302; LINACERO DE LA FUENTE, *Acerca de los posibles inconstitucionalidad del artículo 159 del Código civil en RDP*, julio-agosto (1990), p. 577.

(17) PEÑA BERNALDO DE QUIROS, *Derecho de familia* (Madrid, 1989), p. 519, nota 27.

tar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio durante su minoría de edad y en los casos en que legalmente proceda. Dentro de esas prestaciones de todo orden a que constitucionalmente están obligados los padres puede considerarse comprendido el deber que específicamente se impone a la madre por el artículo 159 del Código civil de asumir el cuidado de los hijos menores de siete años, a falta de acuerdo entre los progenitores y de que el Juez haya proveído otra cosa en circunstancias especiales, en cumplimiento igualmente del mandato constitucional de asegurar, como poder público, la protección integral de los hijos.

4) El mismo artículo 39.2 extiende su protección a las madres, cualquiera que sea su estado. Aquí las madres son contempladas en el ejercicio de su función materna, como destinada por la naturaleza al cumplimiento de un fin biológico que sólo ellas pueden realizar. Esta protección materna tiene su fundamento, en buena parte, en la protección del niño que también está reafirmada en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en Tratados y Convenios internacionales ratificados por España que, como dispone el artículo 10.2 de la Constitución, es preciso tener en cuenta para interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades constitucionales. De entre todos esos textos que orientarán la interpretación de la normativa incidente en los derechos fundamentales y las libertades constitucionales es preciso destacar la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por unanimidad en la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, cuyo principio 6 reconoce de manera expresa el derecho del niño de corta edad a no separarse de su madre: "El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres. Y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre..." Este principio ha sido ratificado por la Resolución aprobada por la Asamblea General (A/Res. 41/85) de 6 de febrero de 1987, sobre declaración de los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños.

5) El carácter de función en beneficio de los hijos menores de la patria potestad coloca en lugar preferente el interés de éstos y justifica la intervención y vigilancia de ciertos órganos del Estado, preferentemente judiciales, para que la institución cumpla sus fines, ordenados a la asistencia y protección de los hijos. Así, cuando el artículo 159 da prioridad al acuerdo de los padres acerca de cual de ellos debe cuidar al hijo menor de siete años en caso de separación, debe interpretarse en el sentido de que tal acuerdo trata de satisfacer el interés prioritario del hijo y no el de los padres, por constituir el acuerdo una manifestación del ejercicio de la patria potestad, siempre orientada a la satisfacción de ese interés que es el verdaderamente digno de protección jurídica en

tales casos. De la misma manera, cuando el legislador, a falta de acuerdo, atribuye a la madre el cuidado del hijo menor de siete años es porque considera que así se logra mejor dicha protección, sin que lo dicho suponga discriminación para el padre, que sigue compartiendo la patria potestad, integrada más por deberes que por derechos, aunque con la limitación de no participar en la guarda del hijo en tanto no cumpla los siete años, por asumir la madre esta obligación en función de razones que derivan de la propia maternidad y por constituir una medida de auténtica protección y asistencia. A esta idea responden los artículos 38.2 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria y 1881 de la Ley de Enjuiciamiento Civil redactado conforme a la Ley 34/1984, de 6 de agosto, en los que el legislador reconoce el derecho del niño de corta edad a no separarse de su madre; derecho que tiene el correlativo deber de asistencia de todo orden especialmente incidente sobre la madre porque el vínculo madre-hijo es fundamental para el proceso de desarrollo y maduración del niño en los órdenes social, psicológico y afectivo, sin que la relación con el padre tenga una significación similar o equivalente. Ese vínculo madre-hijo es también determinante de la salud integral del niño, según han puesto de relieve recientes investigaciones de psicólogos y pediatras.

6) El principio de igualdad prohíbe toda discriminación por las circunstancias que señala el artículo 14 o por otras semejantes pero no impide que se regulen de modo distinto situaciones que por su carácter o naturaleza requieren una regulación diferenciada según criterios objetivos y razonables. A la luz de las razones expuestas es claro que el criterio del artículo 159 tiene un fundamento objetivo y razonable. De ahí que la desigualdad de trato entre el padre y la madre no sea en modo alguno arbitraria ni discriminatoria: está jurídica y biológicamente fundada y ordenada a la protección integral de los hijos conforme previene la Constitución (18).

