

LA FAMILIA EN RUSIA

Y OTROS ENSAYOS

POR

ANTONIO CÓRDOVA DEL OLMO

JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA



IMP. A. GUERRA

BENAVENTE 1930

MIGUEL MIRANDA

LOPE DE VEGA, 19

28014 - MADRID

TELF. 914 294 576

LA FAMILIA EN RUSIA

Y OTROS ENSAYOS

POR

ANTONIO CORDOVA DEL OLMO

JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA



C: 1167041
L: 134297

LA FAMILIA EN ESPAÑA

DE LOS SIGLOS XV Y XVI

ANTONIO CORREYEA Y SU ESPOSA

DE LOS SIGLOS XV Y XVI

LOS CODIGOS DE FAMILIA RUSOS

de 1918 y 1926

y

otras experiencias legislativas

ante los postulados feministas



LOS PRODUCTOS DE LA FAMILIA BROS

de 1910 y 1911

confeccionados en el extranjero

en las fábricas de la familia

Sobre el derecho nuevo: Dice Enrique George (*Progreso y Miseria*; Barcelona, 1893, pág. 328) que, según Carlos Lamb, durante algún tiempo hubo entre los chinos la creencia de que para asar un cerdo era preciso quemar una casa, porque habían comido por primera vez la carne de cerdo asada al incendiarse la tienda de Ho-ti, en la que se encerraba uno. Tal es la posición doctrinal de muchas personas ante la evolución jurídica, ante el derecho nuevo; no conciben que la sociedad esté organizada sino sobre las bases que ellas conocieron al venir al mundo; para asar un cerdo, necesitan quemar una casa; es decir: para el mantenimiento de las relaciones sociales tiene que estar implantado un determinado sistema jurídico.

El transcurso del tiempo demuestra el error que entraña tal manera de entender el derecho y el organismo social, tal negación del incesante movimiento y transformación a que están sometidos ambos. Es la verdad que hace cien años no se concebía una nación a cuyo frente no estuviera un rey, y en la actualidad apenas llegan a una docena los estados monárquicos; hace cien años ni siquiera se discutía que la propiedad pudiera ser objeto de limitaciones, y sabido es que actualmente los derechos del propietario están notablemente mermados, habiéndose llegado a reducir el contenido jurídico de la propiedad de tal modo, que en algunas leyes el propietario carece de la facultad de disposición, lo cual, establecido hace un siglo, se hubiera considerado como un verdadero despojo. Todo esto quiere decir que no hay que rechazar sistemáticamente ningún rumbo que el derecho tome, ni ninguna experiencia jurídica, ni ninguna doctrina que se exponga por audaz o «avanzada», como se dice, que parezca a primera impresión, pues nada puede profetizarse acerca de si algún día habrá de verse cristalizada en las leyes, y, lo que es más, en la conciencia de los pueblos como cabal representación de lo justo.

El derecho nuevo, como dice Valverde (*Los Códigos civiles modernos*, etc. Valladolid 1923, pág. 5), ha surgido de las exigencias del comercio jurídico y ha sido creado al margen de la codificación civil en los órganos productores del derecho; pero si es exacta la afirmación del ilustre maestro,

no puede negarse también que gran parte de las tesis doctrinales han sido recogidas en algunas modernas legislaciones, condicionando jurídicamente esos hechos sociales (agrarismo, urbanismo, espíritu democrático, relaciones jurídicas nuevas, solidaridad social y socialismo) que registra el Profesor de Valladolid. A los que contemplan, por ejemplo, el fenómeno ruso con aversión o con miedo; a los que consideran la experiencia rusa como algo que todavía no es creíble, viendo con regocijo algunos saltos atrás en el sistema, se les puede decir que, con más o menos rigor, el régimen comunista está implantado desde hace trece años en Rusia, y que no se sabe si es menos firme la estabilidad del régimen soviético que la de cualquier otro Estado, en vez de tener por baluarte el terror rojo, tenga por apoyo y defensa al terror blanco. A esos que ven en el fenómeno ruso un sistema digno de absoluta reprobación, sin que en ninguno de sus elementos haya parte aprovechable, también se les puede decir que si examinamos esta experiencia en la total evolución jurídica, a través del tiempo y del espacio, se habrá de llegar a la conclusión de que hay menos distancia de la Rusia actual a la organización de los demás estados europeos, que de las organizaciones primitivas a la de la generalidad de las naciones actuales. ¿Qué diría un español del siglo XVIII de las leyes vigentes sobre inquilinato, qué de la jornada de ocho horas, qué de los sistemas de salarios mínimo y de tantas y tan fuertes limitaciones a la propiedad, como las legislaciones modernas establecen con el carácter de santos principios de justicia? No supone esto hacer una defensa de las conclusiones soviéticas, sino tan sólo poner de relieve cómo el concepto de lo justo es esencialmente variable, y cómo el Derecho se orienta a través del tiempo, por rumbos totalmente diferentes.

En la familia: Vamos a referirnos ya concretamente a la familia. No es ocasión de hacer una reseña histórica, que aunque fuera diminuta habría de ocupar un largo espacio; pero insistiendo en el punto de vista ofrecido, contemplemos la familia romana bajo el régimen agnaticio prejustiniano; comparémosla con el que se organiza en nuestro Código civil, y comparemos éste con el sistema familiar ruso. De tal análisis nacerá la conclusión de que la diferencia es mucho más profunda entre las dos primeras que entre la segunda y la última. También los romanos hubieran considerado absurda toda innovación; también hubieran rechazado que la familia, como la propiedad, como la obligación, como la herencia, fuera reglamentada de modo tan diferente y aun opuesto al que ellos establecieron en sus primitivas leyes; y, sin embargo, la intervención del Pretor prepara la obra legislativa de Justiniano, en cuya época la familia descansa sobre un régimen de cognación. La evolución sigue su curso y la influencia del derecho canónico, del germánico, de los principios del feudalismo y de la revolución francesa transforman las bases de la organización familiar, tal como aparecen en las obras legislativas del siglo XIX.

¿Es que la evolución va a parar aquí? ¿Es que el derecho va a permanecer eternamente con este carácter, ya paralizado para siempre? No; el derecho sigue evolucionando, y la experiencia rusa representa un momento

de esa evolución. En este instante no he de aportar ningún punto de vista crítico que reservo para cuando llegue la ocasión de analizar cada una de las instituciones que van a ser objeto de este estudio; mas sí he de consignar que al cabo de trece años de régimen bolchevista, esa Rusia que se dice que evoluciona en sentido burgués o conservador, como, efectivamente, ha evolucionado en algunas de sus instituciones, sobre todo después de la inauguración de la nueva política económica, no ha creído oportuno sostener el Código de familia de 1918, inspirado en principios comunistas, y ha dictado otro, el de noviembre de 1926, más comunista todavía. Ya daremos cuenta de su contenido con el detalle que este estudio permita; conste ahora que esta manifestación de la obra rusa, como todos los cuerpos legales soviéticos, ofrece un alto interés al mismo tiempo que contiene provechosas enseñanzas, y que nada, absolutamente nada del derecho ruso, debe mirarse ni con recelo ni con desprecio, sino que se ha de analizar serenamente, porque se trata de una organización jurídica que rige a cerca de cien millones de habitantes y nadie puede vaticinar sobre su influencia en el porvenir, ni aun sobre su vigencia en la misma Rusia en lo futuro.

El derecho de familia, categoría autónoma: ¿Por qué el legislador ruso hace un Código de familia? Es de advertir que en todas las naciones el contenido de los Códigos civiles es el mismo, con excepción de Suiza, que ha llevado las obligaciones a un Cuerpo legal separado, resolviendo el problema de la unidad del Derecho civil y del mercantil, siquiera sea con un criterio muy discutible. ¿Por qué el legislador ruso separa del Derecho civil los preceptos relativos a la organización familiar? Puede asegurarse que actualmente, como todo el derecho o más que todo el derecho, el de familia atraviesa una profunda crisis, estando sometidas todas sus instituciones a una especial y rigurosa revisión; pero ¿hay razón para que del Derecho civil se desglose como categoría jurídica autónoma el Derecho de familia?

La doctrina de Cicu: Frente a la opinión tradicional que afirma que el Derecho de familia constituye una parte del Derecho privado, el profesor de Bolonia sostiene que a él no pueden ser aplicados aquellos principios y conceptos, debiendo ser, por consiguiente, estudiado fuera del campo del Derecho privado. Para probar esta afirmación, Cicu (*Il diritto di famiglia*. Roma 1915. *La filiación*. Madrid 1930.) hace una referencia a la distinción entre el Derecho público y el privado, empezando por determinar el concepto del Estado y la posición que en él ocupa el individuo. El Estado, dice, es un organismo, porque se encuentran en él los caracteres esenciales para ser así calificado; es decir: la dependencia de los elementos constitutivos en relación con un fin, la conexión e interdependencia de los elementos entre sí. Los elementos constitutivos del Estado son los individuos, no en cuanto a entidades biológicas, sino como entidades espirituales, o sea, en cuanto tienen fines que realizar y conciencia y voluntad

para realizarlos. Los individuos se encuentran en el Estado orgánicamente unidos entre sí, porque los fines por los cuales el Estado surge y vive, superan los fines del individuo como tal, se ofrecen, no como fines del individuo aisladamente considerado, sino del individuo como género; no como fines comunes a todo individuo, sino como fines superiores a los fines individuales. Por ser superiores éstos, se presentan al particular como necesarios; debiendo ser realizados, el individuo depende de ellos, y por tanto del Estado que los personifica, y se halla en situación de interdependencia con relación a los demás individuos.

En la doctrina de Cicu, la distinción entre el Derecho público y el privado, resulta, por consiguiente, de la diversa posición que al individuo reconoce el Estado; posición de dependencia con respecto al fin en el Derecho público, posición de libertad en el Derecho privado. Por esto la libertad que el Estado deja al individuo, es libertad privada, y la reglamentación de tal libertad es Derecho privado, debiendo decirse opuestamente respecto del Derecho público. En el Derecho privado hay intereses distintos u opuestos, toda vez que el elemento de la relación es el fin netamente individual, mientras que en el Derecho público no es admisible que el interés del individuo se distinga y se oponga al del Estado, por ser siempre el de éste superior al de aquél, y por converger todas las voluntades a su satisfacción. En el individuo su interés es no del individuo como entidad independiente, sino del individuo como parte orgánica, como miembro del Estado; es siempre el mismo interés del Estado. Es decir, que en la relación de Derecho público no entra como elemento constitutivo otro interés que el superior del Estado.

Si analizamos, sigue Cicu, las relaciones del Derecho de familia en su estructura, fácil será convencerse de que en ellas no se tutelan los intereses individuales como autónomos, independientes, opuestos; ni se tutela tampoco una libertad de querer referente a esos intereses. Es más, la subordinación de las voluntades a un interés unitario, superior a los intereses individuales, se manifiesta mucho más claramente que en el Derecho público. La relación que más debía de parecerse a una relación privada, porque es relación que se da entre dos individuos en situación de igualdad, la relación entre cónyuges, lo acredita perfectamente. En el sentido vulgar de la palabra, no hay nada más privado que los intereses y la vida conyugales, y, sin embargo, la ley no deja a los esposos ni libertad de constituir, ni de regular, ni de disolver su relación. No hay libertad de constitución ni de regulación, ni de extinción del matrimonio, porque se exige para la primera la intervención de un funcionario público, porque la segunda está perfectamente detallada en la ley, y porque igualmente en la ley se fija la manera de extinción del matrimonio. Además, en las relaciones familiares no cabe la representación, instituto que es común a todos los del Derecho privado, ni la condición tiene cabida en el Derecho de familia, ni tampoco la renuncia, y así no es posible sino puramente reconocer un hijo, ni dimitir la función de la patria potestad.

En definitiva, añade Cicu, incluir en el Derecho privado el Derecho de familia, está en pugna con los más elementales criterios de sistematización científica, porque en el Derecho privado se regulan conflictos de intereses,

principalmente sobre la base de la voluntad y de la responsabilidad de los intereses privados, mientras que en el Derecho de familia se garantiza el interés superior frente a los de todos los individuos. Con esto no se afirma que el Derecho de familia deba incluirse en el Derecho público. Si Derecho público es el del Estado y el de las demás entidades públicas, no siéndolo la familia, su derecho no pertenece a ninguna de aquéllas dos categorías. Así, Cicu concluye diciendo que hay que asignar al derecho de familia un lugar independiente en la distinción entre el público y el privado; es decir, que la bipartición ha de ser sustituida por una tripartición que responda a los caracteres particulares que socialmente asumen el agregado familiar frente al agregado político.

Si es cierto que la constante intervención del Estado en las relaciones familiares, considerando a todas ellas como especialmente trascendentes al orden social, obliga a sostener que el Derecho de familia se aleja del Derecho privado, tal como se ha venido concibiendo tradicionalmente; en la adopción se ve una función social, en el matrimonio un negocio jurídico complejo, resultando de la voluntad de los particulares y la del Estado, en la tutela una actividad exclusivamente del Estado; y así todas las instituciones del Derecho de familia, se van impregnando de esa socialización que, ciertamente, caracteriza también las demás instituciones del Derecho privado, aunque a algunas no de una manera tan intensa. A mi parecer, todo esto quiere decir solamente que el Derecho público invade constantemente el área del Derecho privado y terminará, acaso, por hacerlo desaparecer como el mar a la isla de Helligoland, según expresión de Menger. Por otra parte, considero doctrina perniciosa la de estimar constantemente superiores los fines del Estado a los del individuo, y no creo que en las relaciones familiares, artículo por artículo de los Códigos civiles vigentes, frente a las demás relaciones del Derecho privado, tal como se vienen orientando por ese intervencionismo del Estado, pueda el profesor Cicu demostrar cabalmente su tesis.

En Rusia.-El eje del sistema: ¿Es que al redactar separadamente un Código de familia, el legislador ruso se ha inspirado en motivos análogos para fundamentar la sustantividad de tal derecho? Como se ha de ver, el Código ruso aparta en no pocas instituciones la función del Estado de las relaciones familiares, y esto pudiera ser bastante para contestar negativamente a la anterior pregunta. Mas bien creo que los motivos de esta separación nada tienen que ver en Rusia con una doctrina semejante a la anteriormente expuesta. El legislador ruso se encontraba ante el principio comunista que pedía la abolición del matrimonio, la disolución de la familia tal como los estados europeos venían organizándola, y al implantar el comunismo integral, considerando como punto destacadísimo de su programa aquella abolición, debió decretarla y la decretó en un Cuerpo legal separado.

Con esto ya queda apuntado cuál es el principio culminante del Derecho de familia soviético: la supresión de la familia, de este organismo que, tradicionalmente, se viene considerando como la célula social más impor-

tante, como la agrupación humana más natural, más respetable y más santa. Este principio puede considerarse como el eje del sistema, completado con el de que a la mujer se la conceden los mismos derechos que al hombre, estando obligada los mismo que éste; y, sin contradicción con lo anteriormente dicho, se completa también con el principio de que el Estado está sobre el individuo o contra el individuo, siendo ésta la norma que con un tono más general caracteriza a toda la legislación rusa.

Sin más antecedentes, pasamos a analizar las conclusiones del feminismo para compararlas con el derecho ruso y otras recientes experiencias legislativas, anunciando un breve comentario a cada uno de los criterios y afirmando de antemano que no es la legislación de Rusia la que menos protege a la mujer y al niño, que son los dos proletarios del Derecho de familia.

II

ALGUNAS EXPERIENCIAS LEGISLATIVAS, DISTINTAS DE LA SOVIÉTICA, ANTE LOS POSTULADOS FEMINISTAS

Lo que pide el feminismo: El feminismo, al que se llamó por Posada (El feminismo. Madrid 1899) la cuestión del día, sigue siendo un problema absolutamente actual y seguramente ha de serlo durante muy largo plazo. Por ser demasiado conocidos los postulados feministas, paréceme innecesario hacer una detallada relación de su contenido; pero sí he de resumir, por considerarlo especialmente destacado de la historia política de España, el manifiesto dirigido a las Cortes por la Cruzada de mujeres españolas. He aquí un extracto de sus peticiones: 1.^a Igualdad de derechos políticos, siendo las mujeres elegibles; 2.^a Igualdad de derechos civiles; 3.^a Derogación de las leyes que cierran a las mujeres determinadas carreras o empleos; 4.^a Jurado compuesto por individuos de ambos sexos, en igualdad de número y las mismas condiciones; 5.^a Igualdad al hombre en el orden penal; 6.^a Investigación de la paternidad; 7.^a Derogación del régimen de diferencias entre los hijos legítimos y los ilegítimos; 8.^a Protección del Estado para el establecimiento autónomo de centros de instrucción moral y cívica de la mujer; 9.^a Desaparición de la prostitución reglamentada. Concretamente, pues, lo que el feminismo pide, así en ese manifiesto como en cualquiera otro, es la igualdad absoluta del hombre y la mujer ante las leyes, la eliminación del sexo como causa modificativa de la capacidad social, civil y política.

De todo el amplio programa feminista que se concreta en ese postulado central, del que derivan todos, yo no voy a destacar para referirlo a las más culminantes experiencias del Derecho privado, sino lo que concierne a la condición civil de la mujer, que, como luego ha de verse con referencia a una resolución de nuestro Poder ejecutivo, repercute amplia-

mente en su condición social y política; y de tal apartado considero como cuestiones más culminantes, las siguientes: autoridad marital y patria potestad, la salud como requisito previo a la celebración del matrimonio control de la natalidad, investigación de la paternidad, divorcio, régimen económico conyugal, derechos de los hijos extramatrimoniales y protección de los incapaces. Siendo muy modesto el propósito de este estudio, poniéndome en cuanto sea posible al margen de toda exposición doctrinal, pienso limitarme a la cita escueta de la orientación legislativa en algunos países sobre tales cuestiones, para pasar seguidamente a la exposición del contenido de los Códigos rusos.

La autoridad marital: Sobre esta materia el feminismo sostiene un criterio abolicionista, según es perfectamente conocido. Como dice Bridel, «hay que librar a la mujer casada de su estado de subordinación legal, aunque sea manteniendo el principio del marido jefe de familia, mientras siga cumpliendo sus obligaciones para con los suyos». Se trata, pues, de borrar de las leyes la expresión «la mujer debe obediencia al marido», y de derogar, por tanto, todas las disposiciones relativas a la licencia marital y cuantas coarten la capacidad plena de la mujer casada.

Los Códigos se producen del siguiente modo respecto de esta cuestión:

FRANCIA: El criterio del Código francés es idéntico al del nuestro; sus artículos 212 y siguientes, dicen exactamente lo mismo que los 56 y siguientes del español. La autoridad marital aparece aquí en su máximo desarrollo, y la institución de la licencia marital se define y trasciende como en nuestro Código civil.

ALEMANIA: El Código alemán, a partir del artículo 1533, regula la institución de una manera más favorable a la mujer. La figura del abuso del derecho que se hace aparecer frecuentemente en su articulado, limita la autoridad del marido, que también está limitada por la intervención del Tribunal de tutelas. La institución de la licencia marital no tiene tanta influencia como en nuestro derecho, pues la mujer no necesita de ella para aceptar herencias, rechazar una oferta de contrato, ni para realizar un acto jurídico respecto del marido, ni, salvo algunas limitaciones, para comparecer en juicio (arts. 1406 y 1407). Sin embargo, los contratos que la mujer realice, quedan sujetos a la aprobación del marido (art. 1396) y éste es el administrador de los bienes (art. 1363), no pudiendo la mujer disponer de los aportados por ella sin la licencia de aquél (art. 1395). La autoridad marital, más atenuada que en nuestro Código, subsiste con caracteres muy acusados.

SUIZA: El Código civil suizo, dice en su artículo 160: «el marido es el jefe de la unión conyugal». Los preceptos, con ligeras variantes, son muy parecidos a los del Código alemán. Como norma especial deben registrarse el artículo 177 por el que se autoriza a los cónyuges para que puedan contratar entre sí, lo que en nuestro derecho no está permitido.

INGLATERRA: El principio de la autoridad marital, dice Lher (*Droit civil anglais*, París 1925) era desconocido en el derecho inglés, porque la mujer nunca podía hacer nada por sí sola. Actualmente sigue desconociéndose, porque la mujer puede realizar todos los actos de la vida civil.

ITALIA: La autoridad marital fué suprimida por la ley de 17 de julio de 1919, derogando todo el sistema del Código civil sobre este punto.

ARGENTINA: En la República Argentina, la ley de 22 de septiembre de 1926, a que luego he de referirme especialmente, suprimió la autoridad marital.

MÉJICO: El Código civil mejicano, en cuyo artículo 2.º se declara que la capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer, no quedando sometida ésta a restricción alguna, por razón de su sexo, en la adquisición y ejercicio de sus derechos civiles, dispone (artículo 167) que el marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales, arreglando de común acuerdo todo lo relativo a la educación y establecimiento de los hijos, así como a la administración de los bienes de éstos; pero de los preceptos siguientes resulta que la institución de la autoridad marital no ha desaparecido por completo, puesto que el marido puede oponerse a que la mujer se dedique a actividades especiales, cuando aquél subvenga a todas las necesidades del hogar y funde la oposición en causas graves y justificadas (artículo 170), aunque esto, ciertamente, constituya una mínima limitación, y más si se tiene en cuenta que, según el artículo 189, es indiferente que el administrador de la sociedad conyugal lo sea el marido o la mujer, pudiendo terminar aquélla, según el 188, cuando el socio administrador, por su notoria negligencia o torpeza, amenace arruinar a su consorte, o disminuir considerablemente los bienes comunes.

Patria potestad: Lo primero que el feminismo solicita sobre este punto, es que se cambie el nombre por otra expresión que denote la idea de poder de los padres. La moderna dirección del derecho sobre esta institución, consiste en someter la función de los padres a la inspección y vigilancia de la autoridad tutelar. Desde luego, el feminismo considera fundamental que la patria potestad se atribuya a los padres conjuntamente. Las orientaciones legislativas, son estas:

FRANCIA: El principio es terminante; sólo el padre ejerce la patria potestad, dice el artículo 373, y el criterio se ahonda en los siguientes y concordantes.

ALEMANIA: El Código Alemán es muy minucioso sobre esta materia a la que dedica desde el artículo 1616 al 1689, bajo los apartados, «relaciones entre los padres y el hijo», «potestad del padre» y «potestad de la madre». Esta tiene durante el matrimonio la patria potestad, juntamente con el padre, pero toda divergencia de opinión se resuelve a favor del padre. Lo característico del sistema alemán sobre esta institución, consiste en la intervención del Tribunal de tutelas, inspeccionando la función de los padres.

SUIZA: La patria potestad corresponde al padre y a la madre. En todos los artículos de la sección, a partir del 273, inicial de la misma, se habla de ambos; los dos disponen la educación religiosa del hijo hasta que llegue a los dieciseis años. La intervención de la autoridad pupilar, como en el Código alemán, es característica del Código suizo.

ARGENTINA: Al llegar a este punto, considero ineludible referirme a la ley argentina antes citada, transcribiendo íntegramente sus disposiciones, por constituir una de las más recientes y más completas experiencias sobre abolición de la autoridad marital, regulación de la patria potestad, y, en general, de emancipación de la mujer. Dice así esta ley, que es la 11.357:

Art. 1.º La mujer mayor de edad (soltera, viuda o divorciada), tiene plena capacidad civil para ejercer todos los derechos y funciones civiles que las leyes reconocen al hombre mayor de edad.

Art. 2.º La madre natural tiene la patria potestad sobre sus hijos con la misma amplitud que la legítima. La tendrá también al morir el padre natural que voluntariamente hubiere reconocido a los hijos naturales.

Art. 3.º La mujer mayor de edad casada: 1.º Conserva y ejerce la patria potestad sobre los hijos de un matrimonio anterior. Sin necesidad de autorización marital o judicial, puede: a) ejercer profesión, oficio, empleo, comercio o industria honestos, administrando y disponiendo libremente del producto de esas ocupaciones; adquirir con el producto de su profesión, empleo, comercio o industria, toda clase de bienes, pudiendo administrar y disponer libremente de éstos; b) formar parte de asociaciones civiles o comerciales y de asociaciones cooperativas; c) administrar y disponer a título oneroso de sus bienes propios y de los que le correspondan en caso de separación judicial de los bienes de los esposos. Se presume que el marido tiene mandato para administrar los frutos percibidos, mientras la mujer no haga manifestación de voluntad contraria, inscrita en un registro especial o en el de mandato, donde lo hubiere; d) administrar los bienes pertenecientes a sus hijos de un matrimonio anterior, sin que los frutos naturales o civiles de los mismos, pertenezcan a la sociedad conyugal nueva; e) aceptar o repudiar el reconocimiento que de él hicieron sus padres; f) aceptar herencias con beneficio de inventario; g) estar en juicio causas civiles o criminales que afecten a su persona o a sus bienes o a la persona y bienes de los hijos de un matrimonio anterior; h) ser tutora, curadora, albacea, testigo en instrumentos públicos y aceptar donaciones.

