

La Constitución y el Código civil ⁽¹⁾

La Resolución de la Dirección general de los Registros, de 15 de Diciembre último (*Gaceta* de 1.º de Enero), cuyo extracto va en la sección correspondiente, repite la doctrina de la posible anulación, no nulidad, de los contratos celebrados por mujer casada sin licencia marital. Pero en el primero de los considerandos que la fundamentan se contienen unas afirmaciones que estimamos de interés hacer resaltar como una posible orientación para cuando se plantee en la práctica—en la teoría ya ha ocurrido—el caso de contratos hechos por mujer casada de bienes propios por sí, sin licencia, autorización ni mención siquiera de su esposo.

Dichas afirmaciones vienen a contener dentro de sus propios límites la cuestión, quitando un apoyo serio a los que alegremente sostienen la teoría de ser perfectamente válidos, inscribibles, sin asomo de posible anulación dichos contratos, fundándose en los principios constitucionales de la igualdad de todos los españoles ante la Ley (artículo 2.º), no poder ser fundamento de privilegio... el sexo... (artículo 25) y en la igualdad de derechos para ambos sexos en que se funda el matrimonio (artículo 43).

En caso de divorcio no cabe duda sobre la plena capacidad de la mujer, ya que según el artículo 24 de la Ley de 2 de Marzo de 1932 (*Gaceta* del 12), la mujer puede disponer de sus bienes. Lo mismo puede sostenerse en caso de separación de personas, toda vez que, además de las razones legales, el complemento de la ca-

(1) Destinadas estas líneas a servir de comentario a la Resolución que se cita, su extensión ha hecho necesario desglosarlas y darlas esta forma y lugar. (*Nota de la Redacción.*)

pacidad normal—licencia marital—no existe porque no es lógico exigir a la mujer que la solicite de quien está separada. Y como el artículo 38 de dicha Ley, que en el caso en cuestión desenvuelve el artículo 43 de la Constitución, no expresa a qué clase de separación se refiere, si a la de personas y bienes, o a unas u otras exclusivamente, ha de entenderse que comprende también a la de bienes. Aun no existiendo más que la interposición y admisión de la demanda de divorcio, tiene la mujer una capacidad que podemos llamar semiplena, puesto que según el artículo 43 de la misma Ley, mientras se sustancia el juicio, la mujer tendrá capacidad jurídica para regir su persona y bienes, con la limitación de no poder enajenar o gravar sin autorización judicial. En caso de ausencia, como ésta es causa de disolución del matrimonio, hemos de juzgar que equiparados como se hallan ambos sexos no ha de necesitar la mujer del ausente ni autorización judicial para enajenar y gravar no sólo sus bienes propios, sino también los de la sociedad conyugal.

Pero prescindiendo de estos casos, y de otros que pudieran presentarse, de ser ése el objeto de este trabajo, en los que una Ley posterior a la Constitución no sólo no se opone a ella, sino que regula y desarrolla en preceptos eficaces algunas de sus afirmaciones, ¿ha de entenderse que los preceptos del Derecho civil sobre estas y otras materias han quedado derogados o modificados por lo dispuesto en la Constitución, o ha de esperarse a que los legisladores y autoridades judiciales desarrollen debidamente dichos preceptos? El Sr. De Buen, en su obra *Introducción al estudio del Derecho civil* (página 226), formula análoga pregunta en los siguientes términos: «¿Deberán reputarse dichos preceptos como auténticas normas jurídicas, o, por el contrario, como simples enunciaciones programáticas, cuyos destinatarios son los futuros legisladores? ¿Serán tan sólo «declaraciones de derechos» (o como se ha dicho con sorna «declamaciones de derechos») que para alcanzar virtualidad normativa necesitan desarrollarse en una Ley?»

La Dirección apunta una indicación negativa al primer extremo de la penúltima interrogante, apoyándose en los comentaristas del texto constitucional. Uno de éstos, el Sr. Pérez Serrano, en su

libro *La Constitución española de 1931* (pág. 185), se inclina a la no derogación del Derecho privado por los preceptos constitucionales. «Habrá que ir—dice—a un nuevo régimen familiar, y, mientras, no podrá prosperar, por ejemplo, la acción de un hijo adulterino reclamando igual porción hereditaria que los legítimos.» Y con referencia al matrimonio, entiende que aunque éste «se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos (artículo 43), como esto pugna con nuestro Código civil, y la nueva regla no parece por sí ejecutiva, será menester aguardar a la ineludible reforma de dicho Cuerpo para que cobre vida lo que hoy no pasa de ser mera enunciación programática». (Obra citada, pág. 186.) No niega la repercusión que necesariamente tenía que producir, aunque de distintos modos, la Constitución en el Derecho privado, sino que las separa en «dos grandes grupos de preceptos: los que verdaderamente responden a este nombre y son eficaces desde ahora, y los que significan mera promesa de un programa de reformas y no pueden actualizarse hasta que una ley complementaria venga a posibilitar su ejecución» (pág. 123).

