

Observaciones sobre la reforma del Código Civil

POR EL

DR. MANUEL BATLLE VAZQUEZ

I

Progresión en la reforma del Código

Cuando nuestro Código civil, tras azarosa y lenta gestación, se dictó, ya había cedido mucho la corriente doctrinal hija de un filosofismo optimista que veía en los propios códigos sistemas duraderos de soluciones perennes. Ilusión que la escuela histórica desvaneció, estableciendo el criterio de que las normas legales, que nunca pueden preverlo todo y para siempre, habían de ser flexibles para adaptarse a la circunstancia y que en todo caso habría de arbitrarse el camino para una modificación de los preceptos positivos remozando paulatinamente y en vista de la realidad cambiante las reglas inadecuadas o caducas.

A ello obedeció que la disposición adicional tercera ordenara una revisión del Código cada diez años respondiendo a las deficiencias y dudas que en sus memorias anuales elevadas al Gobierno, hicieran notar el Tribunal Supremo y las Audiencias Territoriales, datos que se pasarían a la Comisión General de Codificación.

La fórmula era feliz y abría un cauce de progreso que sin embargo no fué seguido pues, desde 1889 hasta hoy, tal revisión regular y periódica no se ha hecho ni una sola vez.



No obstante la vida no se detuvo por ello y en los setenta años que aproximadamente lleva de vigencia ley tan fundamental, varias veces se sintió el apremio de la reforma ante las mutaciones económicas, sociales e ideológicas que como fenómeno histórico se presentaron con singular aceleración.

En varias ocasiones hubo de acudir al remedio legislativo, pero las modificaciones de lo vigente rara vez se hicieron sobre el articulado del Código. Fué lo más frecuente plasmar las reformas en una legislación extravagante que aumentaba el número de las disposiciones que sobre Derecho común ya habían quedado anteriormente al margen del Código. El articulado de éste quedaba intacto, hasta tal punto que desde su publicación hasta la guerra civil de 1936, sólo dos leyes pueden contarse al respecto: una que modificó los artículos 682 y 732 suprimiendo en el testamento ológrafo el requisito del papel sellado (Ley de 21 de julio de 1904); otra, de mayor trascendencia social, que limitó el derecho a suceder abintestato de los parientes colaterales hasta el cuarto grado (Real decreto-ley de 13 de enero de 1928 modificativo de los artículos 954 a 959).

En cambio, a partir del término de nuestra última guerra civil, o sea desde 1939, las modificaciones parciales del Código se han sucedido, acaso porque su envejecimiento se hizo más patente unido a una mayor tranquilidad política y a una línea ideológica, más firme y definida que permitía centrar las reformas en sus aspectos técnicos.

Entonces se comienza por cambiar el título VIII del libro I relativo a la ausencia en ignorado paradero y a la declaración de muerte, abreviando plazos, regulando más perfectamente la situación interina a que la ausencia dá lugar y admitiendo esencialmente la Todeserklärung del Código alemán. Venía impuesta por el gran número de desaparecidos como consecuencia de la subversión y de la guerra.

Sigue la reforma del artículo 396 del Código relativo a la propiedad por pisos tratando de dar una regulación más adecuada a ésta y hacerla viable en vista de su necesidad y sorprendente generalización (Ley de 26 de octubre de 1939).

La ley de 5 de diciembre de 1941, con el propósito de integración en el Código, regula la institución no conocida por éste de la prenda sin desplazamiento posesorio y lo hace intercalando una sección nueva en el capítulo II del título XV del libro IV dando a los artículos una nume-

ración bis. Reforma ésta que no alcanzó efectividad y que fué derogada por la Ley de 16 de diciembre de 1954 que regula la hipoteca mobiliaria y que ha quedado de nuevo fuera del texto del Código.

El artículo 320 que fija la mayoría de edad se cambió en cuanto a señalarla en los veintiún años para todo el territorio nacional (Ley de 13 de diciembre de 1943).

También el artículo 321 se redactó de nuevo precisando la situación de las hijas de familia mayores de edad y menores de veinticinco años (Ley de 20 de diciembre de 1952).

Asimismo se reformó el título I del libro I regulador de la nacionalidad y comprensivo de los artículos 17 a 27 (Ley de 15 de julio de 1954).

Y, finalmente, cerrando estas modificaciones parciales se nos ofrece la ley de 24 de abril de 1958 cuyo comentario es el objeto de este artículo y que es quizás la más importante de todas las realizadas por referirse a aspectos múltiples, cuales son los sistemas matrimoniales, las medidas en caso de desarmonía conyugal, la filiación adoptiva, la ampliación de la capacidad de la mujer, la modificación de ciertos derechos sucesorios aumentando la cuota legal del viudo y el cambio en la dirección de la sociedad de gananciales protegiendo a la esposa contra posibles abusos del marido hasta el momento sin correctivo eficaz y con funestas consecuencias.