Art. 4.º Durante el matrimonio la mujer puede, con autorización judicial, disponer de los bienes propios del marido y de los gananciales de la sociedad conyugal que el marido administre, para atender a su subsistencia y a la de los hijos menores de 18 años, cuando el marido se encuentre privado de libertad por condena definitiva que lo recluya dos años o más, y no tuvieren la mujer o los hijos otros recursos.

Art. 5.º Los bienes propios de la mujer y los bienes gananciales que ella adquiera, no responden de las deudas del marido, ni los bienes del marido y los gananciales que él administre responden de las deudas de la mujer.

Art. 6.º Un cónyuge sólo responde con los frutos de sus bienes propios y con los frutos de los gananciales que él administre, por las obligaciones contraídas por el otro, cuando sean contraídas para atender a las necesidades del hogar, para la educación de los hijos o para la conservación de los bienes comunes.

Art. 7.º La mujer casada menor de edad, tiene los mismos derechos civiles que la mujer casada mayor de edad, con la salvedad de que para hacer actos de disposición de sus bienes, necesita la venia del marido cuando éste sea mayor de edad. Cuando el marido fuere menor o se negase a acordar su venia, la mujer necesitará la correspondiente autorización judicial.

Art. 8.º La tutela legítima de los hermanos menores, podrá ser ejercida por sus hermanas, mujeres mayores de edad (sean casadas, solteras, divorciadas o viudas) en el caso de que no puedan ejercerla sus abuelos o sus hermanos varones. La curatela legítima del padre o de la madre incapaces, podrá ser ejercida por sus hijas mayores de edad (sean casadas, solteras, viudas o divorciadas) en el caso de que no pueda ser ejercida por sus hijos varones.

Art. 9.º Quedan derogadas las disposiciones del Código civil y de las leyes complementarias en cuanto sean modificadas o se opongan a la presente, la que formará parte del Código.

Art. 10. Comuníquese al Poder ejecutivo.

Esta ley argentina que tan sustancialmente modifica el Código civil, no tiene para mí otro comentario que éste: es digna de llevarse íntegramente a nuestra Gaceta, aunque es claro que en nuestro Derecho no pueda hablarse de curatela, ni nuestro divorcio es el divorcio argentino.

La salud como requisito previo al matrimonio: La conclusión del feminismo sobre este apartado es que uno de los requisitos fundamentales para la celebración del matrimonio es la salud; siendo, por consiguiente, impedimento u obstáculo la enfermedad, pero no tan sólo referida a los casos de locura o impotencia como dispone nuestro Código civil, sino de modo más amplio. Las feministas dicen: «queremos maridos sanos» y el feminismo pide cónyuges sanos. Tal fué, por ejemplo, uno de los postulados del Congreso de Ginebra de 1920, al que asistieron delegadas españolas.

Los Códigos europeos, con las excepciones que se citarán, callan sobre esta materia no disponiendo más que lo que dispone el Código civil español; pero hay experiencias antiguas y recientes sobre la cuestión. Tan antiguas que ya en el Darmastra o Código de Manu (lib. 3.º) se leen preceptos como éste: «Deben evitarse en el matrimonio las diez familias siguientes, por muy ricas que sean en vacas, cabras, corderos, tierras y granos, a saber: la familia donde se descuiden los sacramentos; la que no produce varones; aquella en que no se estudia la escritura, o en que las personas están cubiertas de largos pelos o sufren almorranas, tisis, dispepsia, lepra blanca, o elefantiasis. No tome esposa que tenga cabellos rojos o un miembro de más, o enfermiza, o demasiado o nada vellosa, o excesivamente habladora, de ojos rojos... Tome una mujer bien formada, de

nombre gracioso, que tenga el andar del cisne o de un elefante joven, cuyo cuerpo esté cubierto de suave vello, que tenga fina cabellera, dientes pequeños y suaves formas» (Cantu. Historia Universal t. 80 pág. 247. Madrid 1878).

De la eficacia de estos preceptos, como de otras normas históricas semejantes, puede dudarse mucho, pero innegable es que ofrecen un gran interés estos puntos de vista.

El Derecho moderno es absolutamente favorable a la implantación del criterio, orientándose la moderna doctrina hacia la exigencia del certificado médico prenupcial (Jiménez de Asúa. Libertad de amar y derecho a morir. Madrid 1929. Pág. 42 y siguientes). Desde 1899 el Estado de Dakota subordinó el permiso para contraer matrimonio al reconocimiento médico y su certificado de que los futuros cónyuges no sufrirán enfermedad incompatible con la vida conyugal, y contagiosa. El sistema, con distintas variantes, se halla implantado en la mayoría de los Estados de la Unión. La ley Danesa de 30 de julio de 1922, puesta en vigor en 1927, también reglamenta esta nueva exigencia, disponiendo que toda persona atacada de una enfermedad que ofrezca peligro de contagio, o epiléptica, no puede contraer matrimonio mientras la otra parte no haya sido informada, y mientras un médico no haya expuesto a los que piensan casarse los peligros de la enfermedad. Los dos cónyuges deberán declarar, además, bajo juramento que no concurre en ellos ningún impedimento derivado de esta condición.

En Francia, el profesor Pinard y otros Diputados presentaron en la Cámara un proyecto creando el carnet médico que debería ser exhibido en el momento de la celebración del matrimonio.

La más reciente experiencia sobre esta materia la constituye el Código de Méjico antes citado que, en el art. 159 número 8.º, establece como impedimento para la celebración del matrimonio la embriaguez habitual, la morfinomanía, la eteromanía y el uso indebido y persistente de las demás drogas enervantes. La impotencia incurable para la cópula, la sífilis y las enfermedades crónicas e incurables, que sean, además, contagiosas o hereditarias.

En España, frustrados los intentos de González Alvarez, que presentó en el Senado, en 19 de noviembre de 1915 una proposición de ley sobre la manera de regularizar higiénicamente el matrimonio, y el del Conde de Coello de Portugal, en 1923 para imponer el certificado médico como requisito previo a la celebración del matrimonio, no se puede ofrecer como muestra de la modernidad de nuestra legislación sobre este punto, aunque referido a orden diferente, que los artículos 538, 539, 763 y 764, que delinican el delito de contagio venéreo.

Divorcio: El feminismo proclama que el divorcio debe decretarse por mutuo disenso, y de tal manera preconiza este sistema que, no considerando constitutiva de problema alguno la fidelidad conyugal, sostiene que el adulterio no debe estimarse como delito, sino como causa de divorcio, punto de vista que, según Bridel (Melanges feministes 1897), es el más conforme con los principios. La orientación inicial la encontramos en el

Congreso feminista de Ginebra de 10 de septiembre de 1896, en el que se afirmó que «bajo ningún pretexto se debe someter a la mujer en la esfera de las reacciones sexuales a un régimen de represión o de reglamentación distinto del del hombre.» Aludido este punto parece obligado citar el opuesto sistema del Código penal español, sobre adulterio y amancebamiento (arts. 620 y siguientes), y la rectificación que el 523 hace del 438 del Código del 70 en orden a la excusa absolutoria del que matare a su cónyuge sorprendido en actos de adulterio.

El divorcio por mutuo disenso lo admitió el Código de Napoleón, pero en esta parte fué derogado por la ley de 27 de julio de 1884. En la actualidad, aunque la generalidad de los países admite el divorcio vincular, son menos los que le autorizan por mutuo disenso. Los Códigos alemán y suizo (arts. 1568 y 142 respectivamente), lo que sí admiten es el divorcio por causas indeterminadas, diciendo el segundo de los mentados preceptos que el divorcio se autoriza «cuando el lazo conyugal esté tan profundamente atacado que la vida en común se haya hecho imposible.»

El Código de Méjico (art. 267) entre las diecisiete causas de divorcio que señala registra el mutuo disenso. Son también causas de divorcio, las enfermedades contagiosas a que hice antes referencia al hablar de la salud como requisito previo para el matrimonio, la impotencia incurable aun sobrevinida después de la consumación de aquél, y la separación de la casa conyugal, sin causa justificada, durante seis meses.

Investigación de la paternidad: El feminismo preconiza la necesidad y la justicia de la investigación de la paternidad; es decir, de la declaración judicial de paternidad en el procedimiento correspondiente, en los casos en que sea negada por el padre. En el derecho histórico, la institución del concubinato hacía cierta la paternidad extramatrimonial, y, por tanto, la investigación no constituyó nunca verdadero problema (La Recherche de la paternité, por Pouzol. París 1910). El Código francés la prohibió terminantemente en su artículo 320, pero la redacción dada a éste por la ley de 16 de noviembre de 1912, cambió notablemente el sistema. En efecto, la investigación se admite en caso de rapto, violación o seducción acompañada de maniobras dolosas, abuso de autoridad o promesa de matrimonio, si existe un principio de prueba por escrito. También se admite cuando exista algún escrito privado procedente del pretense padre, del que resulte un indicio inequívoco de paternidad, siempre que el padre y la madre hayan vivido en estado de concubinato notorio durante el período de la concepción y cuando el presunto padre haya proveído o participado al sostenimiento del hijo en calidad de padre.

Los Códigos alemán y suizo, también admiten la investigación de la paternidad, aunque no de una manera tan amplia (arts. 1705 a 1718 y 302 a 322, respectivamente) e igualmente está admitida en Bélgica desde la ley de 6 de abril de 1908.

Sin más restricción que en cualquiera de los Códigos mentados se admite también la investigación de la paternidad en el Código de Méjico (arts. 382 y siguientes), ofreciendo este cuerpo legal la singular nota de

determinar quiénes se presumen hijos del combinario y de la concubina, norma que sirve de base para después en el artículo 1368 considerar a ésta como deudora de alimentos en la sucesión testada de aquél, si con él hubiera vivido los cinco años que precedieron a su fallecimiento o de la unión hubieran tenido hijos; así como para determinar en la sucesión legítima (art. 1635) la sucesión de la concubina en defecto de descendientes, ascendientes, cónyuge y colaterales, pudiendo concurrir también en la herencia con todos aquellos.

Concretándome al tema del epígrafe, sin más disgresiones, concluiré diciendo que actualmente la investigación de la paternidad, aunque no absolutamente libre, está defendida por la generalidad de los tratadistas y que las orientaciones legislativas recientes la son perfectamente favorables, siendo muy justa la protesta de nuestras mujeres, antes recogida, contra los preceptos de nuestro Código civil.

Los hijos extramatrimoniales: Todas las direcciones del pensamiento jurídico sobre los derechos de los hijos extramatrimoniales, pueden resumirse en tres grupos: a) Debe haber una absoluta separación ante el Derecho entre los hijos habidos del matrimonio y los que se denominan ilegítimos: b) Los hijos naturales deben tener los mismos derechos que los hijos legítimos, pero no así los demás extramatrimoniales: d) Todos los hijos, sean habidos en matrimonio o fuera de él, deben ser igualmente protegidos jurídicamente. Esta última doctrina es la que suscribe el feminismo radical, y lo indudable es que la falta de los padres no puede ser causa de pena para los hijos. ¿No produce efectos civiles, según el art. 69 de nuestro Código civil el matrimonio putativo respecto de los hijos aunque haya sido contraído, de mala fe por parte de ambos cónyuges, siendo el interés de los hijos y la protección que les es debida, fundamento de aquella disposición? He aquí un texto de nuestro Derecho histórico, resolviendo el problema con un criterio bien certero, aunque la condición que en él se establece deba suprimirse: La Ley 2.^o tít. 5.^o lib. 3.^o del Fuero Juzgo dispone, «que los hijos adulterinos y sacrílegos, en defecto de hijos de otro casamiento, deben tener derecho a la buena de sus padres, porque maguer sean nacidos de pecado, fueron purgados por el bautismo.

Las experiencias legislativas más recientes se inclinan notablemente en favor de los hijos extramatrimoniales, si bien la generalidad colocan a un lado a los incestuosos y adulterinos, seres sobre los que gravita un pregón de eterna infamia, sin que pueda encontrarse un argumento convincente para justificar esta diversidad de tratamiento jurídico. Los hijos incestuosos y los adulterinos, no pueden ser reconocidos; tal es la expresión que invariablemente aparece en los Códigos; así en el Suizo (art. 304), como en el del Brasil (art. 358), etc., etc. Y muy de justicia parece que esta expresión sea borrada de los Códigos porque frente al interés de los padres se encuentra, más vigoroso, el interés de los hijos, y la moralidad social lo que impone, no es la ocultación de hechos que puedan considerarse ilícitos, en una especial dirección del pensamiento, sino evitar la impunidad de los mismos. Al manifestarse el feminismo de la manera antes apuntada, según

se hacía constar en el manifiesto citado de la Cruzada de mujeres españolas, no hace más que defender un sistema de justicia; de día en día va ganando terreno esta ponencia a la doctrina opuesta y no parece muy distante el momento en que obtenga una victoria completa.

Régimen económico conyugal: Sobre este apartado el feminismo se opone en absoluto a todo régimen de comunidad de bienes, o a la implantación de cualquiera especie de sociedad económica entre los esposos, considerando como ideal el sistema de separación. Este principio feminista tiene cabida generalmente en todos los Códigos, puesto que se sigue el criterio de libertad en la estipulación, organizando diversos regímenes, y entre ellos, aparece el de separación de bienes, que los cónyuges pueden pactar.

Si de la protección de la mujer se trata, yo tengo que reputar excelente la orientación del Código mejicano, al regular la sociedad conyugal (art. 183 al 206), aunque ese principio de sociedad sea opuesto al riguroso criterio feminista, ya que, como antes he escrito, ni siquiera se exige que el marido sea el administrador de la misma, sino que siempre se habla en todos sus artículos de «socio administrador», concediendo libertad a los cónyuges para que en las capitulaciones matrimoniales determinen quién ha de administrar, y siendo causa de que la sociedad concluya la impericia o negligencia del gestor.

Con estas notas damos por terminada esta parte de nuestro estudio, pasando a analizar la experiencia soviética, sobre todos los problemas apuntados y cuantos se comprenden en sus Códigos de familia.

III

LOS CÓDIGOS DE FAMILIA RUSOS DE 1918 Y 1926

Dos etapas legislativas: Ya he afirmado en otro lugar (Los Códigos del trabajo y agrario rusos. 1928) que en la legislación rusa hay dos fundamentales etapas, que tienen por límite el IXº Congreso de los Soviets de 31 de diciembre de 1921, cuyas bases fueron desenvueltas en el Decreto de 1922. Esta es la fecha que puede considerarse como inaugural de la «Nep», fijándose en ese Decreto la lista de los derechos patrimoniales restituidos a los particulares y determinando los límites y condiciones de tal restitución. Estas dos etapas legislativas no afectan especialmente al Derecho familiar, sino que donde marcan significación es en el orden económico, siquiera pueda decirse que éste invade todos los institutos jurídicos.

El Código de familia ruso de 16 de septiembre de 1918: Al año de la revolución, se dictó en Rusia el primer Código de familia, promulgado con la fecha del epígrafe y bajo el título de «Código de las leyes sobre los actos de estado civil, el Derecho de matrimonio, de la familia y de la tutela.» Redactado en la época de la implantación del comunismo integral, necesariamente tuvo que ser objeto de algunas modificaciones durante los años 1922 y 1925, para encuadrarla en el tono general de la nueva política, iniciada en la fecha antes indicada. Como nota general, en un sentido, puede decirse que realiza el ideal feminista, y en otro, que tiene por eje la abolición de la familia, del matrimonio, aunque no realiza totalmente este programa comunista, por razones políticas, y atribuyendo a sus leyes, principalmente, un carácter dialéctico y transitorio, que en sí mismas llevan el germen de su falta de necesidad para el futuro, según dice la Introducción.

Para mejor concretar el estudio, vamos a dividir esta parte de nuestro trabajo, en los siguientes apartados:

Estructura externa: Comprende este Código 246 artículos, agrupados en cuatro títulos que se subdividen en capítulos. Como todos los Códigos rusos, los artículos de éste van, en su mayoría, seguidos de una o varias notas adicionales. El título primero, se ocupa de los actos de estado civil; el segundo, del matrimonio; el tercero, se denomina Derecho de familia, y el cuarto reglamenta la tutela (1).

Capitales conceptos de su contenido: Siguiendo el orden de materias que el mismo Código establece, vamos a resumir sus disposiciones.

a) **Actos de estado civil (Arts. 1 al 51):** Como consecuencia de la separación de la Iglesia del Estado, acordada en el Decreto de 28 de enero de 1918, y de la secularización de los actos de estado civil, obra del decreto de 18 de diciembre de 1917, se afirma en el Código que corresponde exclusivamente al Poder civil y a sus órganos, el registro de los actos civiles, señalándose en los preceptos de este título cuáles son estos órganos, los libros que han de llevarse y la manera de registrarse cada uno de aquéllos. Los nacimientos se inscriben (art. 23) precisamente mediante acta de declaración de los padres, que han de estampar su firma al pie de la misma. De esta sección, uno de los preceptos más destacados es el del artículo 40, en el que se determina la manera de la inscripción de los concebidos, en relación con el artículo 140, por la declaración de la mujer soltera que haya quedado en cinta, expresando el nombre del padre. Luego me referiré especialmente a ambos preceptos.

El primer Decreto sobre Registro civil, encomendaba a las oficinas notariales la función, bajo la inspección del soviét local. Por el Decreto de 20 de abril de 1923, se crearon las oficinas del Registro civil, haciéndolas depender del Comisariado del Interior.

b) **Matrimonio (arts. 52 al 132):** El comunismo condena el matrimonio, pero el legislador ruso, para evitar que suprimiendo absolutamente la inscripción, los influjos de la tradición inclinara a los rusos a la celebración del matrimonio canónico, que era el único antes establecido, regula el matrimonio transitoriamente, lo somete a registro, mas todo con un carácter laico o civil, como un acto público que debe celebrarse ante el

(1) Les Codes de la Russie Soviétique. Trad. Patouillet-Dufour. Paris 1925. Labri. Une législation communiste. Paris 1919. Pérez Serrano. El Código civil de la Rusia Soviética. Rev. de der. pri. Noviembre 1925. Valverde.

jefe del Registro civil local, y entendiéndose celebrado desde el momento que se registra (art. 62).

Para contraer matrimonio, este Código de 1918 exige (arts. 67 y 68) la edad de 16 años a las mujeres y la de 18 a los hombres, siendo de señalar que, según el artículo 7 del Código civil, la mayor edad es a los 18 años, sin distinción de sexos. La institución de la licencia o consentimiento para el matrimonio, no existe en el Código que analizamos. Ciertamente que respecto del hombre, la mayoría de edad coincide con la edad matrimonial, pero no puede decirse lo mismo respecto de la mujer.

Constituyen impedimentos para el matrimonio, el tener otro registrado y el parentesco, sin más límites que la línea recta y en la colateral hasta los hermanos. No constituyen obstáculos para el matrimonio ni la diferencia de religión, ni el orden sagrado, ni el voto de celibato, ni el crimen, tal como, por ejemplo, se regula en nuestro Código civil (art. 84 n.º 8.º), ni, respecto de la viuda, el no haber transcurrido el plazo de diez meses de la extinción del matrimonio anterior.

El matrimonio se declara nulo (arts. 74 y siguientes) cuando se celebra entre personas anormales, o cuando hay falta de consentimiento, o cuando se contrae entre personas anteriormente casadas, o en caso de impubertad. La extinción tiene lugar por la muerte de uno de los cónyuges, por la declaración judicial de su fallecimiento y por el divorcio. Este puede ser fundado (art. 87) en el mutuo consentimiento, o en el deseo de uno de los cónyuges de divorciarse. Tal manera de divorciarse no se parece en nada al que primitivamente reguló el Código francés, pues este Cuerpo legal exigía gran número de requisitos y formalidades que en el Código ruso no se exigen, ya que basta la presencia de los cónyuges ante el encargado del Registro, manifestando su voluntad de divorciarse para que el vínculo quede roto.

Los cónyuges toman un nombre común, que es el nombre del matrimonio, pero no el nombre de uno de ellos (art. 100). El matrimonio no produce cambio de nacionalidad, ni crea la obligación de residencia, ni es causa de comunidad de bienes de ninguna clase, pudiendo los cónyuges contratar entre sí (arts. 103 a 106), es decir, que el matrimonio no produce efecto ninguno en cuanto a las personas de los cónyuges, ni en cuanto a sus bienes, toda vez que no se cambia de nacionalidad, ni se ejerce por el marido autoridad alguna sobre la mujer, ni entre los cónyuges hay comunidad de ninguna clase. Los cónyuges no tienen otra relación que la sexual, y ni aún ésta es obligatoria, el nombre común, sus comunes obligaciones para con los hijos y su recíproca deuda alimenticia, que se regula minuciosamente. La mujer, pues, tiene idéntica capacidad que el hombre, y el matrimonio no produce en ella ninguna disminución jurídica.

c) **Derecho de familia** (Arts. 133 a 183): Como el matrimonio se mantiene en este Código ruso, a pesar de ser ello opuesto a los principios comunistas, también se admite la institución de la familia, que es rechazada por el comunismo, pero por razones de política y transitoriamente. El Código ruso no erige al matrimonio en base de la familia, sino que en el

artículo 133 dice: «La filiación de hecho es la base de la familia. No hay ninguna diferencia entre el parentesco fuera de matrimonio y el parentesco matrimonial.» El vínculo, pues, es la sangre. Por esto se establece tan absoluta igualdad de derechos entre los hijos habidos de padres casados y de padres solteros.

Ese principio del artículo 133 es el capital en materia de Derecho de familia; de él derivan todos los demás de este título III del Código soviético. Así, la investigación de la paternidad que bajo tan tímidas formas se va admitiendo en los modernos Códigos, alcanza en éste su mayor contenido. Antes he aludido al artículo 140, que contiene un notable precepto sobre esta materia. Dice así, textualmente: «La mujer soltera que haya quedado en cinta, deberá presentar tres meses antes del parto ante el órgano local de registro de actos de estado civil, una declaración indicando el momento de la concepción y el nombre del padre.» La nota puesta a este artículo, dice: «Igual declaración puede presentar una mujer casada, si el hijo concebido por ella no es del hombre registrado como su marido.» Como se ve, no se admite sobre investigación de la paternidad la excepción «*plurium concubentium*.»

No es que en Derecho ruso se admita el principio que en un aspecto ha presidido la investigación de la paternidad, «*creditor virgini parturienti, asserenti se praegnantem esse ex alicuo*», sino que se somete la afirmación hecha a un proceso que se ajusta a las líneas generales de todos, como dice el artículo 141, sin más excepción que la obligación de las partes de decir la verdad, bajo pena de falso testimonio, conminación que nunca se las hace en el procedimiento civil ni penal. La «*turbatio sanguinis*» no constituye problema, ni la falta de la madre impide la acción de paternidad; es decir, que el «*meretricis non item*» con que se completó el principio antes dicho, aquí no tiene observancia, sino que, con referencia al caso de falta de la madre (art. 134), el Tribunal llamará a todos los presuntos padres y decidirá con vista de las pruebas que se aporten y las manifestaciones que se hagan.

La patria potestad en realidad no existe en el Derecho soviético. Los hijos toman el nombre del matrimonio, que es el de los padres, como se ha dicho; y la nacionalidad de los hijos es la que los padres designen, pero no forzosamente la de ellos; y a falta de acuerdo entre los padres se considerará como ciudadanos rusos a los hijos hasta la mayor edad, momento en el que éstos elegirán su nacionalidad.

De tal manera la posición de los padres ante el hijo, al respecto de su función de patria potestad, es idéntica, que, concediéndoles el art. 148 el Derecho de decidir sobre la instrucción religiosa del hijo, no poniéndose de acuerdo, se considerará que éste carecerá de religión hasta los catorce años. En esto es en lo único que se abstiene de intervenir el Tribunal local para resolver el desacuerdo entre los padres, pues la norma general es que (art. 151) todo se resuelva, a falta de acuerdo entre los padres, por ese Tribunal local, aunque con la intervención de aquéllos.