El Sr. Díez Pastor, en la conferencia pronunciada en el Colegio Notarial de Valencia y publicada con el título *La familia y los hijos habidos fuera de matrimonio, según la Constitución*, sostiene la misma teoría, atribuyendo a los preceptos de Derecho privado la regulación de las relaciones jurídicas entre particulares, y a la Constitución la organización y funcionamiento del Estado, para concluir que manteniéndose aquélla dentro de su propio carácter, no puede haber colisión entre sus normas y las del Derecho privado. «Únicamente—añade—cuando en la Constitución se intercala un precepto de Derecho privado concretísimo, que sea la contradicción clara y directa de un artículo del Código civil o de otra ley atinente al Derecho privado, cabe hablar de derogación tácita.» Y señala como ejemplo el precepto que redujese a ocho años el plazo máximo de duración del retracto convencional. «Y tal es quizá—continúa—el contenido en el párrafo quinto del artículo 43, en cuanto modifica los preceptos que regulan las circunstancias de las inscripciones. Pero fuera de este caso, el artículo 43 de la Constitución—fundamental en esta materia—sólo contiene preceptos que, o ellos mismos se remiten a ley futura, o están formulados de una manera tan vaga que apenas

se deduce de ellos una orientación, cuanto más un precepto de Derecho civil concreto.»

El Sr. Castán, en la nota bibliográfica (1) de una obra del señor Batlle y Vázquez, de que luego nos ocuparemos, expone la misma idea: «Sólo cuando se trate de preceptos constitucionales muy concretos y terminantes, que encierren una norma de Derecho privado, se habrá de entender derogada directa e inmediatamente la ley civil que sea contraria. Cuando lo que la Constitución establezca sea, no una *norma*, es decir, una regulación completa e imperativa de una situación de hecho, sino un *principio jurídico*, como el de igualdad ante la ley y proscripción de privilegios, que proclaman los artículos 2.º y 25, o el de igualdad de los sexos en el matrimonio, que preconiza el 43, hay que esperar a que una ley civil complementaria lo traduzca en preceptos concretos, obligatorios para los particulares.»

La opinión en contra acaso más autorizada, por tratarse del Presidente de la Comisión parlamentaria de la Constitución, Sr. Jiménez de Asúa, de lo que se *quiso hacer*, en unión de la del citado Sr. De Buen, se consignan en el siguiente párrafo, que tomamos de la citada obra del último (página 226): «No cabe duda que en una Constitución hay preceptos de diferente especie, y entre ellos algunos que constituyen «meras afirmaciones, expresión de convencimientos, enunciación de programa u orientación futura, promesa de reforma, etc.» (JIMÉNEZ DE ASÚA: *Proceso histórico de la Constitución española*, 1932, página 62); pero también lo es que el momento actual está caracterizado por la tendencia a sustituir las afirmaciones declamatorias por preceptos eficaces, garantidos contra el Poder ejecutivo y aun el judicial, que, no sólo se refieren a la persona individual, sino a la familia, al sindicato, a las asociaciones de toda índole (JIMÉNEZ DE ASÚA: *Obra citada*, páginas 64 y 65). Dentro de la Constitución española, aquellos preceptos sobre Derecho privado que están redactados en forma imperativa, no aplazada y condicionada, deben reputarse vigentes

(1) En *Revista de Derecho Privado*, núm. 237, pág. 191.

de modo inmediato, aunque contradigan todo el sistema de nuestra legislación civil, que, en lo que a ellos se oponga, queda totalmente derogada.»

Párrafo aparte y mención especial merece la obra del Sr. Batlle y Vázquez *Repercusiones de la Constitución en el Derecho privado*, premiada en el Concurso «Alcalá-Zamora», abierto por la Academia Nacional de Jurisprudencia y Legislación, porque es, de las que hemos consultado, la que con más extensión y esmero, con un plan completamente moderno, estudia con todo detalle y hace más interesantes observaciones sobre el destino inmediato, mediato y lejano de muchas de las disposiciones del Código civil, que—según su sentir—o quedan derogadas o modificadas o simplemente sin aplicación después de publicada la ley fundamental.

Y así opina que todas aquellas limitaciones impuestas a la mujer no unida por vínculo matrimonial, en atención a su sexo, deben desaparecer, previa la condición de mayoría de edad, reconociéndola plena capacidad para ser testigo en los testamentos, conservando la patria potestad a la madre viuda, igualándola al padre para el nombramiento de tutor para sus hijos, declarándola hábil para el ejercicio de la tutela, admitiendo su concurrencia en la composición del Consejo de familia, etc.