Son razones de peso que, personalmente, comparto. Y me pregunto: ¿se adelanta al Tribunal Constitucional la Ley 11/1990, de 15 de octubre, prejuzgando la inconstitucionalidad del artículo 159 del Código civil? Si el Tribunal declara la adecuación del precepto a la norma suprema el legislador habrá ido más allá de lo que estrictamente exige la vigencia del principio de igualdad. Quizá pudiera entonces entenderse que, superando una legislación de “mínimos”, habría —de acuerdo con la terminología del Preámbulo de la Ley— “perfeccionado” el desarrollo normativo del citado principio. En el caso contrario, la acomodación del Código civil al texto constitucional sería —al tiempo del pronunciamiento del Tribunal— trabajo ya cumplido.

De todos modos resultará ilustrativo el examen de la jurisprudencia

(18) *Memoria elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado* (Madrid, 1990), pp. 327-334.

que aplique el nuevo artículo 159. Muy probablemente, en el orden práctico, los resultados serán los mismos que en la etapa comprendida entre 1981 y 1990, correspondiendo a la madre quedar al cuidado de los hijos de corta edad. La vigencia social de las pautas de comportamiento que, en este punto, la naturaleza marca conducirá —salvo raras excepciones— a la solución tradicional.

Desde la perspectiva en que esta crónica se sitúa poco hay que añadir a lo ya dicho. Señalaré, finalmente, la supresión (correlativa a la eliminación de la referencia a la madre) de toda alusión a la edad de los menores con relevancia a la hora de determinar el Juez con cual de los progenitores separados y en desacuerdo quedarán. A ello se une la introducción del principio de audiencia del menor con arreglo a los parámetros ya conocidos: si tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, si fueran mayores de doce años (cfr. arts. 156.2 y 92.2 del Código civil).

4. Crípticamente el artículo 5.º de la Ley establece: “En el artículo 648.1 del Código civil se sustituyen los términos ‘la honra’ por ‘el honor’. En los artículos 648.2 y 1.924.2.b) del Código civil se sustituye el término ‘mujer’ por ‘cónyuge’. E igualmente en el artículo 754, párrafo primero, se sustituyen los términos ‘de la esposa’ por ‘del cónyuge’.” Estamos, pues, ante un bloque de sustituciones cuyo alcance sólo se advierte al leer completos los preceptos por ellas afectados. En aras del principio de igualdad, el propósito del artículo 5.º parece concretarse en el afán de eliminar expresiones que connoten un tratamiento diferenciado o secundario para la mujer. Pero, como veremos, las cosas no son tan sencillas y no siempre se consigue el efecto perseguido: el legislador ha dejado aquí clara muestra de incompetencia.

Tras el cambio introducido, el artículo 648.1 del Código civil queda como sigue: “También podrá ser revocada la donación, a instancia del donante, por causa de ingratitud en los casos siguientes: 1. Si el donatario cometiere algún delito contra la persona, el honor o los bienes del donante” (19).

El término “honra” tiene, según el Diccionario de la Real Academia, una significación plural: “Estima y respeto de la dignidad propia. Buena opinión y fama adquirida por la virtud y el mérito. Demostración de aprecio que se hace de uno por su virtud y mérito. Pudor y recato de las mujeres” (20). Partiendo de la denominación de la Ley de 1990 —“... sobre reforma del Código Civil en aplicación del principio de no

(19) No se aceptó la enmienda de Izquierda Unida que proponía la supresión de la expresión “la honra”. En la motivación se justificaba la sugerencia manifestando que aunque la expresión “honra” no era un elemento discriminatorio específico de las mujeres, suponía “un evidente peligro de discriminación por concepciones morales o sociales discriminatorias para las mujeres y para otros colectivos”. BOCG, Serie B, núms. 13-4, de 26 de marzo de 1990, p. 9.