La afirmación hecha de no existir la patria potestad en el Derecho ruso, se corrobora con vista de que (art. 160) los padres no tienen ningún derecho sobre el patrimonio de los hijos ni éstos sobre el patrimonio de

aquéllos; pero los padres (art. 161) deben alimentar a sus hijos menores o incapaces de trabajar; como los hijos (art. 163) deben alimentar a sus padres incapaces, si el Estado no ha proveído a tal necesidad por medio del seguro. A esto queda reducida la relación entre los padres y los hijos menores de edad o incapaces, en desarrollo de los principios antes mentados y del que se consigna en el art. 153, diciendo que los derechos del padre y de la madre, son ejercidos exclusivamente en interés del hijo, pudiendo ser privados de todos por el Tribunal, en caso de abuso.

La institución más destacada en materia de Derecho de familia, en cuanto este pueda entenderse como conjunto de obligaciones entre las personas que integran aquella, es la de los alimentos. Se los deben recíprocamente los padres, hijos y hermanos, que no dispongan de un mínimum de subsistencia y sin distinción entre los matrimoniales y los extramatrimoniales, como declara el art. 172.

La adopción, a la que en este Código no se dedican más que dos artículos (182 y 183), se suprime para lo sucesivo, respetando las ya constituidas, y entre ellas la del yerno, muy frecuente en el Derecho ruso anterior a la revolución. Ya veremos luego, analizando el Código de 1926, cómo se rectifica el criterio, para dar a la adopción un carácter de función social.

d) **Tutela** (arts. 184 al 246): Siendo un dogma del comunismo la de separación de la familia, el legislador ruso no pudo vacilar al escoger entre los dos tipos de tutela que los Códigos reglamentan: la de familia y la de autoridad. Así, organiza la tutela de autoridad, llevando a las máximas derivaciones el sistema. En la primera redacción de este Cuerpo legal se designó, como órganos de la tutela, los dependientes del Comisariado de la Previsión Social; pero por el Decreto de 2 de diciembre de 1920, se señalaron como órganos el Comisariado del pueblo para la instrucción pública, el Comisariado del pueblo para la higiene y el Comisariado del pueblo para el interior, según que se tratara de los menores, de los enfermos, o de los pródigos y peligrosos.

El legislador ruso, constante en su aversión a la familia, organiza la tutela de autoridad, porque, como dice la Introducción, «la tutela organizada sobre la base de los próximos parientes, posibles sucesores de sus pupilos, produce el resultado de que no esté organizada más que para los pupilos ricos..., por lo que, según su interés en la sucesión, más han de desear la muerte que la vida de las personas que están a su cuidado. La misma exposición dice más adelante, y ello refleja aún más cabalmente el criterio del legislador, «mientras exista todavía la familia individual, los hijos deben quedar bajo el cuidado de sus padres, como regla general, no estando sometidos a la tutela común, si se exceptúa la instrucción obligatoria y las medidas del mismo género; mas, inversamente, todos los hijos privados de los cuidados de la familia, sin mirar a que tengan bienes o no, a su riqueza o a su pobreza, son sometidos a la tutela, a los cuidados de los establecimientos comunes del Estado». A esta organización tutelar se la atribuye una función educadora política, sosteniendo que debe procurarse que quede de relieve que los cuidados sociales son más útiles que los de la fami-

lia, a fin de preparar con esta orientación la total implantación del ideal socialista.

Tales son los principios; en el detalle, no tiene tanto interés. Aquellos órganos dichos son los encargados de designar tutores y curadores que han de actuar bajo su vigilancia e inspección. Sólo son incapaces para ser tutores, los sometidos a tutela, los privados de derechos civiles y los que tengan interés opuesto al menor (art. 208). El cargo es obligatorio, lo mismo para los tutores que para los curadores, no pudiendo excusarse más que los mayores de setenta años, los impedidos físicamente, los que tengan más de cuatro hijos y los que ya ejerzan el cargo de tutor. Los últimos preceptos de este título, con que termina el Código analizado, se refieren a las formas de administración, responsabilidad de los órganos tutelares e inspección de los mismos, reveladores de la especial preocupación que el legislador ruso siente por la eficacia de su delineación de este instituto jurídico.

Código de familia ruso de 17 de noviembre de 1926: Este Cuerpo legal (1) entró en vigor en 1 de enero de 1927, y lleva por título «Código del matrimonio, de la familia y de la tutela». No puede decirse que derogue todo el anterior, sino que deja subsistente todos los preceptos que no se opongan al mismo. Según su Introducción, tiene por objeto este Cuerpo legal regular las relaciones de derecho resultantes del matrimonio, de la familia y de la tutela, sobre las bases de la nueva vía revolucionaria, a fin de garantizar los intereses de la madre y de los hijos, y de igualar la situación de los esposos desde el punto de vista del patrimonio y de la educación de los hijos.

El Código de 1918 había sido dado para la República Socialista Federativa Rusa de los Soviets, pero después de su promulgación, se produjo la unión a Rusia de las otras Repúblicas que en la descomposición del antiguo Imperio habían nacido, constituyéndose por el Tratado de 30 de diciembre de 1922, un Estado federal que eligió como nombre el de Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, integrada por Rusia, Ucrania, Transcaucasia, Rusia blanca, Turkmenistan y Urbekistan, más varios territorios autónomos, hablándose en el total de la Unión 62 idiomas. Para esta unión es para la que se promulga el nuevo Código; en él se acentúa la nota comunista en algunos de sus preceptos, y, dejando subsistentes muchos del anterior, se establecen otros nuevos. De su contenido paso ahora a hacer un estudio semejante al Código de 1918.

Estructura externa: Comprende este Código 143 artículos que se agrupan en cuatro títulos, subdivididos en capítulos. Aquellos títulos se ocupan, respectivamente, del matrimonio, de las relaciones familiares, de

(1) Champcommunal. Le Droit des personnes au pays des soviets. París 1927.

la tutela y del registro de actos de estado civil. Las materias, pues, son las mismas, pero se altera su colocación a lo largo del articulado.

Capitales conceptos de su contenido: De este contenido del Código de 1926, tan sólo voy a dar cuenta de aquellos preceptos que constituyan novedad con relación al de 1918, pues, como queda dicho, queda éste vigente en todo lo que se oponga a aquél.

A) Matrimonio (arts. 1 al 25): El principio general consiste en la existencia del matrimonio sin someterlo a formalidad alguna. Su registro se hace o no, según la voluntad de los contrayentes, y al sólo fin de proveerse de una prueba plena de su existencia. Esta existencia del matrimonio también puede acreditarse por otros modos, como la vida en común, el disponer de unos comunes enseres, la educación en común de los hijos, el presentarse mutuamente como esposos y la ayuda material recíproca. De suerte que lo que caracteriza al matrimonio, según este Código, es la relación íntima entre marido y mujer; siempre que exista, hay unión legítima; esto, al parecer, supone que el legislador ruso ha admitido la poligamia, pero no es así porque reprime penalmente el hecho de que un hombre o una mujer celebre más de un matrimonio, registrado o no, mientras subsista el anterior.

Aunque el registro del matrimonio no es requisito indispensable para que éste exista, se facilita la inscripción de modo considerable, permitiendo hacerla al principio de la unión o en cualquier momento posterior, señalándose entonces la fecha en que ha comenzado. Este registro se hará con el consentimiento de los dos esposos; y para que un matrimonio sea registrado, es menester que los que lo soliciten tengan aptitud necesaria para ser casados, no pudiendo, por consiguiente, ser registradas como matrimonios las uniones entre personas de menos de 18 años; entre las que ya hayan celebrado otro matrimonio, registrado o no, mientras no esté disuelto; entre personas, de las que una esté declarada loca; y entre los ascendientes, descendientes y hermanos (arts. 5 y 6).

Los que contraen matrimonio deben afirmar bajo su responsabilidad civil y penal que no concurre en ellos ninguno de los obstáculos antes dichos, afirmación que se hará en el momento en que se pretenda el registro; y también ha de afirmar en tal momento que no sufren enfermedad, sino que conocen su salud recíproca, señaladamente en lo que respecta a la tuberculosis, las enfermedades venéreas y las mentales. Al mismo tiempo entregarán al encargado del registro una lista de sus matrimonios anteriores y de los hijos habidos de los mismos.

El legislador ruso se ha preocupado del problema de la salud como requisito para el matrimonio, pero no creemos que haya dado con la fórmula más afortunada. El certificado médico prenupcial, ofrece mayor garantía, aunque se ha llegado a sostener por un médico español «que científicamente no puede hablarse del certificado médico prenupcial como algo que represente ninguna garantía seria.» Sin entrar en averiguaciones de esta

índole, lo indudable para nosotros es que no pueden conocerse con indiferencia los repetidos casos de contagio venéreo entre cónyuges, ni tampoco las variadísimas consecuencias de matrimonios contraídos entre personas sin salud bastante para los fines propios de aquél. Ciertamente es que siempre surgirá la dificultad de que la enfermedad aparezca cuando ya hayan pasado varios años de matrimonio, por la infidelidad de uno de los cónyuges o por otros motivos, pero para tal situación admitido el divorcio, no hay razón para desechar el criterio del Código mexicano, registrado anteriormente. La protección a los menores debe empezar desde antes de su existencia, y la protección del cónyuge «inocente» no puede tener límites de tiempo. Podrá dudarse sobre el sistema, pero no cabe vacilación sobre el principio, sin más límites que las mismas afirmaciones de la ciencia.

Volviendo al sistema de matrimonio ruso diré que esta falta de registro representa el germen de una inacabable lista de problemas. ¿Cómo se vigila el cumplimiento de las disposiciones sobre obstáculos o impedimentos para el matrimonio? Ese mismo requisito de la salud, que no puede referirse tan sólo a las uniones legalizadas, ¿cómo se cumple y cómo se inspecciona? Claro es que el legislador ruso podrá decir: la unión de un hombre y una mujer en cierto grado de parentesco, con quebrantamiento de los requisitos legales, no es matrimonio, sino matrimonio nulo. Y esto es, efectivamente, lo que dice; pero calcúlense las consecuencias del sistema. El Derecho viene a ser algo completamente voluntario, no coactivo; se observa o se incumple a voluntad de los individuos y ante la total indiferencia del Estado, sin garantía alguna para la sociedad. Para llegar a esta conclusión bien podía haberse economizado cuantos preceptos se dedican a la regulación del matrimonio, detallando condiciones y fijando requisitos. Y es que lo importante era acabar con el matrimonio como base de la familia, y eso es lo que ha hecho el legislador ruso, abolir el matrimonio, declarando legal y única la unión del hombre y la mujer, tenga o no conocimiento de ella el Estado, porque lo importante es la existencia objetiva de las relaciones íntimas.

Los efectos del matrimonio con relación a las personas de los cónyuges se regulan como en el Código de 1918, pero expresamente se suprime el deber de fidelidad. La igualdad entre el marido y la mujer es absoluta: el feminismo radical sigue encontrando en este Código su mejor traducción. Una innovación fundamental se hace en cuanto a los efectos del matrimonio con relación a los bienes de los cónyuges, pues se establece una comunidad de bienes, respecto de lo ganado durante el matrimonio por ambos (art. 10), la cual está administrada por los dos, no sumándose a ella los bienes aportados al matrimonio, ni los adquiridos durante él por título lucrativo.

La materia de asistencia entre los cónyuges se regula como en el Código de 1918, pero se añade un motivo más: el hallarse cualquiera de ellos sometido a paro forzoso, obligación que subsiste durante el matrimonio. Este se extingue, como en el Código de 1918; bastando para la disolución por divorcio, tratándose de matrimonios registrados, comunicarlo al encargado del Registro civil, sistema distinto del que establecía el Código de 1918, al imponer al ejercicio de una acción de un cónyuge contra el otro,

ante el Tribunal. Los matrimonios no registrados se disuelven sin formalidad alguna.

Como consecuencia de la modificación hecha en el Código civil respecto del Derecho sucesorio, por los decretos de 29 de enero de 1926, suprimiendo el límite de 10.000 rublos como cantidad máxima a heredar, y habiéndose reconocido el Derecho de sucesión entre los esposos, debe considerarse modificado sobre este punto el Código de 1918.

B) Relaciones familiares (arts. 25 al 77) A la mujer, ya al momento del embarazo, ya al momento del parto, se la obliga a que declare el nombre de la persona con quien ha tenido relación y debe presumirse que es el padre. Se reproduce con esto el criterio del Código de 1918 sobre investigación de la paternidad. Pero aquella declaración tiene por objeto no sólo preparar la acción de paternidad, sino también evitar las ocultaciones de embarazos y partos, aunque el aborto parece ser considerado como un acto normal, que se practica abiertamente (ver sobre el aborto en general, la obra de Asúa antes citada). (1)

Las relaciones entre los padres y los hijos se reglamentan como en el Código de 1918, sin más modificación que esta que se hace en el art. 37: los padres no pueden señalar religión a los hijos, de suerte que éstos no tendrán ninguna hasta que ellos mismos la elijan. Como los padres pueden vivir separados, porque ninguno puede obligar al otro a la vida en común, la condición o el destino de los hijos, se decide por acuerdo entre ellos, y, en su defecto por el Tribunal.

Los efectos económicos de la relación familiar se concretan en la institución de los alimentos, que se deben a las personas que el Código de 1918 señalaba, y, además, a los abuelos y a los nietos. Se extienden también aquellos efectos al derecho sucesorio, tal como se regula en los decretos citados, y sin que sean herederos más que los parientes en la línea recta, los esposos y las personas que carezcan de recursos.

La adopción que en el Código de 1918 fué suprimida, se admite en éste con una orientación diferente del tipo clásico, que ve en el adoptado un futuro heredero y un continuador de la personalidad jurídica. En el Código soviético, de manera diferente, el fin principal de la adopción consiste en favorecer la educación de los menores, por esto se pone un límite a la edad del adoptado, y por ese principio pedagógico que la inspira no puede ser adoptante el que haya sido removido del cargo de tutor o no sea capaz de serlo por motivos de moralidad. Se trata, en fin, de una adopción de los menores, y se trata de considerar a la adopción principalmente como institución social, poniéndose al margen de la toda ficción, de imitación de la naturaleza, que es lo que caracteriza al Derecho clásico.

Las leyes italianas de 18 de julio de 1917 y 31 de julio de 1919, se inspiraron en los mismos principios, al regular la tutela y adopción de los huérfanos de la guerra (Gioffredi. La adopción como función social).

(1) También, El proyecto de Código penal chileno en Rev. de leg. y jur. Julio de 1930, por E. Cuello Calón.



C) **Tutela y Curatela** (arts. 68 al 110): No hay diferencia fundamental entre este Código y el de 1918 sobre estas instituciones. El contenido de la tutela se amplía con merma del de la curatela; pero en general el Derecho es el mismo con muy ligeras variantes. Las tutelas previstas son las de los menores, la de los incapaces de espíritu, y también pueden ser puestos en tutela los patrimonios abandonados de las personas fallecidas o ausentes (art. 66). Los menores están en tutela hasta los catorce años y desde este momento quedan sometidos a la curatela, siendo esta la institución para la protección de los locos y disminuídos mentales que pasen de aquella edad.

Toda la actuación de los tutores y curadores queda sometida a la vigilancia de los órganos del Estado que les nombraron. En los capítulos siguientes (II, III y IV del título, arts. 89 al 110) se reglamentan las obligaciones de los tutores y curadores, así como sus derechos, el procedimiento de los negocios concernientes a la tutela y curatela, y el examen de los locos y débiles de espíritu, con el fin de evitar todos los posibles atentados a la libertad de éstos.

D) **Registro de actos de Estado civil** (arts. 111 al 143): Sobre este punto se mantiene la organización del Código de 1918, ocupándose de la manera de hacer las inscripciones de nacimientos, defunciones, matrimonios y divorcios, punto este que sirve para señalar algunas reglas de Derecho internacional privado (arts. 136, 137 y 141). El capítulo final se dedica a las demás inscripciones (cambios de nombres, adopciones, etc., etc.) Las inscripciones son gratuitas. Como órganos del Registro civil en el extranjero se designa a los diplomáticos.

Tal es, prescindiendo, de detalles a los que no creo deba otorgarse especial atención, el contenido de este Código de 1926 que, con su precedente y los demás rusos, representan la experiencia legislativa que más preocupación ha causado al mundo entero.

IV

UNAS NOTAS CRÍTICAS Y UNA REFERENCIA A ESPAÑA

La extinción legal de la familia y del matrimonio: Como se ha visto lo que caracteriza al Derecho ruso es la extinción legal de la familia y del matrimonio, cumpliendo los principios del comunismo y del anarquismo, que afirman también que, en realidad, «la familia ya no existe, presidiada como está la actual por las más repugnantes pasiones». Si algunos de los preceptos de aquél sirven para conservar en cierto modo tales instituciones, es en contra del verdadero pensamiento del legislador ruso, y por motivos de política. Se está en una época de transición, dice constantemente el preámbulo, y se legisla de una manera dialéctica, para preparar la total implantación del régimen comunista, tras la debida preparación de la sociedad.

La importancia de esta orientación rusa, de esta experiencia legislativa, hállase en su transcendencia para el futuro, en su influencia respecto de los demás países. ¿Subsistirá el Derecho familiar ruso? ¿Influirá en el Derecho de los demás pueblos? Preguntas son éstas de imposible respuesta. Cualquiera que sea el último grado de la evolución jurídica en Rusia, y en el mundo sobre Derecho de familia, lo indudable es que esa condenación del matrimonio y de la familia, esa extinción legal de ambas instituciones, debe ser reprobada rotundamente. Nadie sabe cuál será el Derecho del porvenir, mas, si de lo que se trata es de llevar la justicia a las leyes que regulan las relaciones familiares, no solamente no es necesario acabar con el matrimonio y la familia, sino que es preciso que el matrimonio y la familia existan, tal como en sus bases fundamentales se delinean en las modernas experiencias legislativas distintas de la soviética.

Pretender implantar como sistema matrimonial la unión de un hombre y de una mujer sin sometimiento a la intervención del Estado, sin registro, pretender que la familia no sea la base de la sociedad, sino que el Estado

sustituya totalmente las funciones de aquélla, en un sentido, y en otro, el Estado se abstenga de intervenir en las relaciones familiares, pareceme absolutamente dislocado. Sin embargo, ni sobre ningún concepto del Derecho ruso profeticemos, aunque le ofrezcamos combate. A mí, español del siglo xx, me sugiere ese comentario la línea medular del sistema familiar ruso, pero no dejo de advertir que comentario parecido le hubiera sugerido a un español del siglo xvii la orientación de nuestro Derecho obrero, de nuestro Derecho político, de nuestro Derecho fiscal; todo ese sistema de dilatadas limitaciones de la propiedad, de participaciones de todos en las funciones públicas, de condicionamiento por el Estado de las individuales relaciones del Derecho. Y, sin embargo, ya este Derecho nuestro no se discute, sino que todavía parece poco democrático; ante lo cual yo tengo que imaginar que, acaso, en un momento que no puede precisarse, todo este Derecho ruso que ahora nos parece preñado de inmoralidades, que incluso viene a eliminar la persona individual, absorbida por el Estado, sea calificado como una organización perfecta. ¿A dónde puede llegar una generación educada en medio de tales doctrinas? Las consecuencias son incalculables. Bien lo adivina el legislador ruso al atribuir a sus leyes un carácter dialéctico y a muchas de sus instituciones un significado pedagógico. ¡Nada de familia! Que todos se enteren de que el Estado es mejor vigilante, verdadera providencia. ¡Nada de matrimonio! Pero, para evitar que algunos se inclinen al canónico, se establece ese registrado; para las generaciones posteriores ya se impedirá esa posibilidad mediante la prohibición de toda educación religiosa.

Lo que puede aplaudirse: No se crea por esto que llevo dicho que todo el régimen familiar soviético merece mi reprobación. Cuanto en él se contiene respecto de la condición civil de la mujer, igual a la del hombre, respecto de la investigación de la paternidad, sobre tratamiento de los hijos extramatrimoniales, y otros puntos que tienen por principal objeto la protección de las mujeres y de los hijos, yo lo suscribo con muy escasas reservas. La necesidad de la intervención del Estado en las relaciones familiares está aprobada aún por los tratadistas más rezagados; la transformación de la patria potestad y de la adopción se solicita por todos; la investigación de la paternidad se defiende por todos los maestros del Derecho civil; y sobre la condición de los hijos extramatrimoniales, bastará recordar las orientaciones legislativas recientes, marcando rumbos muy ciertos.

A este respecto el legislador, el Estado, no puede decir a los padres que no tienen ninguna obligación que cumplir con sus hijos habidos fuera de matrimonio. Los prostíbulos y los hospicios están llenos de aquéllos, son semillero de muertes prematuras y de crímenes, por la inhibición del Estado y por la infamia de los padres. ¿Qué principios jurídicos, morales o religiosos, autorizan el abandono de la mujer seducida y del hijo nacido fuera de matrimonio? Yo quisiera que se me presentara un argumento para defender el criterio de nuestra legislación sobre este problema, yo quisiera que se me demostrara que del crimen de los padres, si el amor puede ser crimen, es justo que nazca otro crimen, cual es el abandono del hijo; mas to-

do sin hablarme del principio de la tranquilidad de las familias, porque entonces habría de solicitar yo la derogación del Código penal para tranquilidad de los ladrones y de los asesinos, y a fe que no se sabe quién es más delicente, si el que roba o el que abandona a la mujer que hizo su víctima y al hijo que concibió con ella. ¡La tranquilidad de las familias! Y esto se escribe por varones que presumen de sesudos y de moralistas. Verdaderamente el egoísmo puede ser padre de todos los absurdos.

Una breve referencia a España: Nada más opuesto a los principios feministas que la legislación española. Atácase con denuedo el Derecho soviético, pero no se piensa en reformar nuestro Código civil. A los cuarenta y un años de su vigencia y a pesar de lo que se ordena en la tercera de sus disposiciones adicionales, porque nuestros parlamentos se han encontrado siempre muy atareados con los personalismos, sigue inatacable. ¡Y era viejo cuando nació!

No es cuestión baladí la de solicitar una reforma de sus disposiciones en todos los puntos que el feminismo defiende, ni en sí misma ni en su transcendencia a muy diferentes órdenes, según sería fácil demostrar y en parte queda suficientemente apuntado. No hay un precepto en el que se escriba la palabra mujer que no contenga una limitación. Sometida absolutamente al marido, éste puede disponer de su hacienda y hasta de su honor—menos mal que no de su vida—, como le venga en gana. Nada puede realizar la mujer sin la licencia de su marido, ni siquiera conservar la patria potestad sobre sus hijos, en caso de segundas nupcias. Y en cuanto a los hijos extramatrimoniales, condenación y condenación. La cita de los preceptos de nuestro Código civil, contrastada con la realidad, nos conduciría a las más enérgicas frases. Sin duda alguna, nos encontramos ante un régimen de masculinidad abominable. (1)

La autoridad marital y el Derecho público: Este problema de la autoridad marital influye notablemente en algunos apartados del Derecho público; así nos lo ha dado a entender nuestro legislador. En 5 de enero de 1924 doña María del Carmen López Bonilla, dirigió una instancia al Presidente del Directorio Militar, exponiendo que, admitida al ejercicio de la abogacía, de acuerdo con los estatutos del Colegio de Abogados de Madrid, debidamente aprobados por el Gobierno, lo mismo podía ser admitida a oposiciones, para, previa aprobación, desempeñar cualquiera de los cargos que requiere el título de abogado. Esta instancia fué resuelta por R. Orden de 24 de abril de 1924 negativamente, alegándose como fundamento de la resolución que, además del estado de las costumbres españolas, la existencia de la autoridad marital, y, por tanto, la imposibilidad de obligarse la mujer sin licencia de su marido, impedía acceder a lo solicitado. Respecto de las mujeres solteras, se dice en esa R. O., que no habría inconveniente

(1) Sobre investigación de la paternidad, S. 25 de febrero 1927.

en resolver de modo favorable, de no oponerse el estado de las costumbres españolas.

Recientemente se ha dirigido otra instancia que firman, creo recordar bien, los señores Clemente de Diego, Ossorio y Gallardo, Sánchez Román y otros, con semejante contenido. Al momento en que esto se escribe aún no ha sido resuelta. Yo no tengo que decir sino que suscribo el criterio de estos ilustres jurisconsultos.

La ley argentina antes citada resuelve el problema de modo opuesto a como se ha resuelto en España, como consecuencia de haberse suprimido la autoridad marital, que así es como trasciende el Derecho público, impidiendo que la mujer pueda tomar parte en algunas funciones del Estado, de las que no hay razón alguna para alejarlas. Nuestras Universidades están expidiendo títulos a favor de gran número de mujeres, como acontece en los demás países. Y, ¿por qué el estado de las costumbres en España ha de permitir que una mujer sea archivero, médico o abogado, etc., y no notario, registrador, etc.?