En otro orden de cosas, sostiene teorías que caerán destrozadas al enfrentarse con la realidad. Tal ocurre en la supresión que propugna de la dote, sin tener en cuenta que las regiones forales, ya que no Castilla, donde tiene poco arraigo, se opondrán en masa a que sea proscrito un sistema que tiene tan vivas raíces en aquellas provincias. Y lo mismo puede decirse, incluso con mayor extensión, de la equiparación absoluta de derechos—que también supone—entre los hijos legítimos y los extramatrimoniales.

Ha sido el derecho familiar—en frase del Sr. De Buen (obra citada, pág. 223)—«el campo de las mayores audacias, desarrolladas en el artículo 43, que, por cierto, más que el precepto de una ley, parece un tratado de Sociología». Forzoso será reconocer, en vista de esta confesión, que no nos parece la audacia, aliada casi siempre de la ignorancia, el camino más adecuado para hacer labor legislativa. Así se explica, por ejemplo, el absurdo, que no

nos es dado concebir, de un matrimonio sin *autoridad marital*, sin transmisión de legitimidad a los hijos, que ya la adquieren sin necesidad de que sus padres estén unidos.

. Y es que ciertas teorías de la Constitución—laicismo, tendencia igualatoria, divorcio, derecho familiar, matrimonio, autoridad marital—, además de la improcedencia con que fueron encajados violentamente en un Código que debe ser sólo y esencialmente político, y tener, por tanto, como único objeto el Estado, su forma de gobierno y la declaración de los derechos de ciudadanía, sin que quepan en él afirmaciones de otra índole, por su origen marcadamente racionalista, por estar orientadas en un criterio socialista, no pueden tener raigambre en España porque chocan con las asperezas que les oponen las costumbres, la tradición varias veces secular, la concepción cristiana de la familia y del matrimonio, los mismos intereses creados que tienen una fuerza incontrastable.

Confirma esta última idea Radbruch, en su *Introducción a la ciencia del Derecho*, con las siguientes frases: «Los sujetos particulares suelen sentirse primordialmente esposos, padres, hombres de negocios, etc., y sólo después ciudadanos: por esto, de ordinario, los intereses existentes se oponen, mucho más radical y tenazmente, a una modificación del Derecho privado que a una transformación de orden político.»

Sobre otro asunto, también relativo a la capacidad de la mujer casada, hubo de resolver consulta el Ministerio de Justicia (1), elevada por el Notario de Madrid D. José Luis Díez Pastor. Había éste autorizado una escritura por la que una señora, que contrajo en 1926 segundo matrimonio, concedió la emancipación a un su hijo del primero y le autorizó para enajenar a título de venta ciertos bienes, oponiéndose el Notario al otorgamiento de esta escritura por entender que carecía dicha señora de facultad de emancipar, sin duda teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 168 del Código civil o acaso que el segundo matrimonio

(1) Orden de 4 de Octubre de 1933. (*Gaceta* de 5 de Noviembre.)

se había contraído antes de la vigencia de la Constitución y de la ley de Divorcio, y que, por tanto, no le eran aplicables las disposiciones de estos Cuerpos legales.

Juega en este caso otro elemento que es preciso tener en cuenta: la ley de Divorcio, que en su artículo 21 establece que «el hecho de contraer segundas o ulteriores nupcias el cónyuge divorciado en cuya guarda hubiesen quedado las personas y los bienes de los hijos habidos por él en anterior matrimonio disuelto, no será por sí solo causa para modificar la situación establecida al respecto de dicha prole».

Es decir, que en esta materia hay una conversión del precepto constitucional del artículo 43 en norma concreta de Derecho civil, y en su virtud la mujer divorciada que contrae segundas nupcias conserva la patria potestad. Y si ello es así, con mayor razón ha de entenderse que la viuda, después de contraer segundo matrimonio, se halla en el mismo caso. Máxime teniendo en cuenta que el obstáculo que hubiera podido presentarse de haberse constituido al menor el organismo tutelar, no existe en esta ocasión. La madre conservó de hecho la patria potestad.

Esta es la doctrina con que se declara bien extendida la escritura de emancipación de que se trata. Pero en ella, y al fundamentarla, se insiste en la afirmación de no constituir los principios dichos de la Constitución, reglas ejecutivas por sí solas, si bien la aplicación de las leyes civiles deberá hacerse en lo sucesivo con un criterio favorable al desarrollo de los principios constitucionales. Todo nuestro derecho positivo está sujeto a revisión por la fuerza del período constituyente en que se halla España, y mientras tengan vigencia las nuevas disposiciones que contiene el Código fundamental, muy necesitado, a juicio de muchos, de reforma honda y eliminadora de *audacias*.

LUIS R. LUESO,

Registrador de la Propiedad.