(20) *Diccionario manual e ilustrado de la lengua española*, Voz “honra”, 9.ª reimpresión de la 2.ª ed. (Madrid, 1981).

discriminación por razón de sexo”—, hay que pensar que, en su tarea de renovación del ordenamiento, nuestros parlamentarios —tomando la parte por el todo— se han ceñido a aquella sola de las acepciones del concepto que, por su relación con la mujer, pudiera suponer diferencia de trato. Si esto es así, la “honra” que se elimina en el artículo 648.1 equivale al “pudor y recato de la mujer”. Es, exactamente, el concepto de honra que se aprecia en la conocida sentencia de 6 de diciembre de 1912: “La honra, el honor y la fama de la mujer constituyen los bienes sociales de su mayor estima y su menoscabo, la pérdida de mayor consideración que pueda padecer en una sociedad civilizada.” Honra, honor y fama son nociones que se solapan y que tienen que ver —continúa la sentencia— con la “dignidad personal, familiar y social de la joven ofendida, violentamente despojada de todos los títulos de pudor y honestidad que la hacían acreedora a la estimación pública”. Ciertamente también “honor” significa “honestidad y recato en las mujeres y buena opinión que se granjean con estas virtudes” (21), pero en la mentalidad común —lo que, además, ratifica abundante y reciente jurisprudencia—, el honor ha venido a confundirse bien con la reputación, buen nombre o fama de que goza ante los demás una determinada persona, bien con el sentimiento de estimación que respecto de sí misma tiene como reflejo de la conciencia de su propia dignidad. De este modo, en el camino que va de “la honra” al “honor” se revela un aspecto de la axiología sobre la que se asienta la sociedad de finales del siglo XX que es, probablemente, lo que el legislador de 1990 ha querido elevar a la categoría de norma.

Pero, haciendo eso, el legislador ha hecho más pues la nueva redacción del artículo 648.1 introduce una variante en el problema tradicionalmente planteado en esta sede: ¿opera el artículo 648.1 del Código civil una remisión al Código penal? La mayoría de los autores españoles se deciden por la afirmativa. Así, cuando el precepto abría la posibilidad de revocar la donación «si el donatario cometiere algún delito contra la persona, la honra o los bienes del donante», entendieron unos que el Código civil utilizaba el término “delito” en un sentido técnico-penal, como sinónimo de infracción castigada con pena grave. Otros, en una interpretación más amplia, extendieron la significación del término a las faltas. En cualquiera de los casos quedaba claro el desajuste entre el artículo 648.1 del Código civil y el Código penal, pues los delitos “contra la persona, la honra o los bienes” del donante no tenían exacto paralelo en las rúbricas del Código punitivo. En lo que a los delitos contra “la honra” se refiere, la correlación se estableció con los “delitos contra la honestidad” y los “delitos contra el honor”. Con la modificación del artículo 648.1 se da lugar a una perfecta coincidencia entre los delitos “contra... el honor” del donante y los “Delitos contra el honor” del tí-

(21) *Diccionario... op. cit.* Voz “honor”.

tulo X, libro II del Código penal, lo que parece despejar la duda siempre latente en relación con este extremo. Ahora bien, la simplificación es sólo aparente porque la remisión del artículo 648.1 a los “delitos contra el honor” restringe el alcance del precepto en contra de lo que fue el espíritu del legislador de 1889 y, seguramente también, en contra de la intención que ha animado al legislador de hoy porque, en efecto, de entenderse el artículo 648.1 en los términos expuestos los delitos relevantes en orden a la posibilidad de revocar por causa de ingratitud las donaciones hechas serían sólo los de calumnia e injuria. Esta injustificada limitación obligaría a interpretar extensivamente la expresión en estudio, incluyendo en ella tanto los “delitos contra el honor” como los “delitos contra la honestidad” (título IX, libro II del Código penal). Y esta circunstancia sobrevinida reforzaría, en mi opinión, la tesis que —con base en la sentencia de 23 de octubre de 1983— ha mantenido Díaz Alabart: si para llegar a resultados razonables —decía— hay que interpretar extensivamente la segunda parte de las expresiones “delitos contra la persona, la honra o los bienes del donante”, ¿por qué hay que interpretar estrictamente y en sentido técnico-penal sólo la primera, es decir, “delito”? ¿no sería más lógico atenerse a un criterio unitario y entender “delito” en sentido amplio, como “conducta dolosa socialmente condenable de cierta entidad”? Las consecuencias de este planteamiento son evidentes: de una parte, la inexistencia de remisión al Código Penal; de otra, el protagonismo del Juez a cuyo arbitrio quedaría el averiguar en cada caso si la conducta seguida por el donatario alcanza o no el nivel de reprochabilidad exigido para justificar la revocación de la donación (22). El asunto requeriría un estudio más profundo —el que le ha faltado al legislador—, pero las líneas generales del problema serían las que dejó apuntadas.