El Derecho ruso sobre este punto, consecuente en sus principios feministas, autoriza a la mujer para desempeñar todos los cargos públicos, y, desde luego, también todos los derivados de la condición de juristas. Señaladamente puedo decir (Hidalgo El Notariado en Rusia. Madrid 1929) que está recibida en la función notarial, existiendo solamente en Moscú siete mujeres al frente de la correspondiente oficina. Véase otro aspecto del Derecho ruso que no es condenable, sino que coincide con el pensamiento de muchas legislaciones, y está suscrito por juristas españoles, de quienes no hay noticia de que hayan aplaudido el movimiento soviético.

Ultima acotación: Confiemos en verlo implantado pronto en España, como también debemos confiar en que otros puntos de esa legislación, registrados de otros Códigos y que deben considerarse como verdaderos aciertos, sean igualmente incorporados a la legislación española. No se hable del Derecho de éste o de aquél país, sino del Derecho justo, cualquiera que sea su nacionalidad. Ya se averiguará con el tiempo en qué para la evolución jurídica en Rusia y en el mundo entero. Con las ideas jurídicas de un momento determinado no pueden juzgarse, ni las legislaciones pretéritas, ni las que preparan el porvenir o intentan prepararlo. Ni aplaudo ni combato más que como hombre que tiene que pensar conforme a su siglo, pero por haber nacido en este siglo se ha de tener el espíritu abierto a toda innovación y no negar ninguna posibilidad jurídica. La esclavitud fué una institución conforme a la naturaleza, en el pensamiento de los hombres de una dilatada época. ¿Cómo precidir el rumbo que llevarán los conceptos jurídicos? Con el tiempo puede que la humanidad se asuste de la barbarie de nuestro Derecho, de este Derecho que ahora se considera por muchos, como perfecta expresión de lo justo, al igual que sus antepasados disputaron justísimo el de su época.

Sin embargo, yo no puedo negar que exista un Derecho ideal, un ideal de justicia. El problema está en dar con él, en hallar la fórmula. A los legisladores se les presenta en todos los momentos una esfinge interrogante,

como la aposentada en el camino de Tebas, ante la que todos los caminantes habían de resolver un enigma que aquella les ofrecía, siendo despeñado el incapaz de hacerlo. Cada momento histórico tiene su esfinge; el pueblo que no sepa resolver sus enigmas, bajo unas formas u otras, pero certeramente, queda amenazado de despeñamiento.

LA EXCEPCION

‘‘PLURIUM CONCUBENTIUM’’

De los múltiples problemas que entraña el Derecho de familia, la parte del Derecho civil que afecta más a la generalidad de las personas, la en que las clases proletarias tienen una mayor participación (1), uno de los más destacados, preñado de muchos más, es el relativo a la filiación o relación de parentesco entre la prole y sus progenitores, como dice Valverde (2), con todas sus derivaciones jurídicas y en sus diversas categorías, aunque la más grande masa de relaciones, ya personales, ya patrimoniales, corresponden en la familia al estado de hijo legítimo.

Esta filiación, escribe Ruggiero (3) está determinada por la concurrencia de tres circunstancias: matrimonio, paternidad y maternidad. La falta de cualquiera de estos tres requisitos nos conduce a la ilegitimidad o a la posibilidad de declararla mediante las acciones de desconocimiento o de negación del estado de hijo legítimo. Más detalladamente, aunque sin añadir ninguna idea fundamental, Stolfi (4), señala como caracteres de la filiación legítima: a) el matrimonio de los padres; b) haber nacido de la mujer que se tiene por madre; c) y de hombre que se tiene por padre, que debe ser marido de aquélla; d) ser concebido durante el matrimonio, y e) identidad entre el nacido y aquél cuyo estado es objeto de controversia.

Las acciones de estado civil: Los medios de prueba de la concurrencia de estas circunstancias de la legitimidad están señalados en los Códigos muy en armonía con los sistemas generales probatorios (documentos, posesión constante de estado, testigos) entre los que, con un especial relieve y siendo causa de las mayores dificultades en la materia, figura la presunción, dispensando en ocasiones de prueba a los favorecidos por ella, pero siempre atacable mediante el ejercicio de las acciones llamadas de estado civil (5).

Estas acciones pueden agruparse del siguiente modo: A) acciones de reclamación de estado o de legitimidad, que competen al hijo contra los

(1) Menger: *El Derecho civil y los pobres*, Madrid, 1898.

(2) *Derecho civil*, t. IV, Valladolid, 1913, pág. 406.

(3) *Diritto civile*, vol. II, Messina, 1926, pág. 630.

(4) *Diritto civile*, vol. V, Torino, 1921, pág. 446. El mismo sistema en Cobián, *Enc. jur. esp.*, t. XVII, pág. 800.

(5) *Matrimonio*: arts. 53 al 55; legitimidad, arts. 115 al 118 y 127; presunciones, artículos 1.250 y 1.251, todos de nuestro Código civil.

padres para su declaración de hijo de determinados cónyuges, y B) acciones de impugnación de estado, que competen a los padres, a sus herederos y a los terceros interesados y se dirigen contra el hijo. Estas segundas comprenden las siguientes categorías: a) de negación o desconocimiento de la paternidad, que tiende a destruir la presunción *pater is est quem nuptiae demonstrant* en todos los casos en que el hijo ha sido concebido antes de la celebración del matrimonio, o pasado un cierto plazo desde su disolución o de la separación de los cónyuges; b) de negación de la maternidad, que se ejercita contra el hijo cuyo estado de legitimidad resulta del hecho del nacimiento o de la posesión constante de estado, poniéndose en tela de juicio la maternidad y la identidad del hijo; y c) de impugnación de la legitimidad, que tiende, por objeto, reclamar contra el estado en los casos en que el matrimonio de los padres no se hubiera celebrado o fuera nulo, o bien, tiende a comprobar si el hijo nacido después de la disolución del matrimonio o de la separación de los cónyuges, es el primer parto de la mujer desde la separación o disolución (1).

Las presunciones de legitimidad: La primera de las acciones del segundo grupo, o sea la de negación de paternidad, tiende concretamente en nuestro Derecho a atacar las presunciones que, como derivación del principio romano antes mencionado, establecen los artículos 108 y 110 de nuestro Código civil, reputando hijos legítimos los nacidos después de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio y antes de los trescientos que sigan a su disolución o a la separación de los cónyuges sin que contra esta presunción se admita otra prueba que la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en los primeros veinte días de los trescientos que hubieren precedido al nacimiento del hijo; y presumiéndose también legítimos a los nacidos dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, si el embarazo fué conocido por el marido, o reconoció como suyo al hijo, o consintió, estando presente, que se le pusiera su apellido en la partida de nacimiento.

El Código francés (2) se produce de modo muy semejante, aunque respecto de la excepción de adulterio, de que luego se ha de hablar, implanta un criterio distinto. El alemán (3) sigue un sistema de presunciones completamente diferente, diciendo en el art. 1.591 lo siguiente: «El hijo nacido después de la celebración del matrimonio, es legítimo cuando la madre lo ha concebido antes o después de aquél y el marido ha cohabitado con aquella durante el período de la concepción. El hijo es ilegítimo, cuando es manifiestamente imposible, según las circunstancias, que haya sido concebido por actos del marido. Este se presume que ha cohabitado con la mujer durante la época del matrimonio». El Código suizo (4) sigue un criterio análogo, sin más diferencia que señalar momentos distintos.

(1) Ruggiero y Stolfi en los lugares citados. Cicu. La filiación, Madrid. 1950.

(2) Arts. 312 a 318.

(3) Arts. 1.591 a 1.600.

(4) Arts. 252 a 257.

La legitimidad y el adulterio: Todas estas presunciones que nuestro Derecho establece pueden ser objeto de impugnación por el ejercicio de las acciones antes señaladas y que se registran en la misma parte del Código civil en que aquellas se formulan. De la enumeración hecha voy a destacar ahora la consignada en el art. 109 reputando legítimo al hijo «aunque la madre hubiera declarado contra su legitimidad o hubiese sido condenada como adúltera». En este precepto se hace una primera oposición a la *exceptio plurium concubentium vel constupratorum*, objeto de este estudio y que, como luego se verá, tiene una más amplia esfera en las relaciones de ilegitimidad.

El fundamento de la presunción citada lo encuentra Manresa (1) en la necesidad de dar garantías a favor de los hijos, «cuyo estado no puede quedar a merced de las pasiones de los padres», y en apoyo de su opinión cita la ley de Partidas (9.^a del tít. XIV, pág. 3.^a) en la que se dice que a veces las mujeres por despecho de sus maridos afirman que los hijos no son de ellos. En el mismo comentario Manresa alude a la doctrina sobre la dificultad de probar el momento de la concepción, lo que viene a reputar como razón suprema del precepto analizado, dificultad que ha producido una tan amplia literatura.

La opinión de Manresa, coincidente con la de la generalidad de los tratadistas sobre la cuestión, pudiera suscribirse, pero es la verdad que tal doctrina invocando el interés de los hijos, así en este punto como cuando se estudia el divorcio o los efectos de los matrimonios putativos, la investigación de la paternidad o las modernas direcciones sobre patria potestad y tutela, se armoniza muy poco con el olvido que de ese interés se hace al discurrir sobre otras instituciones de Derecho de familia, como la situación jurídica de los hijos extramatrimoniales, lo que demuestra cómo en realidad se trata muchas veces más que de sostener el criterio justo, de sostener un criterio que se razona a *posteriori*.

El Derecho extranjero sobre el punto objeto de este apartado se produce del siguiente modo: El Código francés (2) contiene igual precepto sobre la materia que el español, pero añadiendo a la presunción la excepción de haberse ocultado el nacimiento del hijo, caso en el que podrá el marido proponer toda clase de pruebas para justificar que no es el padre, habiendo llegado la jurisprudencia a ampliar el sistema admitiendo como causa determinante de la acción la ocultación del embarazo (3), aunque el Código no habla más que de ocultación de nacimiento.

En el Código italiano (4) se hace semejante declaración a la consignada, aclarando el problema procesal con la disposición de que el marido «en el mismo juicio» en que hace su reclamación puede acreditar con toda clase de pruebas, así el hecho del adulterio y de la ocultación, como todos los motivos que tiendan a excluir la paternidad. Estas normas tienen que reputarse mucho más perfectas que las del Código civil español.

(1) Comentarios al Código civil, t. I, pág. 482.

(2) Art. 513.

(3) Dijón, 17 de Mayo de 1870, París; 4 de Febrero de 1876, etc.

(4) Arts. 165 al 168.

Matrimonio prematuro de la viuda: Como caso bien especial de *plurium concubentium* debe registrarse el matrimonio de la viuda antes de que expire el plazo que los Códigos civiles en general exigen, después de la disolución del matrimonio anterior, por muerte del marido. ¿Cómo resolver el problema de la paternidad? La imposibilidad de determinar el momento de la concepción produce que la cuestión no tenga solución sobre bases científicas. Manresa (1) distingue dos casos: *a*) que el hijo nazca antes de los ciento ochenta días siguientes al segundo matrimonio, y *b*) que nazca después, pero antes de los trescientos de la disolución del primero, llegando a la conclusión de que en el caso *a*) no puede el segundo marido reconocer al hijo, convirtiéndole en legítimos uyo, y mostrándose partidario de que en el caso *b*) los Tribunales decidan concretamente, admitiendo la inspección médica, la paternidad.

El Código civil alemán resuelve la cuestión en su art. 1.600 disponiendo que «el hijo nacido de una mujer casada en segundas nupcias, y que, conforme a las disposiciones de los arts. 1.591 a 1.599, pudiera ser lo mismo de su primer marido que del segundo, se reputa hijo del primero si ha nacido en los doscientos setenta días siguientes a la disolución del primer matrimonio y del segundo marido si nace después.»

No parece este criterio expresión del más comúnmente aceptado. Por el contrario, los autores consultados y las referencias que a otros nos hacen se inclinan a que en cada caso se resuelva, según las circunstancias propias del mismo (2). En esta orientación tenemos que encontrar todavía menos justificado el precepto del art. 109 de nuestro Código civil, sobre intranscendencia del adulterio a la legitimidad, entretanto no se adicione como en los Códigos francés e italiano.

Sobre este problema concreto de este enunciado que, obvio es decirlo, se ha de referir también a la mujer divorciada en los países en que el divorcio es vincular, el artículo 228 del Código francés ha sido fundamentalmente modificado recientemente por la ley de 4 de febrero de 1928. Dicho precepto, en su redacción primitiva, prohibía el nuevo matrimonio de la mujer antes de que hubieran transcurrido diez meses de la disolución del precedente, pero que se sustituyó por el trescientos días por la ley de 9 de agosto de 1919, lo que nada variaba la esencia del criterio. Lo que sí constituyó ya una reforma importante, fué la adición de otro párrafo al artículo dicho, por la ley de 9 de diciembre de 1922, cuyo párrafo dice: «este período expira en caso de parto sobrevenido después de la muerte del marido». En esta tendencia, la ley primeramente citada autoriza a la mujer, cuyo matrimonio ha sido disuelto a obtener la reducción del plazo de trescientos días que como regla general se exige, cuando parezca evidente que el marido no ha podido cohabitar con su mujer durante los trescientos días anteriores a la disolución del matrimonio.

Bien se advierte que nada de esto, sin embargo, supone resolver los problemas de paternidad, sino prevenirlos, determinando con la autoriza-

(1) Lug. cit., pág. 489.

(2) Alguna legislación en los casos del texto, admite la prueba de la semejanza del nacido con los padres.

ción dicha, la naturaleza y origen de la prole del nuevo matrimonio o habida después de la celebración del nuevo matrimonio. Aunque tengan por objeto fines completamente diferentes, ese instituto de la autorización francesa dicha, no deja de presentar ciertas analogías con la serie de medidas que deben adoptarse cuando la viuda queda encinta, según nuestro Código civil, con todos sus remotos antecedentes.

En Rusia: En el Derecho de familia soviético (1) de tipo radicalmente distinto que el de los demás países, los problemas de la legitimidad e ilegitimidad no tienen transcendencia alguna, por no establecerse diferencia entre la filiación matrimonial y la extramatrimonial (2). Padres son reputados en el Código de 1918 (3) las personas que figuran inscritas como tales en el registro de nacimientos. El mismo sistema sigue el Código de 1926, pero como consecuencia de la abolición del matrimonio que éste hace, ya que la misma eficacia tiene el registrado que el no registrado (4) y por el ámbito de la investigación de la paternidad y de la maternidad, puede asegurarse que, como dice Champcommunal (5), la expresión *pater is est quem nuptiae demonstrant*, ha sido substituída por esta otra: *pater is est quem iudices demonstrant*.

La excepción «*plurium concubentium*»: En los casos antes señalados—matrimonio prematuro de la viuda o divorciada y adulterio probado—la acción negativa de paternidad constituye, sin duda, una excepción *plurium concubentium vel constupratorum*. Sin embargo, donde ésta ocupa un mayor espacio y tiene un más amplio y propio desarrollo es en la esfera de la filiación ilegítima o extramatrimonial. Es decir, que hasta aquí nos hemos colocado, y no más que a título de aportar antecedentes, con el riesgo de hacer un demasiado superficial estudio, desde el punto de vista de la familia matrimonial, probado el primer requisito que señalábamos a la filiación legítima, o sea el hecho del matrimonio. Ahora nos vamos a referir a la familia extramatrimonial, bien entendido que al aludir al Derecho ruso, por la razón antes apuntada, es indiferente la existencia de matrimonio anterior al nacimiento de los hijos.

Un concepto general: La excepción *plurium concubentium o constupratorum* es un medio de oposición a cualquiera de las acciones con que se intente actuar en el proceso a la ley sustantiva para el reconocimiento de los hijos y todas las derivaciones de este reconocimiento, pero singular-

(1) Códigos de septiembre de 1918 y noviembre de 1926.

(2) Art. 133.

(3) Art. 134.

(4) Artículos 1 al 6.

(5) *Le Droit des personnes au pays des soviets*, París 1927.

mente la obligación de alimentar, y que tiene por fundamento la dualidad o pluralidad de varones que hayan yacido con la madre. Según los casos, comprende las excepciones de honestidad y de infidelidad, alcanzando a todas las consecuencias de la posibilidad de reconocimiento, entre las que como más capital figura el derecho del reconocido sobre el patrimonio del obligado a reconocerlo (1).

Los hijos extramatrimoniales: Ni siquiera he de intentar un resumen de la doctrina de los hijos extramatrimoniales ante el Derecho (2). Confío en que muchos de los conceptos que ahora se consideran atrevidos e insostenibles, pasados algunos años se han de considerar verdaderos prejuicios. Lo indudable es que las legislaciones evolucionan notablemente al respecto de la consideración de estos hijos ante el Derecho. Véase cómo en el Código alemán, art. 1.705, se afirma que el hijo natural respecto de la madre y de los parientes de la madre, tiene la condición de hijo legítimo; como la Constitución alemana de 11 de Agosto de 1919 escribe en su art. 121; «la legislación debe procurar a los hijos naturales para su desenvolvimiento físico, intelectual y social, las mismas condiciones que a los hijos legítimos». Del Código suizo (art. 461) puede decirse otro tanto, y en el reciente Código civil mejicano de 30 de Agosto de 1928, siguiendo la orientación ya marcada por la ley de 12 de Abril de 1917, se iguala absolutamente la familia matrimonial y la extramatrimonial, concediéndose los mismos derechos a unos hijos que a otros. En España mismo recientes disposiciones vienen a corregir el criterio del Código civil, abriendo nuevas rutas, eliminando concepciones que se consideraban dogmáticas, y que deben considerarse como preparación de una amplia reforma sobre este punto (3).

El reconocimiento forzoso: La tendencia presente es absolutamente propicia a la investigación de la paternidad que nuestro Código, cumpliendo con lo dispuesto en la base 5.^a prohíbe, al mismo tiempo que declara libre la investigación de la maternidad. Los Códigos alemán y suizo representan (arts. 1.705 al 1.718 y 302 a 322, respectivamente) una prueba de aquella afirmación; el art. 340 del Código de Napoleón ha sido radicalmente modificado por la ley de 16 de Noviembre de 1912, y en Bélgica también se inauguró un sistema permisivo por la de 6 de Abril de 1908. Los Códigos rusos de 1918 1926 (arts. 139 a 144 del primero y 28 al 32 del segundo) llevan el principio al máximo extremo, imponiendo a la mujer soltera que haga una declaración tres meses antes del parto ante el órgano

(1) Pillet, *El derecho de alimentos y la excepción «plurium concubentium»*, Magdeburgo, 1900. Cicu. La filiación. Madrid 1950.

(2) Sánchez Román, Manresa, Valverde, De Diego, Castán, Planiol, Colin, etc. en sus *Tratados generales*.

(3) Como el Real decreto de 22 de Marzo actual sobre Seguro de Maternidad.

registral, señalando el momento de la concepción y el nombre y domicilio del padre.

En nuestro Código civil (arts. 135 y 136) se sigue el sistema antes apuntado de admitir libremente la investigación de la maternidad, y prohibir la de la paternidad, salvo la posesión de estado, la existencia de documento en que se haga el reconocimiento, y el delito, según el Código penal.

La investigación de la paternidad constituye un principio inatacable. Sánchez Román (1), contestando al argumento en que se invocan los principios morales en favor del sistema prohibitivo, dice: «Y qué moral puede ser esa sino una convencional y arbitraria que sólo se preocupa de favorecer la ocultación y la impunidad respecto del hombre..., mientras que la negación del derecho a promover la declaración judicial de paternidad y el abandono de la mujer por el hombre, a quien la ley facilita que se desentienda de todas las consecuencias jurídicas que le son imputables, puede llevar a la mujer seducida a todos los extremos, incluso a la prostitución.» Y más adelante: «¿Quién podrá pretender el dictado de moral para el hombre que niega la paternidad a la prole por él engendrada y se ampara en dificultades de uno u otro orden para sustraerse de sus deberes de asistencia?...», y al final: «mientras que lo segundo (la prohibición) es una verdadera inmoralidad y una vulneración del Derecho y de la justicia naturales, sancionada por una ley positiva, producto de injustificados prejuicios.»

Cuando tan bellamente se ha dicho esto que la prohibición de la investigación de la paternidad representa, no hay sino recogerlo. La abundante bibliografía conocida sobre la materia, no nos enseña más que ese párrafo de Sánchez Román.

¿Meretrici nom item?: Pero ¿y en el caso de que la mujer haya cohabitado durante el período de la concepción con varios hombres? ¿Se admitirá también la investigación de la paternidad?

Como siempre, prefiero acudir a los criterios legislativos que, a mi parecer, tienen más fuerza dialéctica, en cuanto representan grandes estados de opinión, y de opinión progresiva, que las opiniones aisladas de los autores. El Código alemán dice en su art. 1.717: «Se presume padre del hijo natural, en el sentido de los artículos 1.708 a 1.716, el que haya cohabitado con la madre en el período de la concepción, a no ser que otro haya cohabitado con ella en el mismo tiempo. La cohabitación, no obstante, no se tomará en consideración cuando, según las circunstancias, es manifiestamente imposible que la madre haya concebido por actos del que ha cohabitado con ella. Se reputa tiempo de la concepción el transcurrido desde los ciento ochenta y un días a los trescientos dos anteriores al nacimiento del hijo, ambos inclusive.» «El que reconoce su paternidad, dice el artículo 1.718, después del nacimiento del hijo en un documento público, no puede excepcionar posteriormente que la madre haya cohabitado con otro durante el período de la concepción.»

El criterio del Código suizo es muy distinto. «La acción de paternidad,

(1) *Derecho civil*, t. V, vol. II, pág. 995.

dice el art. 315, será rechazada cuando la madre observe mala conducta durante la época de la concepción.» «Estando casada la mujer, dice el artículo 316, en la época de la concepción, una acción de paternidad no puede ser intentada más que después de haber sido declarada la filiación ilegítima por el Juez.»

La obligación de alimentar: Todas las consecuencias del reconocimiento, como las de la legitimidad, se resumen en las relaciones personales y patrimoniales entre los padres y los hijos, ya sean de Derecho de familia (derecho al nombre, función de la patria potestad, alimentos, etcétera), ya penetren en la órbita del derecho sucesorio, pero como una derivación de la relación de parentesco. Aquí nos vamos a referir exclusivamente a la deuda alimenticia en relación con la excepción objeto del estudio.

Menger (1), combatiendo esta excepción al criticar el proyecto de Código civil alemán, analiza el contenido de la ley prusiana de 24 de abril de 1854, antecedente de aquél en la materia del tema. Con referencia a aquél, y estos párrafos que voy a transcribir, creo que resumen su pensamiento; dice: «Cosa extraña, la excepción de infidelidad sirve, según el proyecto, sólo para la comunidad sexual extramatrimonial, no para el matrimonio legítimo» (2). «Nuestros Códigos penales no tienen escrúpulo en poner graves penas en casos semejantes; verbigracia, si en una riña o agresión ocurriese por culpa de uno o varios, la muerte de un inviduo, el Código penal alemán dispone que todos los que hayan tomado parte en la riña o agresión sean castigados, por el mero hecho de la codelinuencia» (3). «Pero aún hay más. Los mismos redactores del Proyecto andan también muy lejos de ser consecuentes. Cuando varios individuos obrando en común, ya como instigadores, ya como autores, ya como cómplices, han causado un daño, el proyecto decide (714) (4) que sean solidariamente responsables» (5).

En general, Menger no ve en todo esto sino un olvido de los intereses de las clases pobres. «La ley, dice (6), exige de la joven inculta y perteneciente a las clases desheredadas, expuesta a todo género de seducciones, la misma moralidad que se puede en Derecho pretender de la joven custodiada y que vive en el lujo, perteneciente a las clases altas de la sociedad, y precisamente para ahorrar al hombre rico el ejercicio de la cantidad mínima de moralidad y humanidad.»

La solución soviética: Sin duda Menger suscribiría el articulado del Código ruso sobre esta materia, como sobre otras muchas. Como antes

(1) Obra citada, páginas 193 y siguientes.

(2) *Idem*, pág. 205.

(3) *Idem*, pág. 208. Ver en nuestro Código penal, arts. 516 y 821.

(4) *Código vigente alemán*, art. 840.

(5) *Idem*, pág. 209.

(6) *Idem*, pág. 198.

se ha consignado, la investigación de la paternidad se admite libremente en los Códigos de familia rusos de 1928 y 1926, como se admitió en toda Europa antes de la revolución francesa.