II

Los motivos de la ley de reforma

Están explicados en la exposición que precede al texto legal, aunque de una manera sumaria, y en ella se expresa que estos motivos son diversos según las instituciones que se modifican.

En materia de formas matrimoniales y de su regulación, el motivo inmediato era dar cumplimiento a un imperativo jurídico que derivaba del concordato suscrito entre la Santa Sede y el Estado español de 27 de agosto de 1953. Sus artículos XXIII y XIV y las declaraciones correlativas del Protocolo Final exigían poner en armonía los preceptos de la legislación civil con los del Derecho canónico, adaptación que obligaba a la revisión de bastantes artículos del título IV del libro I del Código en donde el matrimonio canónico era disciplinado.

La reforma del derecho de adopción se justifica en la Exposición porque «el código civil influido por las tendencias entonces dominantes concibió la adopción con perfiles y efectos muy estrechos». Es verdad. La institución era raquítica y casi unánimemente censurada por los tratadistas del Derecho civil y por todos los que de cerca la contemplaban. Parecía establecida casi exclusivamente para dar un heredero a quien la naturaleza había privado de ellos y la regulación legal parecía tener en cuenta casi únicamente el favor del adoptante. A todo lo cual se unía la imperfección técnica de los preceptos que habían sembrado muchas dudas y fueron objeto de controversias doctrinales singularmente en lo atinente a la sucesión abintestato del hijo adoptivo en la hipótesis del pacto sucesorio del artículo 177 (1).

(1) Baste recordar el trabajo de CASTÁN, *La sucesión abintestato del hijo adoptivo*, motivado por un caso práctico recogido en la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1915, y los de CABELLO, CÁMARA, ROBLES FONSECA, entre otros, aparte de las dudas y opiniones manifestadas al respecto en los tratados y manuales de Derecho civil.

Todo esto contrastaba con la importancia social adquirida por la adopción vista, en otra faceta más adecuada, como un remedio para el abandono de la infancia, como una institución de protección de carácter educativo dirigida a integrar en una familia a los niños que no pueden gozar de ella porque no la tienen de hecho o de derecho, entregados a la piedad privada o a los entes públicos de beneficencia que, cualquiera que sea su bondad, jamás podrán reemplazar a un hogar familiar en donde el niño encuentre su equilibrio y su normal y pleno desarrollo. «Hay que fijarse —decía Delivet de Saint-Mars (2)— en la cantidad prodigiosa de niños sin recursos, sin salidas, sin esperanzas y que resultan el azote de una sociedad de la que podrían ser la gloria». Cantidad aumentada en las épocas azarosas de guerras y revoluciones en las que han muerto millares de hombres que han dejado a sus hijos sin sostén y sin guía perdidos en el caos de un mundo egoísta y salvaje (3).

Una corriente humanitaria había revalorizado la adopción, objeto de innumerables leyes que se muestran en el Derecho comparado acentuando sus matices familiares (legitimación adoptiva) y basándose en datos médicos y psico-sociales (4).

Ya en España venía preocupando este problema social y había inspirado varias disposiciones como la Orden de 1 de abril de 1937 sobre acogimiento o colocación familiar, el Decreto de 2 de junio de 1944 y la Ley de 17 de octubre de 1941.

Por ello queda sobradamente justificada la reforma del texto del Código en este punto.

En orden a la capacidad de la mujer resultaba obligado, dado el papel de ésta en la vida moderna, una ampliación borrando en algunos aspectos una injusticia que inicialmente consagró nuestro Código recogiendo soluciones que se amparaban en criterios ya anticuados y combatidos coetáneamente a su confección, formas residuales de un pasado jurídico en evidente desacuerdo con la realidad social que proclama el principio de igualdad sin tener en cuenta la diferencia de sexos más que en aquello que responde a la propia naturaleza. Se encontraba justificado que la mujer sólo excepcionalmente pudiera desempeñar la tutela, que no pudiera normalmente ser testigo en los testamentos, que la madre viuda

(2) En su *Rapport sur l'adoption* a la Asamblea Legislativa francesa en 1792.

(3) VELIOUNSKY. *La légitimation adoptive*. París, 1954.