La modificación del artículo 648.2 hace posible la revocación de donaciones por causa de ingratitud “si el donatario imputare al donante alguno de los delitos que dan lugar a procedimientos de oficio o acusación pública, aunque lo pruebe; a menos que el delito se hubiere cometido contra el mismo donatario, su cónyuge o los hijos constituidos bajo su autoridad”. Donde ahora se dice “cónyuge” se decía antes “mujer”. La redacción antigua presuponía el sexo masculino del donatario con olvido de que las mujeres podían también serlo y, de hecho, lo eran (no donatarios, ciertamente, sino donatarias). La utilización del término “mujer” implicaba así un uso sexista del lenguaje que no traducía la realidad social. Hasta aquí la mente del legislador y de ahí la reforma. Sin embargo, el bien intencionado propósito que la inspira se estrella, en este caso, contra el muro de la ignorancia perdiéndose, además, la oportu-

(22) Vid. DÍAZ ALABART, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (Dir. ALBALADEJO), VIII-2 (Madrid, 1986), pp. 427-431.

tunidad de modificar el precepto en el único sentido en que hubiera sido razonable hacerlo. Veámoslo.

La expresión “a menos que” introducía en el artículo 648.2 tres excepciones en las que, a pesar de ejercitar acción penal contra el donante, el donatario no incurría en causa de inratitud. Las excepciones se daban cuando el delito perpetrado por el donante se hubiera cometido “contra el mismo donatario, su mujer o los hijos constituidos bajo su autoridad”. No ofrece demasiadas complicaciones el primero de los supuestos pues, como dijo García Goyena, “el derecho de vindicarse a sí mismo... es anterior y preferente a todo otro derecho”. En los otros dos casos, hay que coincidir con la mejor doctrina (23) en que la excepción responde a la necesidad de comparecer el donatario en juicio por quienes no podían hacerlo por sí mismos: sus hijos menores o incapacitados y, al tiempo de la publicación del Código civil por razón de lo prescrito en su artículo 60, también su mujer. Son pues razones procesales atinentes al ámbito de la representación legal las que explican la redacción originaria del artículo 648.2. Sin embargo, a partir de la Ley de 2 de mayo de 1975, la excepción relativa a la mujer del donatario pierde todo su sentido pues el artículo 71 del Código civil priva al marido de la representación legal de su mujer disponiendo: “Ninguno de los cónyuges puede atribuirse la representación del otro sin que le hubiera sido conferida voluntariamente.” Por eso —y con toda razón—, desde hace años venía propugnándose la supresión de la referencia a la “mujer” en el artículo 648.2 pues en la medida en que el marido-donatario no ostenta su representación legal y puede ella accionar por sí misma su mención en el citado artículo resulta ociosa.

La Ley 11/1990, de 15 de octubre, pierde —como he dicho— la oportunidad de modificar el precepto en el único sentido en que hubiera sido razonable hacerlo. Desoyendo la recomendación de la doctrina no ha suprimido la expresión “su mujer”. El prurito de la igualdad a todo trance ha llevado a sustituir “mujer” por “cónyuge”, consiguiéndose con ello el doble efecto de perpetuar y ampliar a la recíproca el sin sentido que, desde 1975, encerraba la versión originaria del artículo 648.2.

Las otras dos sustituciones que el artículo 5 de la ley en estudio ordena son las de los términos “esposa” y “mujer” por “cónyuge” en los artículos 754.1 y 1.924.2.b), respectivamente. En ambos casos la modificación está justificada pues, sin duda, el Código partía —en un mundo típicamente masculino— del protagonismo profesional, social y económico del varón como si la mujer no pudiera ser notario (*¿o notaria?*) y

(23) DIEZ-PICAZO, *Las causas de revocación de donaciones por ingratitud del donatario: la imputación de un delito al donante*, en “Estudios de Derecho Privado” (Madrid, 1980), p. 222, y DÍAZ ALABART, *La imputación por el donatario al donante de delito perseguible de oficio como causa de ingratitud que permite revocar la donación*, en RDP, diciembre (1984), p. 1.067.

testificar en los testamentos (por la remisión del artículo 754.2 al párrafo anterior) o ser la deudora cuyos funerales impagados son tenidos en cuenta por el Código civil para conceder al acreedor un privilegio general.