En el primero de estos Cuerpos legales (1) se establece que si el Tribunal durante el examen de esta cuestión de paternidad ha llegado a determinar que la persona señalada como padre en el Registro, según la declaración hecha de la embarazada, ha tenido comercio carnal con ella, pero al mismo tiempo que otros individuos, éstos serán traídos a la causa como defensores, pudiendo imponer a todos la obligación de participar en los gastos que ocasione el embarazo, el parto, el nacimiento y la alimentación del hijo. Se implanta, pues, el criterio que Menger había defendido cerca de treinta años antes, pero también, justo es decirlo, el de la jurisprudencia francesa anterior a la revolución, que en ocasiones repetidas había admitido solución análoga (2).

El Código de 1926 (3), también en contra de la excepción *plurium concubentium*, sigue una ruta diferente disponiendo que en el caso antes aludido, el Tribunal señalará entre todos los que hayan cohabitado con la madre durante la época de la concepción, quién es el padre del nacido, para imponerle, como consecuencia de esta declaración, la obligación de abonar todos los gastos dichos.

Ambos criterios, en la legislación civil soviética, son resultado de la concepción de la familia y de la lucha del comunismo contra el matrimonio, institución que se pretende derribar absolutamente, haciéndola desaparecer de las leyes y de la sociedad, por el camino de conceder plenos efectos jurídicos a las uniones no registradas, orientación que en el Derecho moderno no tiene semejanza, y esto tan sólo en un aspecto, más que en el Código mejicano de 1928, reconociendo efectos jurídicos al concubinato y en favor de la concubina (4).

Cualquiera de las soluciones dadas al problema por el legislador ruso, deben considerarse como una derivación de las doctrinas que vienen inspirando toda su voluminosa obra legislativa. Pero ¿cuál de ambos criterios es más defendible? Sin duda, si se parte del principio de que debe correr a cargo del dañador el resultado del daño, no puede negarse la necesidad de hallar un sujeto responsable. ¿Es que la doctrina de Menger antes recogida, con cita de tantos criterios analógicos, no puede suscribirse? ¿Es que el estado de la ciencia no permite la determinación concreta entre varias personas, según el más reciente sistema ruso, quién es el padre del nacido? Optar por uno u otro sistema es verdaderamente elección difícil, pero yo no me atrevo a elaborar otro, ni puedo defender la impunidad.

Final: La excepción *plurium concubentium* seguirá siendo objeto de todos los comentarios y apreciaciones críticas. Se impugnará o segui-

(1) Art. 144.

(2) Decreto de 25 de Febrero de 1861 (Guyot).

(3) Art. 32.

(4) Arts. 1.368 y 1.635.

rá admitiéndose por la generalidad de las legislaciones, mas día llegará en que como la existencia de estos problemas actualmente no se estimará sino como muestra de la abundancia de prejuicios que presiden nuestros órdenes moral y jurídico. No el derecho de clase ruso, pero tampoco el derecho mucho más de clase del resto del mundo. Sobre los problemas del tema, tan sumariamente estudiado, los juristas que invocan el interés de los hijos para atacar el divorcio, para defender los efectos en los matrimonios putativos, para afirmar modernas orientaciones en la patria potestad y en la tutela, debieran meditar una solución que procurara que los hijos habidos en *plurium concubentium* obtengan una cabal protección jurídica cuando aquélla es extramatrimonial, pues el Derecho vigente protege, y no hay razón para la diferencia, a los hijos habidos de mujer viuda o divorciada que se casa prematuramente. Si de la tranquilidad de las familias se trata, si del principio del orden, si de la «buena» moral, si de evitar los escándalos de las «paternidades bien buscadas», seguiremos pensando en que no se pretende más que un derecho de clase, semillero de egoísmos y concupiscencias, asiento de la más repugnante de las impunidades.

**El programa del Comité femenino
de mejoras sociales de Barcelona**

El programa del Comité femenino

de mujeres sociales de Barcelona

I

El «Comité femenino de mejoras sociales», de Barcelona, que preside doña Julia Marimón de Borrás, ha tenido la amabilidad y benevolencia de comunicarme, por medio de su secretaria doña Antonia Ferreras, la satisfacción con que se ha leído en aquella entidad lo recientemente publicado por mí en este periódico (1) propugnando la mejora de la condición jurídica de la mujer española. Al mismo tiempo se me pide una divulgación de su programa, porque estiman conveniente que desde todos los puntos de España se secunde su actuación. Accedo con mucho gusto al requerimiento, y cumpliendo el encargo, voy a hacer unas esquemáticas acotaciones al programa del Centro barcelonés.

La cuestión del día. El obstáculo: Verdaderamente, el problema tiene un elevado interés; el feminismo fué y sigue siendo «la cuestión del día, como dice Posada. Si la voz proletariado ha venido a significar oprimido, ningún proletariado más merecedor de atención que el de las mujeres, porque está integrado por las de todas las clases sociales, no concibiéndose cómo ha podido hablarse de un feminismo burgués y de un feminismo obrero, ya que, como dice Bebel, «la mujer y el trabajador tienen de común que son seres oprimidos desde tiempo inmemorial».

Es el feminismo la cuestión del día, una de las cuestiones del día, pero en España tiene un proselitismo incipiente. El mayor obstáculo para el triunfo del feminismo en España, su mayor enemigo, es la mujer misma. La general incultura de la mujer española, cuya posible capacitación nadie niega, es la causa determinante de que la cuestión femenina apenas dé leves muestras de existencia. Hablar a todas esas jovencitas que consultan emocionadas las páginas grafológicas, los consultorios de las femeninas, los anuncios de los centros de belleza, para luego inundar, seductoras, fuentes de voluptuosidad, los paseos, los bailes, de que la condición jurídica, política y social de la mujer española representa un rezagamiento formidable en los derroteros del mundo, es averiguar que el problema femenino se desconoce en España absolutamente por las personas a quienes

(1) «El Norte de Castilla», de Valladolid.

afecta. Lo importante es recibir el homenaje diario a su belleza, y, por último, sacrificar esa pleitesía de todos, casándose con el mejor postor, para dar satisfacción a una vanidad muy disculpable y al instinto de maternidad. Luego se conocen todas las consecuencias del principio «la mujer de su casa y el hombre del casino»; luego se aprende que el marido puede con impunidad arruinar a la mujer, que ésta no puede disponer ni de los bienes aportados al matrimonio ni de los que posteriormente adquiriera con su trabajo o a título lucrativo; luego se averigua, en resumen, que es verdad eso que se dice de la esclavitud femenina. Y si a las mujeres no interesa el problema, si ven con absoluta indiferencia la reforma de la legislación en lo que a ella respecta, considerando demasiado viril, masculino, ocupar un puesto en el debate, lo cabal, si no fuera demasiado egoísta, sería decirles: señora, señorita: acaso tenga usted razón; por ahora, yo la recomiendo ese «jugo de rosas» para los labios, aquel «humo de sándalo» para los ojos; después, cuando sufra las consecuencias que el feminismo combate, yo la recomendaré resignación, mucha resignación.

Lo que se pide en Barcelona: Este centro femenino de Barcelona concreta su programa en la reforma de algunos preceptos del Código civil. Sus conclusiones son: 1.^a, conservación de la patria potestad sobre los hijos menores de edad, en el caso de contraer segundas nupcias; 2.^a, Igualdad del hombre y la mujer en las causas de divorcio; 3.^a, que los hijos menores de edad quedan en poder de la madre, en caso de divorcio, salvo que ésta observe mala conducta; 4.^a, capacidad de la mujer para contratar sin licencia de su marido, como para administrar y disponer de sus bienes, aportados al matrimonio o adquiridos por el producto de su trabajo, sin previa autorización marital; 5.^a, facultad de la mujer para ser testigo, tutora, vocal del consejo de familia, albacea; 6.^a, reconocimiento a favor de la viuda sometida al régimen foral catalán, sea o no pobre, del usufructo de una parte de la herencia, en cantidad igual a la que corresponda a los demás herederos, si aquélla se divide en partes iguales; 7.^a, afirmación del derecho de esa viuda, en caso de ser pobre, para enajenar esos bienes, con el fin de atender a su curación.

El programa no puede ser más moderado. En realidad, es un capítulo de programa feminista, puesto que no se refiere más que a la condición civil de la mujer; pero, además, constituye un capítulo incompleto. No es muy seguro, por otra parte, que en lo que se refiere a las conclusiones 6.^a y 7.^a se puedan presentar los principios de modo tan impreciso. La pregunta sobre si rige el derecho foral en materia de sucesión abintestato y cuál haya sido la influencia en esta materia de la ley de 18 de Mayo de 1835, ha tenido una contestación negativa bien concreta en la jurisprudencia, pero el Apéndice Aragonés que prescinde de esta teoría, resucita la cuestión. En lo que se refiere a la sucesión testada, los beneficios de año de luto, tenuta y cuarta marital de la viuda pobre están criticados desde hace tiempo. En El Apéndice redactado en 1902 por Romani Frías ya se implantaba un régimen semejante al del Código civil considerando a la mujer catalana como heredera forzosa, con derecho a una cuota legitimaria siempre. En este

punto, sobre el que no he de insistir más por el carácter regional del problema, es mejor la condición de la mujer sometida a los preceptos del Código civil que la de la catalana. En definitiva, lo que en Barcelona se pide sobre este punto es lo que ya en el Código civil está reglamentado.

Las segundas nupcias de la mujer: El precepto a que alude el primer postulado del programa mentado, es el art. 169 del Código civil, que establece que la madre que pasa a segundas nupcias pierde la patria potestad sobre sus hijos menores, a no ser que expresamente en el testamento haya previsto el padre que contrajera nuevo matrimonio y ordenado que la conservase. Si la viuda vuelve a enviudar, recobra la patria potestad, dice el art. 171. Ambos preceptos son consecuencia del art. 154, que encomienda a la madre la patria potestad solamente en defecto del padre.

Las segundas nupcias del hombre no producen este efecto, sino que el padre sigue conservando la patria potestad sobre los hijos no emancipados. La razón de esta diferente concepción jurídica del hombre y de la mujer se apoya en la existencia de la autoridad marital. La «manus» (el vocablo no es grande, aunque exprese técnicamente el poder del marido sobre la mujer en Roma) que el segundo marido tiene sobre la mujer, facilita la subsistencia del precepto. Propiamente, lo que hay que acatar es la autoridad marital. Por esto esta conclusión del centro barcelonés hay que referirla siempre y necesariamente a la 4.^a, en la que se ataca a la autoridad marital, defendiendo la capacidad de la mujer para contratar y disponer de sus bienes, sin licencia del marido.

En 1870: La reforma que ahora se solicita no constituye ninguna novedad en nuestro derecho; estuvo ya vigente en el art. 64 de la ley de Matrimonio civil de 18 de Junio de 1870. He aquí el texto de su exposición de motivos, que firmaba Montero Ríos: «Sea o no cierto que la legislación visigoda otorgase a la madre la potestad sobre sus hijos, es innegable que en aquél Código (el Evangelio) se aspira a una más elevada doctrina de la mujer que la modelada en las leyes romanas... Más que de innovación por lo tanto, la disposición del proyecto bien merece el nombre de último desarrollo de la teoría, que tiene por objeto la emancipación jurídica de la mujer...; teoría cuyo germen fué lanzado al mundo con el Evangelio..., teoría que no rechazará nadie que conozca cuánta ternura, cuánta previsión y cuánta prudencia puede atesorarse en el corazón de una madre, cuya vida se concreta en el bienestar y en el porvenir de sus hijos.»

Fuera de España: Los Códigos extranjeros se orientan de diferente modo. En el italiano (art. 237) la madre que pasa a segundas nupcias debe convocar un consejo de familia, a quien corresponderá resolver sobre la cuestión de que aquélla conserve la patria potestad. El alemán (artículo 1.697) dispone que la madre que pasa a segundas nupcias pierde la patria

potestad; pero conserva, no obstante, bajo las restricciones prescriptas en el art. 1.696, el derecho y el deber de tomar bajo su cuidado la «persona» del hijo. El francés (art. 395, según reforma de la ley de 20 de Agosto de 1917) establece un principio análogo al del italiano. El desarrollo de estos preceptos exigiría un examen detenido de todo el sistema familiar de cada cuerpo legal, labor inadecuada para este sitio. Aunque sea peligrosa la cita escueta del precepto, sobre todo en lo que respecta al Código alemán, cuyo organismo familiar es muy complicado, debo considerar bastante estas notas al fin del comentario.

En el Derecho familiar soviético, en el que se admiten todos los radicalismos y en el que la patria potestad corresponde simultáneamente al padre y a la madre, el problema está totalmente amputado. La coincidencia es cabal, al respecto del postulado feminista aludido con los principios que en la ley de 1870 desarrolló el Gobierno de conciliación liberal, que presidió Prim en las postrimerías de su vida.

II

Volvemos en este artículo sobre el programa del «Comité femenino de mejoras sociales», de Barcelona. Sus conclusiones 2.^a, 3.^a y 5.^a se refieren, respectivamente, a la igualdad del hombre y de la mujer en las causas de divorcio, a la conservación de los hijos menores en poder de la madre cuando tenga lugar aquel, salvo que observe mala conducta, y al «reconocimiento de la facultad de la mujer para formar parte del consejo de familia y desempeñar los cargos de tutor, curador, albacea y partidario, contando, sin necesidad de licencia del marido».

Esta conclusión 5.^a, que se ha transcrito íntegramente, tiene una redacción poco afortunada. Según ella, parece ser que la incapacidad que se combate se refiere tan sólo a la mujer casada, siendo lo cierto que, si se exceptúa el cargo de albacea, todos los demás no pueden ser desempeñados ni por la mujer soltera, como norma general. Además, en esa conclusión se olvida otra incapacidad, la de ser testigo, y se emplea la palabra curador, cargo que ya no existe por la organización tutelar establecida en el Código civil, que en esta materia tiene aplicación general, con derogación de los regímenes forales (sentencias de 12 de junio de 1894, 3 de diciembre de 1895, 12 de febrero de 1897, 4 de enero de 1902, etc.) Consuélese las redactoras de la conclusión mentada, teniendo en cuenta que al mismo autor del Código civil se le escapa esa palabra curador en el artículo 1.764. Con esta acotación preliminar, de ninguna manera trato de zaherir ni molestar en lo más mínimo a la Junta del Comité, cuya actuación tantos elogios merece, pero la indicación era de todo punto necesaria.

Las causas de divorcio y la fidelidad: Tratándose de una disertación sumaria, de una divulgación, es muy fácil ahogarse en los materiales aportados para el estudio; por esto parece más oportuno un sistema de conceptos generales. Sobre fidelidad, el precepto único y capital en nuestro Código civil, es el del artículo 56: los cónyuges deben guardarse fidelidad, además de vivir juntos y socorrerse mutuamente. Pero este principio de la fidelidad recíproca no trasciende al divorcio con igualdad para el hombre y la mujer por la disposición del artículo 105, que establece las causas de divorcio, señalando como primera el adulterio de la mujer en todo caso y el del marido cuando resulte escándalo público o menosprecio

de la mujer, precepto muy en armonía con el Código penal, que reprime en la mujer el adulterio y en el hombre solamente el amancebamiento (artículos 448 y 452). La expresión menosprecio de la mujer, ha de entenderse en el sentido de público, porque de otro modo el menosprecio concurriría siempre. La cuestión se arrastra desde el derecho romano, y el argumento en favor de la distinción no es otro que la incertidumbre en la legitimidad de los hijos que el adulterio de la mujer casada puede producir, para considerar más grave su falta de fidelidad.

Pero aunque este razonamiento tuviera un absoluto valor al respecto de la calificación del adulterio, de ninguna manera puede trascender como trasciende en la legislación española, a las causas de divorcio. El Código francés (ley de 24 de Julio de 1884), el alemán y el suizo no establecen distinción alguna entre la mujer y el hombre a este respecto. El de familia ruso vigente, que autoriza el divorcio por mutuo disenso, y aun por la voluntad de uno de los cónyuges, tampoco. La ley española de matrimonio civil de 1870 establecía precepto análogo al del Código vigente.

El problema en España, sin embargo, no tiene un máximo interés por la generalidad de los matrimonios canónicos, regulados según las leyes de la Iglesia, que no establecen diferencia alguna entre el adulterio del marido y el de la mujer al respecto del divorcio, pues solamente para la obtención de los efectos civiles son competentes los tribunales ordinarios. Mas este general catolicismo español, no sirve para defender un precepto borrado ya de las legislaciones modernas. Solamente Italia, Portugal e Inglaterra tienen preceptos parecidos a España. El Código canónico, como se ha dicho, está al lado del Comité barcelonés, pero señalando que al decir divorcio en relación a España y al Código canónico, no nos referimos al vincular, sino al que sólo produce separación de cuerpos, es decir, «*quoad thorum et habitationem*».

La conservación de los hijos: Lo mismo si la sentencia de divorcio se ha dictado por los tribunales eclesiásticos que si fué dictada por los ordinarios, los efectos civiles solamente ante éstos, y con arreglo a las disposiciones del Código civil, pueden obtenerse. De tales efectos civiles el Comité femenino de Barcelona destaca el destino que debe darse a los hijos habidos en el matrimonio divorciado, para defender que en todo caso, desde que el divorcio se hubiere solicitado y salvo mala conducta de la madre, queden en poder de ésta los hijos menores de edad.

La legalidad en España es la siguiente: Interpuesta la demanda de divorcio, según el número 3.º del art. 68 del Código civil, en relación con el 1.887 de la ley de enjuiciamiento, los hijos menores de tres años quedarán en poder de la madre, y los mayores de esa edad en poder del padre hasta que en el juicio se decida lo que proceda. Y la sentencia de divorcio, según el art. 73 de aquel Cuerpo legal, produce el efecto de que los hijos queden en poder del cónyuge inocente; siendo ambos culpables se les proveerá de tutor en la forma ordinaria, pero si la sentencia no dispusiere otra cosa, quedarán en poder de la madre los hijos menores de tres años. El Código francés establece precepto análogo (art. 302), sin límite alguno de edad, y la ley de matrimonio civil de 1870 disponía lo mismo que el Código civil

español vigente. Los preceptos citados del mismo se completan con el del 169, que dispone pierda la patria potestad el marido cuando así se ordene en la sentencia con que termine el juicio de divorcio.

A los efectos de la educación de los hijos, la reforma que se pide por el Centro barcelonés tiene algún interés, si se entiende que por parte de la madre hay una mayor habilidad, una mayor destreza para su formación espiritual y para atender al cuidado de su desarrollo físico. Con el límite que se señala de la mala conducta de la madre, como excepción para que le sean encomendados, el interés de los hijos queda perfectamente garantido. Pero seguramente la edad que se fija es demasiado elevada. Por otra parte, algunos motivos de condena de divorcio producidos por la madre, deben impedir absolutamente que retenga a sus hijos; pudiera decirse que se ha hecho indigna de ellos. Sobre esta materia, lo más prudente es encomendar al Ministerio fiscal o a la familia, como lo hace el Código francés, la petición necesaria, resolviéndose en cada caso concreto lo más oportuno.

La mujer tutor, testigo, etcétera: En rigor puede asegurarse que la incapacidad derivada del sexo ha desaparecido. Sólo subsiste la incapacidad derivada del matrimonio. La mujer al casarse sufre una *capitis diminutio*, pero la mujer soltera tiene en el orden civil una capacidad semejante a la del hombre, con muy pocas excepciones.

La mujer, soltera o casada, no puede ser tutor, ni protutor, ni vocal del consejo de familia (artículos 257 y 298 del Código civil). Por excepción pueden ser tutoras del nieto, del marido e hijo locos o que sufran interdicción civil y del hijo pródigo (arts. 211, 220, 227 y 230 del Código civil). Las mujeres solteras pueden ser tutoras de su hermano loco o pródigo; tutelado equiparado para todos los efectos al sordomudo que no sabe leer ni escribir.

Igualmente la mujer, soltera o casada, no puede ser testigo en los testamentos (art. 681), salvo en los hechos en tiempo de epidemia, en el que podrán serlo las mayores de dieciseis años (art. 701). A esta lista de incapacidades hay que añadir la que registra el artículo 893, diciendo que la mujer casada no podrá ser albacea sin licencia de su marido, que no será necesaria cuando esté separada legalmente de aquél.

Muy justificadamente el «Comité femenino de mejoras sociales», de Barcelona, pide la reforma de todos estos preceptos. La equiparación absoluta de la mujer soltera al hombre, no considerándose ya como causa de disminución de capacidad el sexo, en lo que respecta a los motivos de este apartado, preséntase muy fácil, pues no hay que destrozarse sistema alguno. Mas para lograr esa equiparación en lo que se refiere a la mujer casada, es preciso atacar, como ya decía en el anterior artículo y he de insistir en un tercero y último, la autoridad marital, nervio, línea medular, eje del sistema del organismo de derecho de familia español. Sin eliminar ese supuesto de la autoridad marital, la mujer necesariamente ha de ser súbdito en el estado doméstico.

La más reciente experiencia de emancipación de la mujer es la ley 11.357 de la República Argentina, sancionada en 22 de septiembre de 1926. A ella me referiré especialmente en el próximo artículo sobre la cuestión.

... el ... de ...

III

Los documentados en escenas de sainete, como los que puedan catalogar gran número de casos, arrancados de la realidad, que acreditan que la mujer es muy reina y aun muy tirana de su hogar, pueden sorprenderse cuanto les venga en gana del precedente título (1). Se trata de cosa muy distinta de la de hacer anécdotas con estas acotaciones al programa del «Comité femenino de mejoras sociales», de Barcelona. La vida presenta situaciones muy diversas que merecerán uno u otro comentario, algunas que pondrán un absoluto mentís a la rúbrica de este artículo, pero lo indudable es que la regulación de capacidad de la mujer casada en el Código civil español, autoriza la conclusión a que se llega por anticipado: La mujer es un súbdito en el «Estado» doméstico.

La conclusión 4.^a del programa que viene realizándose, es la más interesante de todas. Se pide en ella el reconocimiento de la capacidad de la mujer para contratar y disponer de sus bienes, aportados al matrimonio o que después adquiera por su trabajo o a título lucrativo, sin necesidad de autorización marital. Un detenido estudio del problema alcanzaría proporciones de tratado; por esto el propósito se va a concretar a un verdadero índice de aspectos de la cuestión, acompañado de las más indispensables apostillas y notas de derecho comparado.

La base del sistema y sus consecuencias: La mujer debe obedecer al marido: tal es el principio del art. 57 del Código civil español. Como consecuencia de esta afirmación de la autoridad marital, la mujer está obligada a seguirle donde quiera que fije su residencia (art. 58); el marido es su representante, no pudiendo la mujer comparecer en juicio sin su licencia (art. 50); el marido es el administrador de los bienes de la sociedad conyugal (art. 59); la mujer no puede, sin licencia marital, ser albacea (art. 893), aceptar o repudiar herencias (art. 995), pedir la partición de bienes (artículo 1.053), consentir, en general, (art. 1.263), enajenar, gravar e hipotecar los bienes de la dote inestimada (art. 1.361), ni los bienes parafernales (artículo 1.387), ni disponer de los de la sociedad conyugal (art. 1.416), ni ser man-

(1) El artículo se titulaba: La mujer, súbdito en el Estado doméstico.

dataria (art. 1.716). Esta lista de incapacidades que registra el Código civil, como la que el mismo consigna en el art. 1.444, prohibiendo a la mujer casada disponer, en caso de separación, de los bienes inmuebles que la hayan correspondido, como de los que deba administrar, sin licencia judicial, debe completarse con la que establece el Código de Comercio, prohibiendo a la mujer casada comerciar sin licencia marital (arts. 6 al 12).

Las llamadas leyes sociales inician una tendencia al reconocimiento de la capacidad de la mujer para obligarse; así, el Código del trabajo (artículo 4.º, d y art. 11), previsión y ahorro, etc. Pero estas excepciones apenas son destacables más que como el primer paso en un cambio de orientación. En 10 de junio de 1914, Barriobero, presentó una proposición de ley, concediendo a la mujer el derecho de libre disposición sobre el problema de su trabajo, que no llegó a prosperar.

El «Comité femenino de reformas sociales», de Barcelona, habla del anticuado Código civil español. La expresión, nada nueva, más bien demasiado repetida, es cabal: siendo uno de los más modernos, es de los más rezagados. Pero en muchas materias no se presentan más progresivos los demás. El francés, tantas veces reformado, también dice que la mujer debe obediencia al marido (art. 313) y prohíbe el pacto contrario a este imperativo legal (art. 1.388). En general, los arts. antes citados del español, tienen sus concordantes en el francés.