(4) LAUNAY. *L'adoption, ses données médicales et psycho-sociales*. París, 1954.

tuviera limitaciones que al varón no eran aplicables. Las circunstancias actuales distan mucho de las del siglo pasado en que según la frase de Concepción Arenal la mujer sólo podía ser en España maestra, estancquera o reina.

Asimismo la condición de la mujer casada, de excesiva supeditación al marido, había sido justamente censurada porque en las situaciones anormales del matrimonio la colocaba en muchos aspectos a merced de un marido que podía abusar de su situación preponderante en perjuicio de la mujer y aún de la familia misma.

Una fuerte corriente de opinión propugnaba en este orden de cosas la protección de la esposa, singularmente en el orden económico en donde la gestión del marido podía significar un grave peligro para la mujer. Esta opinión había pasado, de un ámbito circunscrito a los juristas y sociólogos, al sentir popular y se había manifestado incluso en intensas campañas de prensa. En alguna ocasión había inspirado reformas en la legislación de trabajo y era inexcusable darle cabida, por justa, en el Código civil manteniendo, conforme a nuestro arraigado sentir, la unidad de la familia que obligaba a un criterio ponderado huyendo de extremismos peligrosos que podían destruir la familia misma. Por eso la reforma se limita a una cuidadosa regulación de la situación anormal previa al divorcio o separación de los cónyuges o a la nulidad del matrimonio que es donde radica el mayor peligro y con relación a las situaciones normales se consagra una mayor participación de la mujer en la disposición y administración de los bienes comunes.

Para la ampliación de los derechos sucesorios del cónyuge viudo, último punto al que se refiere la reforma, había también múltiples razones. Sobre todas ellas pesaba el deseo común de favorecer con mayor generosidad a quien estuvo ligado a la vida del difunto por los más íntimos lazos que pueden establecerse, pero al propio tiempo pesaba mucho también aproximar más nuestro Código al Derecho foral en muchos aspectos más generoso y adecuado que aquel.

III

Juicio general sobre la reforma

En primer lugar cabe preguntarse si la reforma ha sido oportuna y suficiente.

Sobre la oportunidad no se nos ofrecen dudas. Si había deficiencias acusadas en la ley y sus preceptos resultaban inadecuados en algunos puntos, sólo alabanzas merece su corrección y remozamiento haciendo posible que aquella sea, según la expresión de San Isidoro, *Loco tempore conveniente*.

Sobre la suficiencia o extensión de la reforma ya cabe distinguir en el juicio, pues son muchos los que estiman que en trance de modificación debería haber sido ésta más extensa abarcando todo el contenido del Código, pues otras muchas materias no tocadas están también reguladas imperfectamente y podía haberse aprovechado la ocasión para hacer un código nuevo.

No negamos fundamento a esta posición que podemos calificar de maximalista y por nuestra parte hemos abogado en más de una ocasión por hacer un código más actual y más español. Pero ¿era ésta la ocasión? Recordemos los muchos inconvenientes con que tropezó la obra codificadora en el siglo pasado alguno de los cuales todavía persiste, como por ejemplo el de la legislación foral. Pensemos que un código no puede hacerse a la ligera sino que por su trascendencia ha de ser objeto de discusiones, de contraste de opiniones, de fundamentación filosófica, política, religiosa, sociológica, etc., que ha de ser muy cuidado en sus aspectos técnicos, y que todo esto no se improvisa. Véase el ejemplo de nuestros vecinos los franceses que queriendo reformar su venerable código, llevan

varios años trabajando sobre ello en labor reflejada en varios volúmenes llenos de excelente doctrina jurídica y de los que apenas se ha sacado un anteproyecto que comprende los libros preliminar y primero (De las personas físicas y de la familia) (5).

No decimos que no puede comenzar esta tarea entre nosotros. Hágase enhorabuena dando mayores vuelos a la empresa, pero no se piense que ésta sería fácil y breve, sino ardua y dilatada. Las prisas excesivas producen tropiezos aún para las personas de mejor voluntad y en nuestra experiencia legislativa no es difícil descubrir ejemplos de precipitación que en corto plazo ha sido necesario rectificar. *Festina lente*.

Por eso la actitud del Gobierno ante la iniciativa del Ministerio de Justicia, de limitar la reforma a lo más urgente y oportuno es laudable, pues un Código, como obra sistemática requiere mucha meditación y una serie de trabajos previos que aseguren el éxito de la elaboración.

Por lo demás, ya reducido el propósito y ámbito de la reforma, ésta ha sido debidamente meditada por la Comisión de Codificación primero y luego por las Cortes a través de la Comisión de Justicia en donde se discutió suficientemente luego de un previo y minucioso estudio realizado por la Ponencia constituida al efecto, teniendo en cuenta que la opinión pública ya se había manifestado de un modo claro a través de discusiones doctrinales y de opiniones vertidas en conferencias y trabajos de ilustres juristas y aún en la prensa periódica.