5. El artículo 6.º de la ley modifica el artículo 756.1 del Código en el siguiente sentido: “Son incapaces de suceder por causa de indignidad: 1) Los padres que abandonaren, prostituyeren o corrompieren a sus hijos.” En su versión anterior el primer apartado del artículo 756 decía: “Los padres que abandonaren a sus hijos o prostituyeren a sus hijas o atentaren a su pudor.” La modificación incide, además, en el artículo 854, que configura como justa causa para desheredar a los padres la señalada en el artículo 756.1.

A propósito del antiguo artículo 756.1 ya se había puesto de relieve lo inadecuado de referir sólo a los hijos varones el “abandono”. Existiendo idénticas razones para sancionar con la indignidad sucesoria el abandono de las hijas y permitiéndolo la expresión, se entendió que el término “hijos” no se contraponía, sino que incluía al de “hijas”. Por otra parte, la referencia a las “hijas” como únicas víctimas de la prostitución o atentados contra el pudor conllevaba, efectivamente, discriminación por razón de sexo, dado que el efecto jurídico —incurrir en causa de indignidad— se hacía depender injustificada y exclusivamente de esa única circunstancia (24). La nueva redacción del artículo 756.1 extiende el alcance del precepto tanto en lo que se refiere a los sujetos pasivos de la conducta indigna de los padres (ahora, genéricamente, los hijos) como en lo relativo a esa misma conducta (“corrompieren”). Esta segunda diferencia tiene que ver con las enmiendas presentadas, respectivamente, por el Grupo Popular y el Grupo Parlamentario Centro Democrático y Social en el Congreso y el Senado. El Grupo Popular propuso para el artículo 756.1 la siguiente redacción: “Los padres que abandonaren, prostituyeren, corrompieren o indujeran al alcoholismo o toxicomanía a los hijos o descendientes.” Se justificaba la modificación propuesta en la mayor amplitud del texto y en su mejor adecuación a la realidad social (25). La enmienda se reprodujo en el Senado (26). El texto alternativo del Centro Democrático y Social decía: “Los padres que abandonaren a sus hijos y los que incumplieren sus deberes o conculcaran sus derechos, de manera muy grave y reiterada.” Se motivaba la enmienda con la siguiente justificación: “Existen conductas que merecen la misma sanción como la privación doméstica de libertad, sevicias graves, ausencia de escolarización, etc., sin que sea justificable dar mayor relevancia a conductas relacionadas con el sexo” (27). El texto definiti-

(24) ALBALADEJO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, x-1 (Madrid, 1987), pp. 213 y 214.

(25) BOCG, Serie B, núms. 13-4, de 26 de marzo de 1990, p. 15.

(26) BOCG, Serie III-B, núm. 2 (c), de 20 de junio de 1990, p. 17.

(27) *Ibidem*.

vo del artículo acoge la expresión “corrompieren”, cuyo sentido se queda a mitad de camino entre lo sugerido por una y otra propuesta: no connota necesariamente una referencia sexual y alude a una conducta positiva que tiene por efecto o resultado la corrupción del hijo o de la hija. Se consigue con ello no sólo adecuar el artículo 756.1 al artículo 14 de la Constitución, sino también acomodarlo a la realidad social del tiempo presente en el que las actividades corruptoras pueden presentar manifestaciones muy variadas.

6. El mandato del artículo 7.º de la ley lleva a suprimir el último inciso del artículo 852. Éste decía: “Asimismo es justa causa para desheredar haber cometido adulterio con el cónyuge del testador.” No se admitió la enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Centro Democrático y Social en el Senado, cuya acogida hubiera evitado las consecuencias que se derivan de la eliminación del párrafo. Proponía la enmienda la sustitución de los términos “haber cometido adulterio con el cónyuge del testador” por “la interferencia grave o reiterada en las relaciones familiares del testador” en la idea de que resultaba impropio dar “relevancia jurídica específica” al sexo (28).