Hasta ese art. 1.263, del nuestro, que tanto preocupa al Centro barcelonés, expresivo de que las mujeres casadas no pueden consentir—y el consentimiento es un requisito esencial del contrato—bajo la fórmula de no pueden contratar, aparece en el 1.124 del francés.

Los Códigos alemán y suizo se orientan de otro modo. La expresión obediencia al marido no aparece en ellos. Pero no creo pueda decirse del primero, como ha afirmado un notable tratadista español, que ha suprimido la autoridad marital. El límite del abuso del derecho que introduce (artículos 1.353 y 1.354), no elimina aquélla, aunque es cierto que su regulación de la capacidad de la mujer es más conforme con los principios del feminismo que los del Derecho español.

La más funesta derivación: La incapacidad de la mujer para disponer de sus bienes aportados al matrimonio o adquiridos posteriormente con el producto de su trabajo, juntamente con la potestad del marido para enajenar los dotales estimados y los gananciales, sin consentimiento de la mujer, más el derecho de administración de todos los bienes, menos los parafenales retenidos (comparables a los «reservados» de los Códigos alemán y suizo), pueden constituir la más funesta derivación del régimen económico conyugal establecido en el Código civil español. Todas las garantías establecidas en favor de la mujer, resultan en la práctica insuficientes: el marido puede arruinarla con absoluta impunidad. Los feministas propugnan el régimen de separación de bienes, como el más favorable a la mujer, eliminada, naturalmente, toda necesidad de licencia marital. En España puede pactarse, ya que se parte del principio de libertad en la estipulación, de las capitulaciones matrimoniales.

Poner de relieve la exactitud de esa consecuencia que ahora se señala, sería tarea muy larga. La experiencia diaria habla con una gran elocuencia a este respecto y excusa toda insistencia sobre este punto. El relativo al derecho de la mujer al producto íntegro de su trabajo, se viene debatiendo igualmente desde hace mucho tiempo. Ya antes aludí a una proposición en España sobre la materia. La institución es defendible desde todos los puntos de vista. En Francia está implantada desde la ley de 13 de julio de 1907, reformada en 1919 y 1923.

En la República Argentina: La institución de la licencia marital viene atravesando la más profunda crisis; doctrinalmente puede considerarse muerta. En Italia ha sido totalmente abolida por la ley de 17 de julio de 1919, derogadora de gran número de artículos del Código civil. La más reciente experiencia sobre la materia y en general sobre capacidad de la mujer, es la ley 11.357 de la República Argentina, aprobada en 22 de septiembre de 1926, en cuyo art. primero dice: «La mujer mayor de edad (soltera, divorciada o viuda), tiene capacidad para ejercer todos los derechos y funciones que las leyes reconocen al hombre mayor de edad.»

En lo que respecta a la mujer casada, un extracto de sus diez artículos es el siguiente: Conserva la patria potestad sobre los hijos de un matrimonio anterior. Sin necesidad de autorización marital o judicial puede: *a)* ejercer toda clase de profesión, industria o comercio, honestos, disponiendo libremente de sus productos y de los bienes que con el mismo adquiera; *b)* formar parte de asociaciones civiles o comerciales y de cooperativas; *c)* administrar y disponer a título oneroso de sus bienes y de los que le correspondan en caso de separación de bienes de los esposos; *d)* administrar los bienes de los hijos de matrimonio anterior, sin que sus frutos pasen a la nueva sociedad; *e)* aceptar el reconocimiento que de ella hicieron sus padres o repudiarlo; *f)* aceptar herencias con beneficio de inventario; *g)* comparecer en juicio en causas civiles o criminales, que afecten a su persona o bienes o a la persona o bienes de hijos de anterior matrimonio; *h)* ser tutora, curadora, albacea, testigo y aceptar donaciones. Estando el marido privado de libertad, por pena superior a dos años, la mujer puede disponer, con autorización judicial, de los bienes propios de aquél, si ella y sus hijos carecen de recursos para atender a su subsistencia. Los bienes propios de cada cónyuge ni los gananciales que adquiera, responderán de las deudas del otro, a no ser que se hayan contraído para atenciones del hogar, educar a los hijos o conservar los bienes comunes. Solamente la casada, menor de edad, necesita licencia marital para enajenar sus bienes si el marido es mayor; si fuere menor o se la negara, necesitará la judicial. El Código argentino, vigente desde 1 de enero de 1871, ha sufrido con esta ley que se le ha incorporado una fundamental modificación.

La innovación puede suscribirse sin reservas, pero la madre España contempla, impassible, esta evolución jurídica de una de sus más gallardas hijas. El «Comité femino de mejoras sociales», de Barcelona, cuyo encargo queda con este tercer artículo, sino hábilmente, sí cariñosamente cumplido, puede llevar como heraldo de su campaña ese ejemplo de sentido jurídico que nos ofrece hispanoamérica.

En la historia de la literatura de la América Latina, el autor de este libro ha querido dar un testimonio de su profunda admiración por el arte del escritor cubano. En este sentido, el libro es un homenaje a la cultura y a la literatura de la isla de Cuba. El autor ha querido dar un testimonio de su profunda admiración por el arte del escritor cubano. En este sentido, el libro es un homenaje a la cultura y a la literatura de la isla de Cuba.

El libro es un testimonio de la profunda admiración del autor por el arte del escritor cubano. En este sentido, el libro es un homenaje a la cultura y a la literatura de la isla de Cuba. El autor ha querido dar un testimonio de su profunda admiración por el arte del escritor cubano. En este sentido, el libro es un homenaje a la cultura y a la literatura de la isla de Cuba.

El libro es un testimonio de la profunda admiración del autor por el arte del escritor cubano. En este sentido, el libro es un homenaje a la cultura y a la literatura de la isla de Cuba. El autor ha querido dar un testimonio de su profunda admiración por el arte del escritor cubano. En este sentido, el libro es un homenaje a la cultura y a la literatura de la isla de Cuba.

El libro es un testimonio de la profunda admiración del autor por el arte del escritor cubano. En este sentido, el libro es un homenaje a la cultura y a la literatura de la isla de Cuba. El autor ha querido dar un testimonio de su profunda admiración por el arte del escritor cubano. En este sentido, el libro es un homenaje a la cultura y a la literatura de la isla de Cuba.

El libro es un testimonio de la profunda admiración del autor por el arte del escritor cubano. En este sentido, el libro es un homenaje a la cultura y a la literatura de la isla de Cuba. El autor ha querido dar un testimonio de su profunda admiración por el arte del escritor cubano. En este sentido, el libro es un homenaje a la cultura y a la literatura de la isla de Cuba.

La justicia municipal

Legation d'Alger

UN AZOTE DE LAS ALDEAS, CUANDO NO DE LAS CIUDADES

No puede decirse que la hora actual sea especialmente la de los problemas de la Administración de Justicia, sino que es la verdad que todos, absolutamente todos los que ofrece la realidad española, están sometidos a particular revisión, sin que a ninguno se pueda otorgar preferencia. Mas es incuestionable que en la amplia lista, los problemas de la Administración de Justicia, los que entraña la organización del Poder judicial y su manera de actuación—conceptos orgánicos y de enjuiciamiento—se destacan tan en primera línea como los demás. Esto no puede ser cuestión polémica; el convencimiento de la necesidad de modificar radicalmente nuestro sistema judicial, ha llegado a los espíritus menos inquietos por los destinos de España. Hay que implantar un Poder judicial independiente, hay que llevar a las leyes normas útiles para que la justicia sea rápida y barata, hay que resolver el problema de la independencia de los juzgadores; este el clamor general, esta es la expresión constantemente repetida por todos los que conocen cómo está la justicia actualmente en España y por todos los que sienten a la justicia y tienen miedo a la justicia, siendo personas cabalmente honradas. Y este periódico y aquella revista y en las Academias y en todas partes, la reforma se demanda como inaplazable; pero total, absoluta, de tal manera que del edificio actual no se aproveche ni el más simple elemento de sus escombros.

No parece, sin embargo, que a una cuestión tan importante como es la justicia municipal, se la dedique toda la atención que merece. Ninguna de las que abarca el magno problema me parece mínima o desprovista de interés, incluso la del aumento de sueldo a los funcionarios judiciales, aunque siempre he dicho que el dinero nada tiene que ver con la independencia y la dignidad; mas sí he de sostener que, cualquiera que sea el sistema de organización que se implante, mientras no se suprima la justicia municipal, mientras no desaparezcan esos jueces municipales iletrados que la administran, la justicia rural en España será una gran vergüenza, sin que los esfuerzos de los profesionales del derecho puedan evitarlo. Que el poder judicial sea un hijastro del ejecutivo; que los funcionarios judiciales, independientes en cierto sentido, sin disputa, que a mí no se me ha acercado nadie pidiendo ni menos imponiendo ningún

criterio, puedan decir que pertenecen a una carrera de hambre honrada y mayestática; que las tasaciones de costas acrediten cómo un abogado puede vivir elegantemente con un pleito al año, demostrando con ello que la justicia es cara, no por los aranceles, sino por los abogados: y que promover un litigio sea disponerse a tener durante varios años incesantes inquietudes, para después, aún ganándolo, quedar con menos dinero que cuando se promovió, son ilegalidades que no pueden subsistir; pero corregidas, derogadas, construido un nuevo organismo y un nuevo enjuiciamiento, si la justicia municipal vigente no se suprime, no se habrá logrado más que la mitad de la obra, y aún menos, porque esa justicia afecta a todos y especialmente a más de cuatro quintas partes de los españoles, habitantes de los núcleos rurales de escaso vecindario.

Si nos propusiéramos recoger cuanto se ha escrito en contra de la justicia municipal vigente, habríamos de preparar varios montones de cuartillas, sin quedar convencidos de que tanto papel fuera bastante. Todo se ha dicho ya, es cierto; pero no parece sino que no se ha dicho nada y que sigue desconociéndose lo que es esta justicia. Ensayo tras ensayo, todas las disposiciones que se han dictado y todos los proyectos que se han propuesto no han logrado sino agravar el problema. Maura, en su discurso ante la Academia de Jurisprudencia en 1898, dijo que la justicia municipal era un azote de las aldeas cuando no de las ciudades, y si ante esta expresión pudiéramos afirmar que por parte de Maura había un cabal conocimiento de lo que la justicia municipal era en España, cuando repasamos su Ley de 1907 y analizamos sus efectos, tenemos que llegar a la conclusión de que desconocía en absoluto el problema. Así hubo de confesar después que se había equivocado, afirmando que a la justicia municipal «había que dejarla en esqueleto».

El día en que se escriba la historia de la justicia municipal se asistirá al espectáculo más pintoresco y más trágico, he dicho en otra parte. ¿Qué hacer con un juez municipal que ordena que se abra el vientre a todo un rebaño para saber si ha pastado en determinada finca? ¿Qué con el que no autoriza un enterramiento porque el médico dice que la enfermedad padecida es metrorragia y el juez estima que «eso» no es enfermedad? ¿Qué con el que inscribe a todos los nacidos como hijos naturales «porque natural es que sean naturales los habidos de matrimonio»? ¿Qué con el que condena a quien fué testigo en un pleito y luego no le admite la apelación porque no es parte? El juez municipal se escuda siempre en su ignorancia; no es letrado, apenas sabe escribir y actúa en unión de un secretario tan inculto como él. ¿Cuándo podrá hablarse respecto de este juez de ignorancia inexcusable? Y este juez es el encargado de fallar, sobre intereses no superior a mil pesetas, los mismos problemas que uno de primera instancia, que una Sala, que en casación, el Tribunal Supremo. ¿Es que esto puede entenderse?

Se afirma que la justicia municipal es función ciudadana. Ya llegaremos a este punto oportunamente. ¡Qué distantes de la realidad están la mayor parte de los que hablan de la justicia municipal en España! Juicios nulos desde la demanda, fallos arbitrarios, cuanto pueda concebir la imaginación más dislocada, abusos de poder, registros civiles que no pueden

visitarse; esto es la justicia municipal que para mayor ludibrio se administra en verdaderas pocilgas y sus documentos se archivan con menos cuidado que los cereales que el juez y secretario recolectan. Preguntado, preguntado a los jueces de primera instancia rurales y ellos os dirán cómo tienen más miedo a una apelación de juicio verbal que a un mayor cuantía, cómo su conciencia se rebela ante la esterilidad de todo esfuerzo para hacer justicia en estos juicios verbales; hechura de jueces legos y zurupetos más legos todavía.

No hay hipérbole en nada de lo dicho, ni puede desmentirse con la excepción de unas docenas de Juzgados municipales en los que, por hallarse al frente un juez letrado, mi argumento no tiene aplicación, o por el especial buen sentido de un juez no jurista, pero culto. Lo indudable es que la generalidad de los Juzgados municipales españoles están cabalmente retratados en las precedentes líneas y, obvio es decir, que me refiero a lo de los pequeños pueblos que son los más en España, en algunos de los cuales «todos son de justicia» porque en el Ayuntamiento hay seis vecinos, juez municipal y suplente, ocho, secretario y suplente, más el fiscal y suplente, total doce vecinos desempeñando funciones públicas. Verdaderamente hay que reconocer que en casos como éste la justicia está perfectamente cerca del justiciable; otro argumento esgrimido en favor de la justicia municipal. Sobre él, sobre que sea función ciudadana y sobre otras cosas hablaré a ustedes en un próximo artículo.

II

SOLO JUECES LOS JURISTAS

La consideración de la justicia municipal como función ciudadana no es, no puede ser argumento en favor de que la jurisdicción esté atribuida a personas iletradas con tan dilatado número de facultades. Actualmente los jueces municipales, así los de Madrid y capitales de provincia, siempre abogados o funcionarios excedentes de la carrera judicial, como el del más diminuto pueblo, conocen de los actos de jurisdicción voluntaria, prevenciones de testamentaria y abintestato, embargos preventivos, depósitos de personas, juicios verbales y de desahucio, constitución del Consejo de familia, registro civil, ciertos actos de jurisdicción voluntaria, instrucción de primeras diligencias en materia criminal, juicios de faltas en primera instancia, etc., etc. Esta enumeración de facultades es muy incompleta; pero tales son los motivos culminantes de su actuación.

Aludamos especialmente a la materia contenciosa. En el orden civil conocen de todas las cuestiones por cuantía no superior a 1.000 pesetas. E inmediatamente surge el manoseado argumento; ¿qué diferencia hay entre el problema jurídico que se plantea en un pleito sobre interés inferior a 1.000 pesetas y el que entraña otro en que se discute muy superior cantidad? Absolutamente ninguna. Siempre es la acción reivindicatoria, la rescisoria, la confesoria, etc., etc., la que se ejercita. Y, siendo esto cierto, ¿por qué encomendar en unas ocasiones la decisión de un litigio, además sin peritos en Derecho, que son los abogados que informan, y, para mayor paradoja, a un juez que no se ha asomado al Derecho, que medianamente sabe firmar, y en otras ocasiones atribuir esta facultad a quien se ha exigido especial cultura jurídica? ¿Es que, por otra parte, puede defenderse la desigualdad que supone que los juicios verbales en las capitales de provincia sean sustanciados y resueltos por juristas y en los pueblos se fallen por hombres totalmente desconocedores de la función, o por licenciados en derecho que, como decía Macías Picavea, mejor debieran ser llamados licenciados de derecho?

Es que, se dice, la justicia municipal es función ciudadana. ¿Qué es lo que se quiere significar con ésto? O se falla con arreglo a Derecho, en cuyo caso es indispensable que el juez sea letrado, o se falla según las normas de la conciencia, y entonces el juez es un amigable componedor. Y

¿cómo admitir el recurso de apelación ante el juez de primera instancia, en este último caso? ¿Por motivos semejantes al recurso de casación en el juicio de amigables componedores? No es posible. ¿Es que las resoluciones de los jueces municipales iletrados, irresponsables por su ignorancia, máximamente falibles por su torpeza, han de ser inapelables? Acentos de locura tienen que parecer a todos las voces que contesten afirmativamente. (Y aprovecharé esta instancia para decir que la única instancia no la suscribo, que sólo el recurso evita, en todos los órdenes, el abuso de autoridad).

Realmente, escribir novedades sobre la justicia municipal es labor especialmente difícil. ¿Habrá que pintar otra vez el cuadro de un juicio de faltas, con la intervención del fiscal, personaje gemelo del juez, de quien suele ser próximo pariente? ¿Es que no se tienen cabales noticias de lo que son los registros civiles en nuestros pueblos? ¿Acaso no se sabe todavía que no se constituyen las tutelas, aunque el juez municipal tiene obligación de velar por ello? ¿Puede estimarse prudente poner en manos de un juez municipal, a quien, y refiero experiencia reciente, no se ha logrado hacer entender el juego de los antecedentes penales en los casos en que la reincidencia eleva la infracción a la categoría de delito, la facultad de imponer 1.000 pesetas de multa o unos meses de arresto? ¿No es hecho perfectamente público que los procuradores de las cabezas de partido ponen las sentencias en muchos casos, y, claro es, condenan en costas al litigante contrario?

¿Cómo combatir esta realidad? Ya lo he dicho: suprimiendo la justicia municipal; no hay otro camino. Sólo jueces los juristas; ésta ha de ser la norma. Ninguno de los proyectos formulados hasta ahora por nuestros gobernantes, hechos todos sobre la base de jueces iletrados, pueden remediar el grave mal que venimos denunciando. Alonso Martínez, Fernández Villaverde, Ruiz Capdepón, Maura, Dato, Montero Ríos, fueron autores de reformas que, implantadas, no hubieran mejorado la situación de la justicia municipal. Resuelto que es imposible que haya un juez de carrera en cada pueblo, resuelto que sería ineficaz la constitución de Juzgados volantes o movibles, resuelto que no sería útil la implantación de Juzgados formados por agrupación de varios Ayuntamientos a este fin, como se agrupan al sólo objeto de tener un secretario común, no hay sino suprimir la justicia municipal, entregar esta jurisdicción a los jueces de primera instancia y ordenar el enjuiciamiento sobre estas bases.

Pero se dirá: y entonces ¿qué se hace del principio de que la justicia debe estar próxima al justiciable? ¿No se habrá encarecido instantáneamente la justicia? La respuesta es muy fácil; como no es posible que haya una farmacia en cada pueblo, varios municipios se sirven de la instalada en cualquiera de ellos; como no es posible que todos los pueblos tengan su médico, uno visita a varios. Esta es la realidad de nuestra vida rural. No hay Universidades en todas partes; no hay tribunales para niños en todas las aldeas, y en las aldeas también hay niños delincuentes; no hay más que un Tribunal Supremo. ¿Es que el principio mentado ha de suponer que cada vecino tenga un juez a la puerta de su casa? En ocasiones, el agregado está más distante del Juzgado municipal que de la cabeza de partido; esto lo sabe quien recorre las aldeas españolas.

La administración de justicia no se habrá encarecido por ello; más bien se habrá abaratado. Efectivamente; todos los juicios fallados por los jueces municipales, y esto es lo que redime a la justicia municipal vigente, son objeto de recurso que se sustancia ante el juez de primera instancia. El litigante tiene que comparecer en la cabeza del partido, primero para mejorar la apelación y después para asistir a la vista, lo cual representan dos viajes, con los gastos de ellos inherentes, entre los que hay que señalar la consulta con el abogado. Celebrada la vista, el juez de primera instancia, muchas veces, muchísimas, tiene que declarar la nulidad de actuaciones, lo que supone vuelta a empezar, nuevo recurso, nuevos viajes, nuevas consultas. Otras veces es menester acordar, para mejor proveer una inspección u otras pruebas que no se han practicado en primera instancia por motivos que no suponen elogio para el juez, y aquélla y éstas representan otros gastos que elevan las costas a proporciones extraordinarias.

La manera como se articularía este sistema, inspirándome en los notables proyectos de organización judicial del Magistrado, secretario del Consejo judicial, don Adolfo García, hombre de muy relevantes méritos, será objeto de un tercer artículo, con el que prometo terminar estas notas sobre la justicia municipal en España, que no puede tener otro tratamiento sino el de imponer el principio de que sean jueces tan sólo los juristas.

III

LOS PROYECTOS DEL MAGISTRADO GARCÍA GONZÁLEZ

Denunciar los efectos de la justicia municipal vigente en España, señalar detalladamente el grave mal que supone, afirmar la necesidad de su supresión, es tarea demasiado fácil; la dificultad grave surge cuando se trata de organizarla sobre bases nuevas y de sustituirla. Hombres de gran valía se han estrellado ante tan formidable problema y, o sus proyectos no han pasado de serlo porque bien al descubierto mostraban su ineficacia su impotencia, o, convertidos en leyes no han logrado sino prolongar la dolencia, agravar el mal, hacer más inaplazable, más perentoria la necesidad de que certeramente y para siempre se corrija este lamentable estado del más importante sector de nuestra justicia.

El momento actual es máximamente propicio a toda feliz iniciativa y yo quiero ofrecer a la consideración general el único proyecto de los que me son conocidos que pudiera resolver de una manera absoluta, definitiva, el problema de la justicia municipal en España. Su autor, el magistrado don Adolfo García lo ha trazado y defendido vigorosamente en su obra «Bases para la organización completa del Poder judicial», San Sebastián 1928, y en publicaciones posteriores, todas muy conocidas de los profesionales del Derecho, que no las han regateado ni su devoción ni su aplauso, y que, en gran número, han prestado su entusiasta adhesión a cuantas conclusiones en los proyectos se formulan. Pero no han de servir estas cuartillas para dar una referencia total de la obra del ilustre magistrado, que abarca todos los problemas de la administración de justicia, del más capital al menos trascendente; sino que el estudio se va a concretar a la parte en que se analiza nuestra justicia municipal, ofreciéndonos el sistema más perfecto que se ha imaginado para resolver la grave dificultad que encierra.

García González no suprime la justicia municipal absolutamente, sino que la reduce a sus justos límites, la encuadra en una órbita diminuta. El área de la justicia municipal, tal como se delimita en los proyectos dichos, permite que la función se encomiende a un hombre alejado de los estudios

jurídicos. El principio básico es la organización del Poder judicial del Municipio. Es indudable que en el Municipio existe un Poder legislativo, dentro de la esfera de sus atribuciones, pues dicta las normas necesarias para codicionar su propia actividad y las del vecindario, trascendentes en ocasiones al Derecho civil, según en el mismo Código se reconoce, y siempre dando cumplimiento a sus propios fines. Igualmente existe en el Municipio un Poder ejecutivo con sus órganos bien determinados y funciones cabalmente concretas, para la misión que le es propia. Ninguno de estos dos Poderes en esencia difiere de los del Estado, representando maneras de su actividad para funciones diversas y con órganos distintos. El legislativo siempre crea la norma, ordena el Derecho de una manera general, y el ejecutivo significa una potestad de la entidad pública mediante la que ésta, de hecho, realiza sus diversos fines, desenvolviendo una actividad jurídica y social que se concreta en el servicio público.

Pero es preciso armonizar la norma con la vida, es menester defender la vigencia y obligatoriedad de aquélla cuando se desconozca o se quebrante, y así, al lado de esos dos Poderes, es indispensable que organice el Poder judicial del Municipio con un ámbito de actividad que no puede rebasar las esferas de actuación de las potestades legislativa y ejecutiva: Por esto es indispensable separar de la jurisdicción de este Poder judicial del Municipio todas las cuestiones civiles, todas las penales sobre las que sus órganos legislativos no pueden hacer declaración. Partiendo de estos principios en el Poder judicial se crea sin más órgano que un juez, funcionario que no tiene especial aptitud, para cuyo cargo no hace falta más que tener veinticinco años y no ser analfabeto. Al lado de este juez, salido del Ayuntamiento, funciona un fiscal designado por el alcalde y que, como representante del Poder ejecutivo, tiene por misión mediar entre éste y el judicial, realizando la actividad que es propia de tal ministerio, encarnado en persona de idéntica capacidad cultural que la del juez.

Así construído el organismo y señalados los límites de la función y potestad, determinar las facultades del juez, fijar su jurisdicción, es extremadamente fácil. En el orden penal conocerá de las contravenciones, de las infracciones reglamentarias que, juntamente con las faltas y con este carácter de hechos punibles, aunque presenten fisonomía distinta de aquéllas, se definen y penan en el libro tercero del Código penal, lo cual viene a evitar la colisión de atribuciones y jurisdicción que actualmente existe y a que alude el artículo 5.º del Código penal vigente y que también se recogía en el 625 del derogado en 1870. Es decir, que su jurisdicción penal no pasa de la defensa de las normas que el Municipio pudo elaborar y elaboró sobre hechos punibles. La ponderación entre el Poder legislativo y el judicial aparece, pues, perfectamente delineada. En el orden civil, el órgano judicial del Municipio no tiene otro carácter que el de avenir en algunas cuestiones familiares, más éticas que jurídicas, interviniendo también en la conciliación en general que con carácter obligatorio se establece, así como en la preparación del juicio, cuando no hay avenencia, y dentro de cierta cuantía, para que pueda ser resuelta la cuestión por la Superioridad.