A esto quizás se debió el escaso número de enmiendas que al proyecto de ley se presentaron. Publicado éste en el Boletín Oficial de las Cortes españolas de 17 de julio de 1957, en el plazo reglamentario no se presentó ninguna enmienda a la totalidad y sólo cuatro al articulado, pero referidas más bien a cuestiones técnicas y de detalle.

Si en la opinión general el juicio, pues, fué favorable a priori y ha sido aplaudida la reforma a posteriori, veamos si en efecto sobre la tendencia y finalidad perseguida cabe corroborar el sentir más general con la opinión del jurista y del sociólogo.

En primer lugar creemos que se debe destacar el especial cuidado que se ha puesto al incorporar los nuevos preceptos al Código civil procurando corregir en lo posible la redacción de este aprovechando las

(5) *Anant-Projet de Code civil, par la Commission de Reforme du Code civil, Livre préliminaire. Livre premier; Paris, Sirey, 1955.*

enseñanzas de la doctrina y la jurisprudencia en aquellos puntos que aún no propuestos como reformables se contenían en los artículos a que la reforma se refería.

Valga como ejemplo el artículo 45 del Código. Lo reformable en él era la supresión del consejo paterno para contraer matrimonio los mayores de edad. Resultaba necesario para poner de acuerdo la legislación civil con el Codex iuris canonici. Sin embargo la Ponencia de la Comisión de Justicia aprovechó la ocasión para aclarar un punto que ordinariamente se presentaba como dudoso: el de si el binubo necesitaba o no la licencia para su segundo matrimonio; lo que queda ya aclarado para lo sucesivo cortando las discusiones sobre el caso y al propio tiempo sentando un principio uniforme con el Derecho foral aragonés, puesto que en el Apéndice foral, según su artículo 10-2.º, los que contraen matrimonio son mayores de edad y por tanto no necesitaban la licencia.

Correcciones de este tipo pueden observarse muchas, siendo otra de las más importantes la del artículo 814 que con la supresión de unas pocas palabras ha dado una mayor claridad al concepto de la preterición hereditaria.

Sin duda que, con todo, la obra, como humana, no alcanza la perfección absoluta, pero para juzgarla ha de tenerse en cuenta: primero, que la reforma, ya lo hemos dicho, era circunscrita a ciertos puntos limitados; segundo, que siempre existen materias opinables en las que hay que fijar criterios, que naturalmente no parecerán bien a los que teóricamente discrepan. Pero si el acierto es en lo más, si se han corregido defectos notados anteriormente y conforme a un recto juicio y concienzuda elaboración se ha hecho todo, la alabanza es obligada.

Dejando para otros comentaristas materias que merecen un estudio más a fondo, como es, v. gr., la de la adopción, o el nuevo régimen para la celebración y efectos del matrimonio, examinaremos más en particular, la modificación del status de la mujer, el cambio en el sistema económico matrimonial y la modificación aportada al derecho sucesorio, en rápido esbozo en que se apuntan fundamentos y problemas que la doctrina y la jurisprudencia se encargarán de aclarar con mayor espacio y conocimiento.

IV

La nueva situación jurídica de la mujer

Prácticamente y luego de la reciente ley puede decirse que en el orden jurídico del Derecho privado se ha consagrado el principio de la igualdad jurídica del hombre y de la mujer como tal, independientemente de su posición en el matrimonio. La mujer soltera o viuda ha visto desaparecer las clásicas diferencias de trato con respecto al varón y a los que anteriormente hicimos referencia, que se mantenían por tradición pero que no resultaban justas.

Ya la mujer puede ser tutora en todo caso puesto que del artículo 237 ha desaparecido la redacción de su número 7.º en donde se sentaba la regla de prohibición de serlo, y en lugar de la expresión «las mujeres salvo los casos en que la ley las llama expresamente», hoy se indica «las mujeres casadas que no hubieren obtenido licencia de su marido» como causa impeditiva.

Sólo, pues, a la mujer casada, y no de una manera absoluta, afecta la incapacidad. Podría plantearse la duda de si la licencia concedida por el marido es revocable y la de si es necesaria para continuar en el cargo cuando la tutora soltera o viuda contrae matrimonio.