Tanto la enmienda como la ley adolecen, en este punto, de un mismo defecto: nada tienen que ver con el principio de no discriminación por razón de sexo. Y nada tienen que ver porque su punto de partida, el inciso final del artículo 852, no era discriminatorio. La consecuencia jurídica de la desheredación se vinculaba al supuesto de hecho de haber cometido adulterio con el cónyuge del testador. Pero, al carecer el supuesto de hecho de referencias sexistas su cumplimiento daba lugar a que pudiera desheredarse a quien legalmente procediese tanto si se trataba de hombre como si se trataba de mujer.

Ahora bien, la enmienda del Centro Democrático y Social —con todas sus imprecisiones— mantenía la sanción privada de la desheredación. Eso significaba por una parte que, ante la perspectiva de su aplicación, el potencialmente desheredado tenía la oportunidad de retraerse de la conducta que así quería proscribirse; por otra e “interferidas” ya las relaciones familiares del testador, que el ascendiente o descendiente, en una suerte de justicia conmutativa, podría verse privado de su legítima. El efecto que produce la supresión del párrafo final del artículo 852 es el que gráficamente ha descrito Lasarte: “adultera, pero hereda” (29). A partir de ahora al testador —hombre o mujer— no le quedará más remedio que soportar con —o sin— paciencia la vejación que supone que sus padres o hijos cometan adulterio con su segundo o ulterior cónyuge pues no dispondrá de ningún instrumento jurídico para evitarlo ni para, “a posteriori”, sancionarlo.

No puede decirse que el ordenamiento jurídico privado permanezca

(28) BOCG, Serie III-B, núm. 2 (c), de 20 de junio de 1990, p.9.

(29) LASARTE, *Adultera, pero hereda*, en “Tapia” 55 (1990), p. 13.

neutral frente al adulterio toda vez que el artículo 82.1 del Código civil conceptúa la infidelidad conyugal como causa de separación y el artículo 855 señala como causa de desheredación del cónyuge el haber incumplido grave o reiteradamente sus deberes conyugales (entre los que se encuentra el de fidelidad *ex* artículo 68). ¿Podrá desheredarse al cónyuge y no al pariente en línea recta que con él comete adulterio? Desde el artículo 852, rotundamente sí. Aunque ello implique contradicción y propicie comportamientos no deseables (ni socialmente ni, desde luego, por los testadores). Tanto en su técnica como en la línea de política legislativa que revela la Ley 11/1990 incurre en un notorio desacierto.

7. Finalmente, el artículo 8.º de la norma establece la supresión de la causa 3.ª del artículo 853. Ello supone la desaparición de una de las causas de desheredación que afectan a los hijos y descendientes. Concretamente, la que decía: “Haberse entregado la hija o la nieta a la prostitución.”

Es evidente que el artículo 853.3 encerraba un trato discriminatorio por razón de sexo pues, existiendo también prostitución masculina, no se penalizaba con la desheredación al hombre y sí a la mujer. Para eliminar la discriminación señalada tenía el legislador dos opciones: o aplicar idéntica sanción a los varones o suprimirla para las mujeres. Lo primero hubiera supuesto igualar por abajo en contra del parecer que, en general, ha mantenido el Tribunal Constitucional cuando ha resuelto este tipo de asuntos (30). De haberlo hecho, además, se hubiera introducido en el Código civil una nueva causa de desheredación sin precedente en nuestro Derecho de modo que la solución adoptada resulta ser la única posible.

Desde otra perspectiva, la justificadísima supresión entraña un juicio de valor coherente con la línea de política legislativa que se manifiesta en la reforma del artículo 852.

Tras este recorrido por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, se impone una conclusión final: en los aspectos examinados, la norma —salvo elementales aciertos— deja mucho que desear. Incoherente con su propósito y deficiente desde el punto de vista técnico, es un claro ejemplo de trabajo poco riguroso. Quizá nuestros parlamentarios necesitan un asesoramiento más eficaz en lo que a materias jurídicas se refiere.

(30) Vid. Sentencias 80/1982, de 20 de diciembre, 81/1982, de 21 de diciembre, y 103/1983, de 22 de noviembre.