Todo esto permite que el juez municipal pueda ser persona iletrada, ya que nunca se ha de hallar frente a cuestiones que envuelvan dificultad

técnica. Todas las demás atribuciones que actualmente competen a los jueces municipales, pasan al conocimiento de las Audiencias de partido, órganos que sustituyen a los Juzgados de primera instancia e instrucción; pero en estos proyectos de García González, las funciones de registro civil se encomiendan a los registradores de la Propiedad que, con los notarios, formarían un solo Cuerpo.

No creo necesario al fin que me he propuesto, dar más detallada referencia del proyecto que se nos brinda, ni estudiar el funcionamiento de las Audiencias de partido. En este sistema se dan observancia a los mejor inspirados principios sobre organización de justicia municipal. De una manera perfecta queda convertida en función ciudadana en cuanto la ausencia de cuestiones invadidas por la técnica pueden permitir la intervención de un juez iletrado; y de una manera perfecta se aproxima la justicia al justiciable en lo que se pudiera llamar justicia de urgencia y en la preparación de los juicios por determinada cuantía en la misma residencia de los litigantes.

Implantados estos proyectos del ilustre magistrado don Adolfo García, encomendada toda la justicia en cuanto exige conocimientos de Derecho solamente a los juristas, yo estoy convencido de que en lo sucesivo no podría decirse que la justicia municipal es un azote de las aldeas, cuando no de las ciudades.

El Derecho como sentimiento y como técnica

**(Conferencia pronunciada en la Universidad Popular
de Valladolid, el día 21 de febrero del año actual)**

El Derecho como sentimiento

y como técnica

Elaborada y presentada en la Universidad Federal
de Jallisco el día 22 de febrero del año actual

Sobre el concepto del Derecho: El Derecho no es una masa inerte de disposiciones, producto de abstracciones de filósofos y de juristas, sino que, según expresión de Lerminier, el Derecho es la vida; una resultante de las relaciones sociales, un precipitado social; y surge como natural derivación de la convivencia humana, se impulsa con la sociedad misma, se adapta y desenvuelve con el cambio de costumbres y de ambiente, ejecuta la idea de la justicia, asegurando la existencia y la evolución de las nuevas manifestaciones de la vida. El Derecho es el fenómeno social por excelencia, la fuerza específica de las sociedades, regulando todas las actividades de los hombres y todas las relaciones que entre sí mantienen. Limita la libertad de cada uno en interés de la libertad de los demás; por esto se ha podido decir: «Mi derecho es mi deber». Todo esto supone que el derecho exige la vida en común; el hombre aislado no pasa de ser una hipótesis; pero, además, el hombre aislado, o carece de derechos o no los necesita; su actividad no tiene que ser condicionada.

De todo esto arranca una de las más características notas del Derecho: la vinculatoriedad. Es un vínculo social el Derecho, pero esto no nos basta para delinearle cabalmente, porque al lado del Derecho existen otras normas, también coactivas, aunque en menor grado y diferente manera, y que también vinculan a los hombres. La moral, cuyo quebrantamiento reprime la sociedad por uno u otro modo, apartando de su seno al que no la cumple, aislándole; se concreta en lo que se denomina usos y costumbres de buena crianza, que, no observados, nos valen los calificativos de descorteses e ineducados. ¿Es que estas normas pueden constituir Derecho? Indudablemente, no. El Derecho, dice Stammler, supone voluntad, es algo específicamente humano y tiene como nota culminante la vinculatoriedad,

Indicación bibliográfica.—Iherin: «El espíritu del Derecho romano», Madrid, 1891 y «La lucha por el Derecho», Madrid, 1881. Costa: «La ignorancia del Derecho», Vol. XII M. S. y «La vida del Derecho», Madrid 1881. Ureña: «Literatura jurídica», Madrid, 1906. De Diego: «Fuentes del Derecho», Madrid, 1925, y «Jurisprudencia», Madrid, 1925. Valverde: «Derecho civil», t. I, Valladolid, 1900. Ferrara: «Diritto civile», Roma, 1920. Stoffi: «Diritto civile», v. I, Torino 1919. Maynz: «Derecho romano», Valencia, 1892. Arhens: «Enciclopedia jurídica», Madrid, 1878, y «Enciclopedia jurídica española», ts. IX y XI. El Vecchio: «El sentimiento jurídico», Madrid, 1909. Duguit: «Soberanía y Libertad» y «Transformaciones del Derecho», Madrid, 1909. Geny: «Science y Technique». Dorado: «Problemas del Derecho penal», t. I, Madrid, 1895. Roces: «El concepto del Derecho, etc.» *Rev. de Leg. y Jur.*, abril 1924. Ossorio: «Derecho y Estado», Madrid, 1928. Spencer: «La justicia», Valencia. Otras citadas en el texto.

porque encadena entre sí los fines perseguidos por diferentes individuos; pero, además, supone autarquía, puesto que las normas jurídicas se imponen por su propia virtud y sus dictados obligan, en tanto no se desnaturalizan por derogación o por desuso, y supone, finalmente, inviolabilidad, nota que reside en la fuerza atribuida al imperativo por quien la dicta.

Bien claro aparece que esas normas morales y de urbanidad no revisitan estos caracteres últimamente mentados. Los que las quebrantan no pueden ser compelidos a su cumplimiento; su inobservancia no produce responsabilidad de ninguna clase, aunque no por esto pueda decirse que no vinculen al hombre a producirse de una manera determinada. Sin embargo, son varios los cuerpos legales históricos y alguno vigente que hasta regulan la manera de saludar, de hacer visitas. El Darmastra o Código de Manun (Cantu, Historia Universal, tomo VIII. Madrid, 1878, páginas 247 y siguientes), regulando los deberes del padre de familia en las distintas clases sociales (libro III), o los de las mujeres (libro V), impone una serie de obligaciones que tienen que considerarse extrajurídicas, pero que integran el Derecho de la época. Lo mismo puede decirse del Corán (traducción de García-Bravo. Tasso. Barcelona); «Cuando entréis en una casa, dice, saludaos recíprocamente, deseándoos por Dios una salud buena y feliz». (S. 24 y 61). «Los verdaderos creyentes son los que creen en Dios y en su apóstol, que cuando se reúnen en tu casa para algún asunto de interés común, no se alejan de ella sin tu permiso» (Idem, v, 72). «Modera tu paso y baja la voz, pues la más desagradable de las voces es la voz del asno» (S. 31, v. 18).

Esta norma de preceptos propiamente jurídicos, con normas de urbanidad y morales que se advierte en Códigos como los citados, en realidad, lo que demuestra es que tan sólo con referencia a un momento histórico se podrá decir lo que es el contenido del Derecho y el contenido de la moral, y tanto que, confundiéndoles, recientemente se ha llegado a decir que el primero no es más que la garantía de la segunda, la exigibilidad de la moral. Sin embargo, bien puede sostenerse que la moral y el Derecho no son, por ahora, conceptos idénticos, y que solamente al Derecho convienen las notas antes apuntadas, o sean voluntad, vinculatoriedad, autarquía e inviolabilidad; pero los conceptos morales inspiraron siempre y seguirán inspirando el rumbo del Derecho.

La justicia y la utilidad social: Los factores del Derecho son la justicia y la utilidad social. Ambos se suman plasmando el contenido del Derecho, como dice Ferrara. En primer lugar, nos encontramos con el conjunto de las valuaciones éticas dominantes, con el conjunto de las apreciaciones morales; y tras esta primera fuerza ética, aparece la idea de la justicia, que puede considerarse como una creadora y elaboradora del material que contiene el Derecho.

¿Qué es la justicia? Uno de los conceptos más difíciles, más elásticos, más proteiformes, siempre presto a tomar nuevos aspectos, nuevas coloraciones. La justicia tiene una base psicológica en la naturaleza humana y su fenómeno más elemental es el sentimiento jurídico que se nos manifiesta

ta como una aprobación o reprobación, como un placer o como un dolor, frente a un acto o a una relación que se armoniza o no con nuestra conciencia moral. Este sentimiento obscuro, indeterminado, que vive en el fondo de nuestro corazón, es el sentimiento de justicia, la conciencia jurídica, la convicción jurídica que en todos los hombres existe, como todos poseen el sentimiento de la verdad y el de la belleza.

No me parece muy interesante elegir algunas fórmulas de las muchas que se han dado definiendo la justicia. Siempre en ella se han visto las ideas de igualdad y de proporcionalidad; y así, puede considerarse bien representada como la simbolizan los antiguos, en una diosa que tenía los ojos vendados (neutralidad) y que en una balanza (igualdad) valúa y pesa los intereses de todos (proporcionalidad); símbolo en el que, a mi parecer, se encuentra la mejor explicación de lo que la justicia representa.

Justicia y Derecho no son conceptos idénticos, aunque el Derecho debe ser justo. El Derecho absorbe a la justicia, se satura de justicia; pero ésta tan sólo tiene valor cuando es recibida en el Derecho positivo; fuera de él, no es más que un ideal ético, una tendencia. El Derecho es la norma vigente, coactiva; la justicia es el sentimiento, el ideal que la inspira. Y así es como el Derecho puede ser injusto, como la ley puede estar divorciada de los sentimientos de justicia. Esto corrobora lo antes dicho sobre que la justicia es un sentimiento histórico, que cambia de contenido y de forma con cada rumbo de la humanidad. Lo que en un momento de la historia se calificó de verdad incontrovertible, posteriormente se llamó prejuicio. Los ejemplos surgen a millares. La esclavitud en Aristóteles era la institución conforme a la naturaleza, pero después son proclamadas sucesivamente la igualdad ante Dios, ante la ley y ante las riquezas. ¿Cómo hablar en el siglo XVIII de que fuera justa la actual regulación del trabajo? ¿Cómo afirmar que fuera justa la reciente organización sobre cualquiera de las instituciones jurídicas? Entonces la justicia tenía otro contenido y el Derecho había de llevar otros rumbos. La utilidad social, que constituye otro de los factores del Derecho, se encamina por vías diferentes, y las leyes, justas y útiles entonces, servían perfectamente para llenar las necesidades sociales de la época.

Pero se ha de preguntar: ¿qué origen tiene el Derecho?

El origen del Derecho: ¿Puede ser la fuerza la creadora del Derecho? Es indudable que todos los Derechos han tenido su origen en el esfuerzo individual. Por esto puede afirmarse que el primitivo Derecho pudo ser engendrado por la fuerza predominante. Véase cómo en el primitivo Derecho romano los ciudadanos eran llamados «Quirites», vocablo que quiere decir portador de lanzas; cómo la lanza es el símbolo de la propiedad en Roma y la palabra «mancipium» con que se designa significa botín; cómo joven quiere decir apto para manejar las armas; cómo la organización del pueblo es la misma en paz que en guerra; cómo las Asambleas son reuniones del ejército. En todo esto la fuerza viene a ser la madre, y, por tanto, la protectora del Derecho. Un pueblo oprimido se liberta, una clase esclavizada se redime; luego, dice Ihering, la historia se encarga de borrar la

sangre. Mas si esto es originariamente, con posterioridad, aunque ya se harán las salvedades necesarias, no es la fuerza física la que crea el Derecho, ya en sentido subjetivo (*facultad agendi*), ya en sentido objetivo (*regula iuris*), sino la moral, por la suma del desenvolvimiento jurídico y de otros factores.

En otro sentido se ha sostenido que la fuerza es el origen del Derecho. He aquí el punto de vista de Menger: «Lo que yo sostengo, dice, contra esas opiniones—se refiere a la escuela histórica y a la del derecho natural—es lo siguiente: que los modernos sistemas de Derecho privado resultan ser la obra, no ya de una nación, sino de las clases privilegiadas, las cuales los impusieron a las clases desheredadas mediante una lucha de siglos.» Este punto de vista, que encierra no poca verdad, debe ser tenido en cuenta siempre; pero cuando se trata de ofrecer los criterios históricos doctrinales sostenidos para determinar cuál sea el origen del Derecho, lo normal y corriente es agrupar los sistemas del siguiente modo:

El Derecho tiene su origen: a) En la voluntad del legislador. b) En un pacto. c) En la costumbre—escuela histórica, Savigny, Puchta—. d) En la ley en alianza con otros factores.

a) Ninguna más combatida que esta doctrina. Moisés se dice, dió leyes a los hebreos; Minos a los cretenses; Licurgo a los espartanos; Rómulo y Numa a los romanos; pero esto, dice Mayn, no es sino una muestra del afán a lo maravilloso y a simplificarlo todo, porque el Derecho, como escribe Ihering, no puede ser producto de la arbitrariedad o sabiduría de una persona. Tanto representaría la afirmación opuesta como decir que el Derecho tiene su origen en la fuerza y, dice Hauriou, no es verdad que Derecho y fuerza sean una misma cosa, ya que en el primero hay un elemento sacrificial que proviene del campo del espíritu. Sí que es verdad que en ocasiones, como hasta hace poco ha ocurrido en España durante la Dictadura, el Derecho puede estar creado por la voluntad de una persona, pero esto no quiere decir que deba ser, ni aún que lo creado sea jurídico, sobre que bien conocido y aplaudido es el final y la última eficacia de lo por tal manera legislado.

b) Esta afirmación de que el Derecho tiene su origen en un pacto, constituye uno de los postulados de todas las doctrinas pactistas. Si se fuera a estimar que se trataba de un pacto entre el legislador y el pueblo, no cabe duda que el origen dicho corresponde a la realidad, ya que el pueblo, por medio de sus representantes, ha aceptado una u otra norma jurídica. Pero no; de lo que se trata es de un pacto entre todos los individuos de un pueblo, de una nación, y en tal sentido son dignos de reproducirse cuantos argumentos se han esgrimido contra las tesis generales de las doctrinas pactistas. Si se entendiera que el pacto puede crear derecho entre los obligados por él, y que el Derecho es muchas veces fruto de relaciones contractuales, se habría de defender el criterio igualmente, mas no para llegar a la conclusión de que el Derecho tenga su origen en un pacto, sino en una serie de pactos y de acuerdos, por la común manera de entender lo justo en un pueblo y el acuerdo general de hacerlo efectivo.

c) Rechazada totalmente la hipótesis de que el Derecho tenga su origen en la voluntad sabia o arbitraria del legislador, la escuela histórica afirma que el Derecho procede de la costumbre. El sentimiento jurídico nacional se afirma por el hecho y se realiza inmediatamente por la costumbre. Con el transcurso del tiempo, otra fuente, la legislación viene a unirse a la costumbre para formar el Derecho que ya existe. Esta doctrina, por corregir los excesos de la antes señalada, desconoce otros elementos en la formación del Derecho, tales como la ley, la doctrina científica, la labor de los jurisconsultos, las decisiones judiciales.

d) Como dice Ihering, la vida independiente del niño comienza desde el momento en que se separa de la madre; y así, el Derecho aparece cuando se separa del sentimiento jurídico, que es su origen, siendo la ley la que crea esa separación; pero el Derecho no es creación única del sentimiento jurídico, sino también de otros factores.

Como se ve, la cuestión está en determinar los límites de la influencia del sentimiento jurídico en la formación del Derecho; por lo demás, en todas las concepciones, con excepción de la primera, totalmente rechazada, se da entrada a aquél, siquiera por unas se le conceda más transcendencia que por otras.

El sentimiento jurídico: En la norma jurídica, dice De Diego, pueden discernirse un elemento racional, que es la convicción, y otro autoritario; sin el primero sería ciega, arbitraria; sin el segundo, no sería obligatoria. Elaborando aquella convicción intervienen la sociedad y los individuos todos, no ya sólo el Estado y el legislador; y el suelo; sigue De Diego, en que las concepciones jurídicas se forman, es el estado de cultura por que atraviesa un pueblo con sus ideas religiosas, éticas, económicas. Para mí, es innegable la influencia de esto que constituye el sentimiento jurídico en la formación del Derecho. Su transcendencia a este respecto es doble: formando el Derecho e impidiendo que, sin su audiencia, se elabore otro; dando al legislador lo que ha de ser la ley y rechazando las que el legislador elabore, de tal manera, que en ellas no puede considerarse retratado el pueblo para quien se dictan.

Así resulta que el legislador no crea el Derecho, sino que lo encuentra; pero también es verdad que puede corregirlo, mejorarlo, acondicionarlo a la vida, actuando sobre el sentimiento jurídico, como un reactivo, según la expresión de Posada; de tal manera, que antes que elaborar la ley ha de ser función del Estado y del legislador influir sobre la conciencia social, mejorar ese estado de cultura, al efecto de que el sentimiento jurídico no se estacione y pueda el pueblo perfeccionar su Derecho. De esta manera aparecen dos elementos perfectamente definidos, concurriendo a la formación de la norma jurídica; de un lado, el sentimiento jurídico; de otro, el legislador, en quien se resumen todos los demás elementos, representante de la doctrina científica en sus diferentes variantes, y encargado de hacer que cristalice el sentimiento jurídico en la ley, que por eso se ha denominado el verbo perfecto del Derecho.

Entre tanto tal fenómeno se opera, el sentimiento jurídico se concreta

en la costumbre que históricamente ha tenido una importancia extraordinaria, no sólo en la esfera privada, sino también en la política internacional, con fuerza bastante para sobreponerse a las leyes, para derogar las leyes, siendo la suma de costumbres lo que constituye el Derecho consuetudinario, Derecho que siempre ha tenido especial vida en aquellos pueblos que, por unas u otras circunstancias, carecieron de las suficientes leyes escritas y que en España alcanza un extraordinario relieve, habiendo sido Costa el iniciador afortunado de esta clase de estudios («Derecho consuetudinario y economía popular de España». Barcelona, 1902. Mouton: «Derecho consuetudinario español y europeo, Madrid 1911).

Problemas que ofrece la influencia del sentimiento jurídico en la formación del Derecho: ¿Están siempre en armonía el sentimiento jurídico y la ley? ¿No es verdad que muchas veces al pasar el Derecho del pueblo al legislador, sufre grandes modificaciones de forma, de contenido, de orientación? He aquí algunos problemas de los que ofrece esta cuestión de determinar el área de influencia del sentimiento jurídico en la formación del Derecho: 1.º, si la ley es fruto del sentimiento jurídico, ¿cómo es que está presidida por la técnica?; 2.º, si la ley es fruto del sentimiento jurídico, ¿cómo es que entre ambos hay frecuente antagonismo?; 3.º, siendo el sentimiento jurídico la madre del Derecho, ¿cómo es que la ley se ignora?; 4.º, ¿cómo podrá conocerse si está invadida por la técnica?

La aparición de la técnica: Mientras las ideas jurídicas, dice Ihering, son limitadas, la técnica no es necesaria; pero cuando la complejidad de la vida social eleva el Derecho a más amplios y dilatados campos y actividades, necesariamente tiene que convertirse en ciencia, empezando a ser como un misterio para todos los que no están especializados en ella. ¿Por qué se ha de luchar contra la técnica jurídica? ¿Acaso la técnica no ha invadido hasta los más humildes oficios? El que sostenga, insiste Ihering, que la sociedad puede pasarse sin los jurisconsultos, que se meta a zapatero o a sastre; botas y vestidos le enseñarán lo que la jurisprudencia no le hizo aprender, y se convencerá de que todas las actividades humanas tienen su técnica.

El Derecho es para la vida, cierto; pero, ¿cómo se articula, cómo se cumple y se ejecuta? Aquí ya estamos en la técnica; técnica que no debe oponerse al sentimiento jurídico o que debe influir sobre él para mejorarlo, pero que a veces se opone al sentimiento jurídico, como al sentimiento artístico o literario de un pueblo se oponen los rumbos de los artistas o de los literatos en sus creaciones. Lo que acontece es que se parte siempre del supuesto de que el único factor determinante del Derecho es la conciencia jurídica de un pueblo, y así es como puede ponerse más en tela de discusión la necesidad de la técnica en las leyes.

Hace su aparición la técnica cuando las necesidades sociales producen que el Derecho sea más complejo. Si éste es como el lenguaje, la téc-

nica es como la gramática, dice Ihering. Y sigue: Los chinos tienen un signo para representar cada idea, y, de manera diferentes, nosotros, con 28 signos, representamos todas. El Derecho primitivo, dado ser casuístico, pero el posterior, más complicado, por ser más complicada la vida de relación de los hombres, tiene que estar inspirado en principios lógicos. Si para cada relación jurídica tuviéramos que establecer una regla, sucumbiríamos anonadados por una enorme masa de materiales, sin eficacia alguna. La técnica, es como la química del Derecho, realiza esta labor de delinear los cuerpos jurídicos, formando grandes masas de doctrina que pueden inspirar a múltiples situaciones de Derecho.

Los jurisconsultos: Al mismo tiempo que la técnica se hace necesaria, el jurisconsulto entra en escena. Hasta entonces, refiriéndonos como tenemos que referirnos al Derecho romano, porque para Roma el Estado y el Derecho eran lo que para los hebreos la religión y los sacerdotes, o lo que para los griegos el arte y los artistas, el Derecho se había conservado en secreto por los pontífices (Mayr, «Historia del Derecho romano», traducción de Roces, Madrid, 1925). El jurisconsulto aparece en la vida de los pueblos cuando el Derecho vino a ser un arte y una ciencia libres. Ningún poder fué menos combatido que el de los jurisconsultos en Roma. Ciertamente es que Cicerón dice de ellos que organizaron el Derecho de manera que en todas partes fueran necesarios (como ahora se dice, que así como donde no hay saludadores, no hay perros que ladren, tampoco hay pleitos donde no hay abogados): pero, en general, en Roma el jurisconsulto era máximamente respetado, pues a este pueblo cultivó como a ninguno el sentimiento de justicia y el amor al Derecho. También es cierto que tal respeto al jurisconsulto pudiera tener su origen en que en Roma el arte jurídico no era un modo de vivir, sino que uno de los rasgos más típicos de la jurisprudencia romana, en la edad de oro, era que los juristas no se hacían pagar. «Por necesarios—dice Ihering—que sean en las circunstancias sociales, los honorarios son el genio malo del jurista, sirven de obstáculo a toda influencia favorable y constituyen la maldición de nuestra vida jurídica».

El jurisconsulto es necesario por lo que es la técnica, y ésta y aquél están absolutamente enlazados. No entra el jurista en escena contra la fuerza de las multitudes, sino porque éstas le reclaman; y no se deplora este apartamiento del pueblo de la técnica jurídica, ya que siempre será inútil todo intento de aproximación entre el especializado en una función, por modesta que sea, y el que no la conoce. Por otra parte, ¿cómo medir lo que se debe al jurisconsulto en el progreso jurídico?—dice Treitschke—y es cierto, «que lo que parece a la posteridad que es obra indispensable de la opinión universal, en realidad sólo fruto de los rudos combates sostenidos por algunos hombres enérgicos y valerosos» (Escritos de Historia Política).

La técnica, pues, es necesaria, y es necesario el jurisconsulto. Ya referiremos este mismo problema a otro aspecto más adelante; ahora nos preguntamos otra vez, ¿cómo es que muchas leyes repugnan a la conciencia popular?

Antagonismo entre el sentimiento y las leyes: Es indudable que entre el sentimiento jurídico y la ley existe frecuentemente un divorcio. Ante las nuevas formas jurídicas los pueblos invocan la santidad de su derecho; pero al mismo tiempo el jurista que se hace cargo de la evolución mundial trata de corregir aquél, lucha contra él, y el legislador elabora una ley que está en abierta oposición con el sentimiento jurídico nacional. Cuando el legislador impone a un problema de derecho una solución, no atisbada por el sentimiento jurídico nacional, si excede—dice De Diego—del grado de cultura, del desarrollo económico de la colectividad, el legislador hace obra baldía, y su obra nace muerta, sin posible efectividad. De aquí la obra del legislador de accionar sobre el sentimiento jurídico para que sea más perfecto.