Respecto al primer punto hemos de pronunciarnos por la afirmativa. Sentado el principio general de unidad de dirección familiar y de la autorización marital, salvo los casos en que la revocabilidad de ésta esté condicionada por la ley, la autorización puede ser retirada porque se parte del supuesto de que ésta debe adaptarse a las necesidades y conveniencias del matrimonio variables de suyo. Requerir la licencia sólo en el momento inicial de la tutela sería ilógico dentro del sistema.

Respecto a la segunda cuestión, no nos cabe duda que la soltera o viuda que contrae matrimonio luego de su nombramiento de tutora, por este solo hecho no cesa en el ejercicio de su cargo. Nótese que la nueva ley ha suprimido cuidadosamente las palabras que pudieran dar lugar al equívoco. Por ejemplo en el artículo 211 que en su texto derogado llamaba a las abuelas a la tutela de los menores «mientras se conserven viudas». Si al contraer matrimonio la tutora, el marido no manifiesta nada en contra de un modo formal, claramente se induce una conformidad de éste con respecto a la situación actual que sin violencia puede aceptarse, como se hace en otros casos, por ejemplo el de la mujer que con anterioridad ejercía la profesión mercantil en los casos del artículo 9.º del Código de Comercio, lo que nos lleva a la conclusión de no ser necesaria la licencia marital expresa para *continuar* la tutela que se venía ejerciendo. Basta la tácita o presunta.

Como consecuencia de esta admisión de la mujer a los cargos tutelares en general, extendida a la posibilidad de formar parte del consejo de familia por los artículos 294 y 295, presenta el nuevo texto del Código la alteración de algunos preceptos en el detalle necesario para desarrollar el principio admitido. Así sucede con los artículos 211, 220 y 237. En ellos se observa únicamente que en la prelación establecida para los llamamientos a la tutela legítima se hace, dentro de cada clase de parentesco, la vocación de los varones antes que la de las mujeres, lo que no implica desigualdad. En la necesidad de fijar un orden con todas sus dificultades se ha atendido en esto, plausiblemente, a un criterio histórico. Acaso se objete que las elecciones de tutor más que a un criterio automático debe ajustarse a las conveniencias de la situación, pero esta es otra cuestión que implica la reforma de la tutela tal y como está establecida por el Código, reforma que si a nosotros nos parece necesaria no estaba sin embargo en el propósito inmediato del legislador acometer por su mayor complejidad y trascendencia.

Queda sin embargo en esta materia otra diferencia por razón de sexo, si bien no en contra sino en favor de la mujer, y es que si los varones necesitan para excusarse de los cargos tutelares del concurso de alguna de las causas taxativamente enumeradas en el artículo 244, las mujeres pueden hacerlo «en todo caso». Privilegio extraordinario basado en el que Vaz Ferreira llama *femenismo de compensación* (6) del que difícilmente nos separamos los españoles cuando pensamos en el *feminismo de igualdad*.

(6) V. CASTÁN. *Los derechos de la mujer y la solución judicial de los conflictos conyugales*. Madrid, 1954, pág. 201.

También desapareció la otra incapacidad notada de la mujer para ser testigo en los testamentos. En tal sentido se ha redactado el nuevo artículo 681, cuyo comentario puede excusarse por no dar lugar a dudas y porque en su justificación había razones sobradas comúnmente sentidas y de innecesaria repetición. Ni la exacta percepción de las cosas, ni la veracidad ni la discreción son patrimonio exclusivo del varón.

Un mayor progreso en el principio igualitario significa la corrección de la norma injusta del artículo 168 del Código que imponía a la madre binuba la pérdida de la patria potestad salvo en el caso de que el difunto marido padre de los hijos lo hubiera permitido en testamento. Tampoco tenía explicación esto en el sistema actual de derecho, sobre todo con la previsión que contiene el párrafo 2.º del artículo 63, que concede a la mujer, en tal supuesto, una esfera de independencia con respecto al segundo marido, pudiendo prescindir de la licencia de éste en lo que es atinente al cumplimiento de los deberes integrantes de la patria potestad. Desigualdad tan irritante respecto al varón que aún binubo conservaba todos sus derechos paternos ha sido borrada por la nueva letra: «Las ulteriores nupcias del padre o de la madre no afectarán a la patria potestad». La posible emancipación de los hijos que el Juez pueda conceder es también un efecto común y aplicable a ambos sexos.

Otra diferencia había en la consideración de los sexos largamente discutida entre nosotros y también ha desaparecido del Código civil. Nos referimos a la distinta consideración del hombre o de la mujer en el caso de adulterio a que aludía el artículo 105 del Código civil al señalar las causas de divorcio. En el Proyecto de reforma se incluyó el artículo 105 por una razón terminológica cual era la sustitución del vocablo divorcio por el más propio de separación y por sustituir el último número que quedaba sin contenido en el viejo texto que hacía referencia a la condena del cónyuge a cadena o reclusión perpetua, penas que en la legislación vigente habían desaparecido hacía ya tiempo. Pero en la Ponencia primero y en la Comisión de Justicia de las Cortes después, en trance de revisión del artículo, se pensó que no podía perpetuarse la injusticia de que mientras el adulterio de la mujer era causa de separación en todo caso, el del marido tan sólo cuando resultara escándalo público o menosprecio para la mujer. Se recordó el criterio canónico más justo y se pensó que la mayor gravedad del adulterio femenino podría quizás ser tenido en cuenta en orden a la filiación, pero no en orden a la ruptura de la mutua confianza y de la fe prometida que, cuando no se perdona, hiere profundamente y llega a hacer imposible la convivencia matrimonial cualquiera que sea el cónyuge infractor.

De esta suerte puede decirse que han desaparecido del Código los rastros de la inferioridad jurídica de la mujer y sólo quedan las diferencias que la propia naturaleza impone cuál es el plazo de luto de la viuda para contraer ulterior matrimonio en evitación de la confusión de prole que los antiguos bautizaron con el impropio nombre de *commixtio sanguinis*, o la consideración hereditaria de la especial situación de la viuda encinta con los derechos de alimentos, cautelas, etc..., así como queda en pie la diferencia de edad núbil y la manifestación del feminismo de compensación del artículo 321 del Código civil relativo a la sujeción de las hijas de familia mayores de edad que acaso no esté plenamente justificado no obstante haber sido objeto de reforma en fecha relativamente reciente (7). Incluso la prohibición temporal de contraer matrimonio la viuda va quizás más lejos de lo que es racionalmente necesario y podía haber sido objeto de cierta atenuación en aquellos casos en que la confusión de prole no fuera posible, porque el artículo 45 del Código es en este punto demasiado absoluto con un radicalismo abandonado en algunos códigos extranjeros.

La mujer casada no ha sido objeto de reforma alguna en su capacidad por entenderse conforme a lo más sentido entre nosotros que había de mantenerse el sistema de unidad de dirección del grupo familiar. Como dice Castán: «Ni la tradición española, ni la idea católica, ni el estado de nuestras costumbres permiten renunciar al principio de autoridad marital» (8). Por otra parte la relativa y leve supeditación de la mujer al marido ya no tiene el sentido que antiguamente tuvo por las atenuaciones legales y por la progresiva y comprensiva interpretación reglamentaria (V. por ejemplo el Reglamento Notarial), jurisprudencial y doctrinal.

La ley de 1958 en algunos puntos, sin embargo, corrige antiguas imperfecciones, algunas de las cuales ya hemos dicho, como es la enmendada en orden a la patria potestad de la viuda binuba en el supuesto del artículo 168, concede a la esposa una intervención mayor en el orden económico matrimonial y sobre todo la coloca en una posición más ventajosa cuando se produce la situación anormal en el matrimonio que lleva a la adopción de medidas precautorias de tipo provisional. Así el artículo 68 permite, en vista de las circunstancias del caso y del interés familiar que, entablada demanda de nulidad o separación matrimonial, continúe la mujer en el disfrute del domicilio conyugal sin tener necesariamente que salir de él como antes sucedía, y en el mismo caso el que antes se llamaba depósito de la mujer, cuya denominación se ha supri-

(7) Ley de 20 de diciembre de 1952.

(8) Ob. cit., pág. 187.

mido en el Código y consonantemente en la Ley de Enjuiciamiento civil queda reducido a la custodia de la esposa menor de edad, bastando para la mayor el señalamiento de un domicilio que, naturalmente, ella puede proponer (artículo 67).

V

Variaciones en el régimen económico familiar

La Ley de 1958 no ha alterado en lo fundamental el régimen económico familiar basado en la libertad de pacto y en el sistema supletorio legal de gananciales cuyas excelencias, que priman sobre sus posibles defectos, son tales que en sus fundamentos esenciales se va abriendo paso y hallando acomodo en las legislaciones más modernas. La colaboración económica entre los cónyuges en esfuerzo conjunto o coordinado lleva a considerar justa una participación en los beneficios obtenidos durante el matrimonio bien constituyendo formas de comunidad más o menos atenuada, o bien en fórmulas compensatorias finales con actualización a la disolución del matrimonio como la que de manera característica regula la reciente ley alemana sobre igualdad de los cónyuges bajo la designación de comunidad de beneficios (*Zugewinnngemeinschaft*), que propiamente, como indica Beitzke (9), no envuelve tal comunidad sino compensación o por mejor decir distribución final de los beneficios sobre una situación previa de separación.