Estos casos de antagonismo entre el sentimiento jurídico y las leyes los vemos muy repetidos. En ocasiones la lucha se entabla y termina con el triunfo del legislador porque el pueblo llega a comprender al fin la razón de la ley y la acepta; otras el triunfo es para el pueblo. Como más destacados y más vulgares, presentaremos algunos casos. En 6 de julio de 1808 se trata de imponer una Constitución a los españoles por las armas victoriosas de Napoleón, pero el empeño fué vano, porque los españoles, que no rechazaban el espíritu y tendencias de la revolución francesa en que aquélla se inspiraba, tenían como médula de su sentimiento jurídico aquella fórmula que luego se hubo de escribir en la Constitución de 1812: «La nación española es libre e independiente, y no es ni puede ser patrimonio de ninguna familia ni persona». Este intento de Napoleón fracasó como fracasaron los sueños de Locke para ser el Liturgo de la Carolina, o de Rousseau para reorganizar Córcega y Polonia.

¿Qué ha pasado recientemente en España? La Dictadura nos quiso regalar una Constitución, pero los españoles no aceptamos el obsequio, porque aquélla estaba en manifiesta pugna con nuestros sentimientos políticos. Igualmente la Dictadura dictó una serie de decretos que, por estar en manifiesta oposición con el sentimiento jurídico nacional, nacieron muertos, y a algunos ya se les ha enterrado con las debidas solemnidades.

Si del orden meramente político pasamos a otros, advertiremos que muchas instituciones figuran en los Códigos, pero no tienen verdadera vigencia. Así, quiérase o no, la recomendación no será en España una figura penal, ni el mismo duelo, ya que vemos cómo se verifican a ciencia y paciencia de las autoridades, ni otros muchos actos y omisiones que en los Códigos se registran como delitos o faltas. De manera diferente, la huelga que en el Código penal de 1870 estaba registrada como delito, dejó de serlo porque el sentimiento jurídico era más progresivo que el mismo legislador y tuvo éste que considerar a aquélla como un derecho. Y digo de manera diferente, porque en este caso, a diferencia de los anteriores, el sentimiento jurídico se manifiesta menos retardatario. Lo mismo puede decirse con la anticresis, esa mezcla de usufructo y de hipoteca, que figura como letra muerta en el Código civil; el pueblo no acude a la anticresis, encontrando más acomodadas a la vida actual otras instituciones que en nuestra misma legislación se contienen.

De todo este antagonismo entre las leyes y el sentimiento jurídico, re-

sulta lo siguiente: En primer lugar, ninguna ley tiene verdadera eficacia si no es cuando está en armonía con la conciencia nacional del país en que se promulgó; y, además, que unas veces es más progresivo el sentimiento jurídico que el legislador por la manera perezosa de funcionar de los Parlamentos, pero otras es más progresivo el legislador. En todo caso, mientras la coincidencia mentada no se dé, las leyes no tendrán verdadera efectividad. Y a tal extremo puede llevarse esta afirmación, que algunas de las disposiciones dictadas por la Dictadura, a pesar del origen contrario a todo principio de soberanía nacional por haber sabido interpretar el sentimiento jurídico de los españoles, tendrán plena eficacia y seguirán vigentes.

Pero se dirá, si el Derecho es tan sólo lo que el pueblo quiere y conoce, ¿cómo es que existen muchas leyes de las que el pueblo no tiene noticia detallada? ¿Cómo es que son necesarios los jurisconsultos? ¿Cómo es que las leyes se redactan de manera que el pueblo no las entiende? ¿No es, acaso, el más grande antagonismo entre el sentimiento jurídico y la ley el que éstas estén llenas de tecnicismos?

La ignorancia del Derecho: «Es sabido—dice Costa—que uno de los más firmes sostenes de las sociedades civilizadas, viene siendo desde hace más de dos mil años, una presunción «*juris et de jure*» que constituye un verdadero escarnio y la más grande tiranía que se ha ejercido en la historia; esa base, ese cimiento de las sociedades humanas, es el que se encierra en estos dos conocidos aforismos: 1.º A nadie le es permitido ignorar el Derecho (*nemine licet ignorare ius*). 2.º En su consecuencia, se presume que todo el mundo lo conoce, por lo cual, aunque resulte que uno lo ignoraba, le obliga lo mismo que si lo hubiese conocido». «Y esto—sigue Costa—se mantiene a pesar de que es conocido que es imposible que aun los letrados puedan saber todas las leyes a pesar de que se conoce que la presunción cabal sería la opuesta, o sea, nadie conoce las leyes mientras no se demuestre lo contrario.»

Menger, estudiando el problema, llega a la afirmación incontrovertible de que tal principio hiere especialmente a las clases inferiores de la sociedad por ser las más incultas; razón de especial incultura en que se inspiraron las excepciones que en el derecho romano y en el español histórico se admitieron a dicho principio, que actualmente está consignado en el artículo 2.º del Código civil, con estas palabras: «La ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento», y que en el total de la legislación vigente en España no tiene más excepción que la que se establece en el art. 207 del Código de Justicia militar, disponiendo que «no se aplicaran las disposiciones penales de esta ley a los individuos de las clases de tropa sin que conste habérselas leído antes de delinquir». Esta excepción la funda Carrara, afirmando que la legislación militar es un estatuto personal que el ciudadano puede ignorar, ya que no se refiere a todos los ciudadanos.

Este principio de la ignorancia del Derecho se apoya en una necesidad social; sin él no podrían subsistir los organismos humanos, pero es cierto que bien pudiera trasladarse a nuestra legislación modificando ese precepto del Código civil, que es aplicable a todas las leyes, el art. 21 del Código de Méjico de 1928 que dice: «La ignorancia de las leyes no excusa de su

cumplimiento; pero los jueces, teniendo en cuenta el notorio atraso intelectual de algunos individuos, su apartamiento de las vías de comunicación o su miserable situación económica, podrán, si está de acuerdo el Ministerio público, eximirlos de las sanciones en que hubieran incurrido por falta de cumplimiento de la ley que ignoraban, o, de ser posible, concederles un plazo para que la cumplan siempre que no se trate de leyes que afecten al interés público.»

Por un sector de la doctrina del Derecho se afirma la posibilidad de vivir sin leyes. Kropotkin, por ejemplo, dice: ¡«No más leyes! ¡No más jueces! La Libertad, la Igualdad y la práctica de la Solidaridad humana son la sola y segura eficacia que podemos oponer a los instintos antisociales de algunos hombres.» («Palabras de un rebelde. La ley y la autoridad».) Y Dorado Montero afirma: «Las leyes irán desapareciendo cuando el Estado autoritario actual, basado en la fuerza, vaya transformándose en un Estado cooperativo basado en la libre voluntad racional de todos sus asociados.»

Estas afirmaciones pueden parecer hasta bellas. Yo no niego la posibilidad de ningún perfeccionamiento humano. Acaso algún día se pueda vivir sin leyes, pero en la actualidad la idea no es suscribible. Inversamente, hay por parte de todos un especial afán por la existencia de leyes, que el mismo Kropotkin reconoce, y cada ciudadano, con referencia a un punto de vista particular que sostenga, dice con el mayor entusiasmo: «Yo sobre esto haría una ley». Y es que aunque es cierto que el sentimiento jurídico es la madre del Derecho y que, como dice Aristóteles, «la ley para hacerse obedecer no tiene más autoridad que el uso», la opinión pública no está satisfecha hasta que ve su conciencia reflejada en la ley, a la que dedica el mayor respeto, como muy digna del mejor elogio que de ella se ha hecho por Platón. («Critón o el deber».) Las leyes son absolutamente necesarias y el primero que las pide es el sentimiento jurídico de cada pueblo; sostener lo contrario es desconocer la realidad de las cosas, y nada más que suscribir una afirmación que pudiera parecer excelente, como esa misma nativa bondad humana en que se funda.

Para corregir las consecuencias del principio de la ignorancia de las leyes se ha propuesto por Menger obligar al juez civil a que instruya a todos los ciudadanos gratuitamente acerca del Derecho vigente. He aquí otra bella aspiración. ¿Es que es posible lograr esa instrucción? Si aun los juristas sabemos poco tras largos años de estudio, ¿cómo, quien agota su actividad en otras funciones, habría de tener tiempo y talento bastante para aprender las leyes de su país? Además, ¿cómo conocer esas leyes sin los demás conocimientos jurídicos que las informan? No bastaría conocer la ley, sino que sería menester entenderla y para ello indispensable un más amplio estudio que el suficiente para aprenderlas de memoria, disponiendo a tal fin de una buena biblioteca. Y ante esto hemos de preguntar otra vez: ¿es necesaria la técnica en las leyes?

La necesidad de la técnica: Ya he afirmado antes que sólo un Derecho primitivo, rudimentario, puede estar exento de tecnicismos; pero ahora voy a referirme otra vez al problema, porque para corregir los efectos de

la ficción que supone el principio de la ignorancia del Derecho, obligando las leyes, aunque se desconozcan, se ha propuesto que éstas se redacten en el lenguaje del pueblo, borrando de ellas absolutamente todo tecnicismo. En primer lugar, debe advertirse que aunque se redactaran en tal lenguaje, siempre resultaría la imposibilidad de conocer todas las leyes, puesto que los mismos juristas no las conocen; además, habría que estar suscritos a la «Gaceta», a no ser que el Estado regalara a cada ciudadano un ejemplar, y, obvio es decirlo, sería necesario que todos los habitantes de un país supieran leer, cuidándose en la redacción de las leyes que el lenguaje fuera el del más inculto. Fácilmente se advierte que nada de esto es posible. Mas, refiriéndonos a la máxima técnica, concretemos el problema en orden a los hechos, recogiendo la reciente experiencia de Rusia, la vigente experiencia soviética.

Inspirándose en la doctrina comunista, partiendo del supuesto de la nativa bondad del hombre, y amparándose en el sentimiento de solidaridad que le es propio, el legislador ruso, al implantar el comunismo integral, hubiera sido consecuente no dictando leyes, pero decidido a dictarlas, redactándolas en el lenguaje más vulgar, sin conformidad con los principios que la ciencia del Derecho exige. ¿Ha procedido de este modo? No. Su antilegalismo se ha traducido en el más grande abuso que de legislación se puede cometer. Es cierto que en las exposiciones de motivos de sus Códigos se afirma que se legisla de una manera dialéctica, que se procura que el fin de las leyes es hacerse innecesarias e inútiles, aunque transitoriamente es indispensable legislar; se afirma todo esto disculpando el abuso de legislación, pero el hecho es que se legisla de la manera más copiosa que en el mundo se ha registrado. Tantos cuerpos legales como pueda tener el país más amante del Derecho escrito tiene Rusia, pero advirtiendo que cada uno ha sido objeto de múltiples revisiones y que sobre cada uno, con el sistema de notas a cada artículo, se ha construido otra formidable masa de legislación. De esta manera se ha cumplido el principio comunista de la innecesidad de las leyes.

Vengamos ahora a la manera cómo estas leyes se redactan. ¿En qué lenguaje? ¿Estilo europeo? El legislador ruso no quiere legislar de una manera burguesa y dice que legisla sin tecnicismos. Efectivamente, en todos sus cuerpos legales se ve una manifiesta reacción contra las fórmulas técnicas; así están llenos de graves defectos de forma, así sus preceptos están invariablemente seguidos de notas adicionales, obra del mismo legislador, porque la pobreza de sus disposiciones lo han exigido. ¿Se ha conseguido algo con la tendencia implantada? Aunque estos cuerpos legales sean algo más asequibles que los demás europeos, bien puede asegurarse que el no jurista no los entiende. Yo, que conozco y dispongo de todos los Códigos soviéticos, no tengo inconveniente en someterles a esta prueba, y para demostrarlo bastaría dar lectura de cualquiera de sus preceptos ante un público no especializado.

Todo esto demuestra que el legislador ruso, sobre otros fracasos que el mismo Pestaña ha proclamado, señaladamente con la frase «el obrero en Rusia no es más que un esclavo» («Sesenta días en Rusia, etc.»), ha tenido este doble que registro: verse obligado a dictar leyes y no lograr

con su pobreza legislativa que sean escritas en tal lenguaje que los no juristas puedan aprenderlas. Esto, aparte de que el aldeano ruso no tendría tiempo de aprenderlas, aunque fueran redactadas en el más infantil lenguaje, y que su fuente supletoria del Derecho, la conciencia socialista, no puede ser dominada sino por el juriconsulto.

Tal experiencia bien acredita la imposibilidad de alejarse de la técnica; ¿es además, que en Rusia no hay juristas? De ninguna manera; la legislación soviética admite las mismas funciones que las europeas. Y ¿a título de qué y con qué objeto actúan esos personajes? Sin duda alguna a título de técnicos y para la técnica, pues como dice Dabin, «aunque el pueblo no puede vivir al margen del Derecho, el pueblo tiene necesidad de los juristas, porque es imposible separar el Derecho de toda apariencia formal.» «La experiencia rusa, dice Lamber—introducción a la traducción francesa de los Códigos rusos de Patouillet Dufour—contribuirá al estudio de la conciliación entre la necesidad creciente de democratizar el Derecho, y la necesidad, tan imperiosa, de mantener a las reglas jurídicas su precisión y su certeza.»

Alianza del sentimiento jurídico y de la técnica: Siendo cierto todo lo anterior, ¿cómo hablar de la eficacia del sentimiento jurídico? Si se rechaza la afirmación «sólo es Derecho lo que el pueblo conoce», y el pueblo no conoce ni puede llegar a conocer el Derecho, así por su volumen como por sus formalismos, ¿se podrá decir que el sentimiento jurídico es la madre del Derecho y que tiene fuerza para imponer o para rechazar una determinada legislación?

La pregunta tiene una fácil respuesta. Entre el sentimiento jurídico y el Derecho legislado que el pueblo acepta, existe una total y absoluta alianza. El sentimiento jurídico de un pueblo, en un momento determinado, afirma las nociones de propiedad, de familia, de obligación y de herencia, y las afirma con una orientación bien concreta. El sentimiento jurídico se manifiesta protestando contra la subida del precio de los arrendamientos, o contra la falta de indemnización por accidentes del trabajo, y es inútil, completamente inútil, que el legislador se obstine en mantener una legislación vieja que regule el arrendamiento o contrato de trabajo de modo diferente a como la conciencia social solicita. Sin embargo, el modo como se ha de articular ese optimismo jurídico, la manera como se ha de aplicar y se ha de ejecutar ese Derecho, necesariamente tiene que ser materia propia de la actividad del juriconsulto. Es indispensable dictar normas generales que abarquen todos los casos posibles, es necesario que la ley, en caso de contienda judicial, contenga elementos bastantes para toda posible resolución y todo reunido en un cuerpo de doctrina, todo en el menor número de preceptos, porque de otro modo caeríamos anonadados por el peso de la legislación.

El sentimiento jurídico nos dice que debemos tener derecho a operar con nuestra propiedad inmueble, y la técnica elabora la doctrina sobre el derecho inmobiliario; el sentimiento jurídico nos dice que ciertos contratos no deben obligarnos, y la doctrina elabora los conceptos más densos sobre la nulidad, simulación, etc., etc., de los contratos. Supongamos que una

ley dispusiera actualmente en España que el padre de familia no tenía derecho a educar a sus hijos, o supongamos que se admitiera el aborto por los motivos que en otras legislaciones se determinan; ya se vería, conocida como es nuestra conciencia jurídica, cómo protestaría tenazmente contra tales disposiciones hasta vencerlas, hasta verlas derogadas, porque cualquiera que fuera su razón de técnica, no se armonizan con el sentimiento jurídico vigente en España.

Así es como se alían ambos elementos. Inspirando el sentimiento a la técnica, pero también inspirando ésta a aquél, haciéndole reaccionar, mejorándole en una labor de perfeccionamiento constante, porque, como he dicho antes, lo que muchas veces parece ser fruto de la conciencia colectiva, más bien resulta ser obra de la labor de apostolado de hombres y de cerebros vigorosos que supieron influir en la cultura y en los sentimientos de un pueblo o de una clase. Recuérdese, por ejemplo, lo que la clase obrera debe a su gran apóstol Pablo Iglesias, el político español que más destacadamente ha dejado una doctrina, una organización y una táctica.

El Derecho de sufragio, los jurados: Innegable es, insistimos, la influencia del sentimiento jurídico en la formación del Derecho, lo interesante de la consideración del Derecho como sentimiento. Esta apreciación es lo que constituye la base de todos los derivados del principio de la soberanía nacional, tan atacado por ciertos sectores políticos sin perjuicio de que nos ofrezcan a los «padres de familia» en especial movimiento y agitación llegados ciertos trances. El Derecho no tiene su origen en la voluntad de una persona sino siempre en la conciencia del pueblo y en lo que sobre ella actúa. Así es como puede justificarse también el Derecho de sufragio; el legislador es el súbdito y el ciudadano el señor, aunque la realidad nos diga muchas veces que el pueblo no es soberano más que en el día de las elecciones, y ni aún en tal momento, porque el más sagrado derecho que un hombre puede tener, se vende por cualquier cantidad o favor. Negada esta soberanía por el Estado oficial se procede, como se ha procedido en los tiempos de la Dictadura, con la lógica del bebedor del cuento de que nos habla Costa; el falso es el mármol, no la moneda, decía el bebedor; y así el Estado reputa falso el Derecho que el pueblo ama y defiende aunque sólo lo que el pueblo quiere y conoce como Derecho, en la forma expuesta, puede ser considerado como norma jurídica.

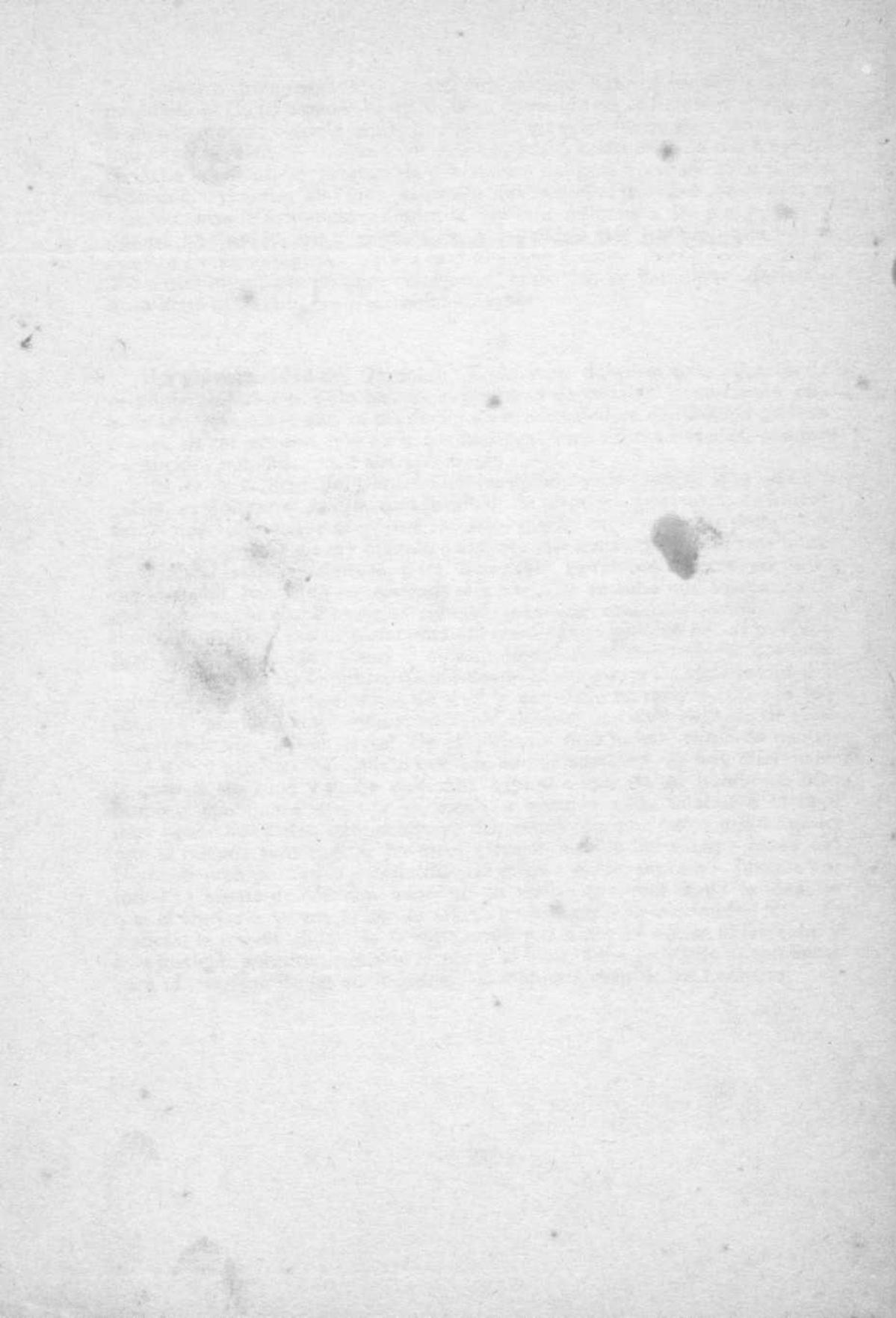
Otra actividad muy interesante tiene también el sentimiento jurídico en la formación del Derecho, consistente en la intervención del pueblo como jurado en los juicios criminales y en otros especiales civiles, porque a la colectividad interesa no sólo la manera como se declara el Derecho, sino el modo como se aplica, y porque la justicia, aparte de las formas técnicas que revisa, cuando se traduce en el Derecho positivo, es principalmente un ideal ético y éste nadie lo posee en más alto grado que la colectividad, ni a nadie más que a la colectividad interesa la justicia, en cuya realización por los Tribunales, lógico es que los pueblos quieran ver retratado su sentimiento jurídico; y tanto, que se ha llegado a afirmar por Cornil que el Derecho jurisprudencial no es más que una variante, una forma superior del Derecho consuetudinario.

Véase a este respecto cómo el sentimiento jurídico ha sido capaz de modificar el Código penal de 1870. Bien conocido es el llamado «delito de la planchadora»; aquella mujer que simuló un nacimiento para tener como hijo suyo a quien en realidad era de otra, falsificando un acta del Registro civil. La falsedad fué perseguida y la autora del hecho condenada; pero la conciencia popular, del más exquisito intelectual al hombre más rudo, se rebeló contra la sentencia y contra la ley que obligaba a los jueces a condenar, haciendo, como siempre, más legalidad que justicia, que así es nuestro Derecho legislado; y ahí está el nuevo Código penal, cuyo artículo 385 permitió que en un caso semejante, cometido en Barcelona, declarándose lícito el hecho, fuera absuelto su autor.

La universalidad del Derecho: Todo esto demuestra la eficacia del sentimiento jurídico, pero hay en él una nota de especial importancia, cual es la universalidad, que va produciendo una verdadera comunidad internacional, de tal manera, que en lo fundamental los Códigos vigentes, con rara excepción, coinciden casi absolutamente.

Si de la ciencia del Derecho se ha dicho, y con razón, que no tiene patria, es porque el sentimiento jurídico, en términos generales, es universal. No es verdad que el mismo Derecho pueda regir en todas partes. Los pueblos progresan a muy distinto paso, sus circunstancias peculiares imponen diversidades legislativas; pero innegable es también la universalidad del Derecho, hablando en términos relativos. Ya se sabe que, como ha dicho Spencer, lo absoluto no se concibe más que como una negación de lo concebible. Cada día es más común el sentimiento jurídico en los pueblos. Bien lo demuestra la general y común organización del trabajo, por la labor de la oficina de Ginebra, dando desde cierto punto de vista realidad al grito del manifiesto comunista de 1848 y poniendo en relieve cómo la técnica y el sentimiento jurídico, en cabal alianza, han sido capaces de crear una legislación casi universal. De un jurista a otro jurista, como de un médico a otro médico, cualquiera que sea su nacionalidad, no hay diferencia: la ciencia les une; y todos debemos aspirar a que de un hombre a otro hombre, cualquiera que sea su patria, y aunque cada cual ame la suya muy profundamente, tampoco haya diferencia, porque todos estén unidos por el mismo sentimiento jurídico, porque las fundamentales ideas del Derecho sean por todos entendidas del mismo modo, porque la justicia por todos se sienta de idéntica manera; de suerte que, rechazada la idea de que el Derecho pueda tener su origen en la fuerza, la comunidad de conciencia, la universalidad de la legislación y el amor de todos al Derecho y a la justicia, permitan siempre la paz y el bien, fines jurídicos culminantes para el progreso de las sociedades y el mejoramiento de los hombres.





DEL MISMO AUTOR

El patrimonio familiar inembargable. (Tesis de doctorado.)

La responsabilidad civil por la conducta ajena. (Valladolid-1928)

Los códigos del trabajo y agrarios rusos.—Sobre el error en los contratos. 1929.

La familia en Rusia y otros ensayos. (Benavente 1930.)



G

300950

0