Pero el sistema del Código, también por influjo tradicional, acentuaba el predominio del marido en cuanto atribuía a éste la disposición de los bienes gananciales con toda libertad tratándose de enajenaciones a título oneroso y de ello derivaban imperfecciones, puesto que el marido venía a ser de hecho el dueño de dichos bienes y con sus actos de enajenación impremeditada, torpe o maliciosa podía defraudar el derecho de la mujer de ordinario apartada de la gestión y disposición de tales bienes en los que más bien era un titular expectante hasta el momento en que se producía el hecho que según ley implicaba la liquidación de la sociedad ganancial. Ante cuya circunstancia, tratando de fijar el alcance

(9) En *Revue Internationale de Droit Comparé*, X, 1, 1958, pág. 47.

de los derechos de la esposa, concretaron los comentaristas el famoso principio: *mulier non est proprie socia sed speratur fore*, con referencia al matrimonio constante y existente, correlativamente a la declaración de que el marido era dueño y señor de la comunidad.

No era exacta en absoluto esta concepción cuando en el Derecho moderno, que se manifiesta en nuestro Código, la mujer por lo menos puede obligar los gananciales, siquiera en la forma mínima de los gastos domésticos usuales, y aún de forma más extensa cuando ejerciendo el comercio con licencia del marido se produjera la hipótesis del artículo 10 del Código de Comercio, o cuando por otra razón (ausencia marital, v. gr.) administrara los bienes comunes, pero en las situaciones corrientes y normales los aludidos principios jugaban fundamentalmente y podían producir el perjuicio de la mujer.

Trataron los antiguos prácticos, singularmente los españoles, por el arraigo de la Institución en el Derecho de Castilla, de buscar remedio a las posibles injusticias y fraudes (10). Les preocupaba que el marido disipara los bienes comunes no atendiendo a fines y gastos conyugales sino propios, o que con la apariencia de actos onerosos realizara donaciones o atribuciones de bienes a otras personas.

Un remedio teórico aparecía en primer término. Tal proceder no era lícito al marido, fijando así la idea que llegó al artículo 1413 del Código que declaraba: «Sin embargo, toda enajenación o convenio que sobre dichos bienes haga el marido, en contravención a este Código o en fraude de la mujer, no perjudicará a ésta ni a sus herederos». Y sobre el mismo supuesto y con carácter complementario el párrafo 2.º del artículo 1419, para fijar el activo ganancial en el caso de liquidación, estatuye: «También se traerá a colación el importe de las donaciones y enajenaciones que deban considerarse ilegales o fraudulentas, con sujeción al artículo 1413».

Tales preceptos pueden resultar eficaces siempre que a la disolución el capital propio del marido o la mitad de los gananciales que éste debería percibir fueran cuantitativamente suficiente para cubrir el importe de las enajenaciones indebidamente hechas y siempre que pudiera probarse el fraude o contravención. Prueba no fácil siempre y menos aún si

(10) Para la doctrina de dichos autores al respecto puede verse el trabajo de ROCA JUAN, *Protección del interés de la mujer en el patrimonio ganancial*. Murcia, julio-septiembre de 1956, realizado en el Seminario de Derecho Privado de Murcia.

había de practicarse al tiempo de la liquidación a veces a larga distancia del hecho originario que se combate.

De ahí la necesidad de instaurar garantías en el momento mismo del fraude. ¿Cuáles? Este era el interrogante que se planteaba Antonio Gómez, el ilustre comentarista de las Leyes de Toro: *¿Quod remedium habeat pro recuperatione?*

No es del caso proceder al análisis de las soluciones propuestas por la doctrina y la jurisprudencia sobre posible revocación, admisión de garantías de restitución como, por ejemplo, la anotación preventiva, etc... Pero, ante las dificultades al respecto, al legislador se le brindaba la más adecuada solución corrigiendo los principios fundamentales determinantes de los conflictos conforme a la evolución de las costumbres y la consideración de la mujer. El marido no es el *señor* de la comunidad sino *gestor* de ella y la mujer que *non erat proprie socia*, sí lo es en cuanto participante en el esfuerzo común matrimonial y debe en cierta medida intervenir en aquellos actos que puedan afectar de modo notable a la economía familiar y en definitiva a la suya privativa. Que el beneficio partible se determine y concrete ulteriormente no afecta en nada a la consideración actual de comuneros (impropiamente socios) de los cónyuges.

Sobre tales supuestos el artículo 1.413 reformado dice así: «El marido, además de las facultades que tiene como administrador podrá enajenar y obligar, a título oneroso, los bienes de la sociedad de gananciales; pero necesitará el consentimiento de la mujer o, en su defecto, autorización judicial a solicitud fundada del marido y del modo previsto en el párrafo siguiente, para actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles.

«Cuando el marido venga efectuando actos dispositivos sobre bienes no comprendidos en el párrafo anterior que entrañen grave riesgo para la sociedad de gananciales, podrá el Juez de Primera Instancia, a solicitud fundada de la mujer, oyendo a su consorte y previa información sumaria, adoptar aquellas medidas de aseguramiento que estime procedentes».

«En todo caso, no podrán perjudicar a la mujer, ni a sus herederos, los actos de disposición que el marido realice en contravención de este Código o en fraude de la mujer, sea cual fuere la condición de los bienes afectados».

Este texto significa un evidente progreso en orden a la protección económica de la mujer, y aunque no haya llegado a la perfección absoluta, tan difícil de conseguir, representa un grado de eficacia tuitiva suficiente. En su análisis nos encontramos:

1.º Que la mujer está protegida plenamente por la ley cuando de inmuebles o establecimientos mercantiles se trata, puesto que podrá negar su consentimiento para el acto dispositivo que razonablemente estime perjudicial para ella, el matrimonio o la economía familiar.

2.º Que la mujer, respecto a los demás bienes, no carece de protección, porque ante los actos dispositivos perjudiciales para la sociedad de gananciales realizados por el marido puede acudir al juez para que éste, si lo cree fundado, decrete las medidas de aseguramiento que estime procedentes.

Sólo que esta protección resulta imperfecta, porque en el caso de enajenación de inmuebles y establecimientos mercantiles la intervención previa de la mujer *evita* el fraude, pero en la disposición de muebles no se evita sino para los actos futuros en virtud de lo que el juez determine. Los actos pasados podrán en algún caso remediarse, pero el remedio sólo será eficaz cuando, como antes decíamos, el haber restante o el del marido permita cuantitativamente la efectividad de las cauciones de restitución.

No sin discusión, por lo dicho, pasó este extremo de la reforma por la Comisión de Justicia de las Cortes. Acaso la mayor restricción con respecto a los inmuebles obedece a una concepción anticuada desde el punto de vista económico. Hoy la riqueza mobiliaria tiene tanta o más importancia que la inmobiliaria y personalmente no nos parece lógico que el marido pueda por sí y sin más disponer de un valioso paquete de acciones de una sociedad mercantil mientras que necesita del consentimiento de la mujer para enajenar un trozo de tierra de escaso valor.

Solamente la idea de que los bienes inmuebles están más ligados a la estabilidad familiar justifica la solución que ha prevalecido, aunque haya que hacer la salvedad de que esto no es cierto sino para determinados inmuebles como son los destinados a la morada familiar y al patrimonio cóngruo de sustentación, que tiene otros cauces de regulación esbozados en nuestro Derecho en el llamado «patrimonio familiar» y que exige un más amplio y común desenvolvimiento con el que acaso se lograra su mayor y deseable generalización y una mayor aproximación a las legisla-

ciones forales dando un paso hacia la unificación legislativa civil tan suspirada y combatida entre nosotros.

Esta consideración no nos lleva, en crítica extrema que sería injusta, a negar como ya hemos dicho que se haya dado un paso hacia la mayor protección de la mujer y de la familia y que se haya mejorado notablemente nuestro Código civil.

El texto legal en el caso de mala gestión por parte del marido faculta al Juez, a solicitud fundada de la mujer para adoptar «aquellas medidas de aseguramiento que estime procedentes». La generalidad de esta dicción exige un mayor desenvolvimiento para sentar criterios doctrinales orientadores de la actividad judicial en el caso concreto.

En primer lugar nos encontramos con la locución «a solicitud fundada de la mujer», que hace pensar si solo ésta, y nadie más que ella, puede provocar la adopción de medidas precautorias en el caso de la mala administración. Parece que en principio hay que pronunciarse por la afirmativa ante razones de carácter moral y de carácter técnico.

La razón de carácter moral no es otra que procurar la no intromisión en la vida conyugal de personas que no sean los propios esposos. La relación matrimonial es extremadamente delicada y no tolera sin graves quebrantos tales intromisiones. La razón de carácter técnico es que si la mujer puede consentir expresamente los actos dispositivos del marido, también puede hacerlo implícita o tácitamente no ejercitando las facultades obstativas que la ley le confiere. Sólo ella es árbitro de su propio interés.

Sin embargo puede darse el caso de que la mujer no pueda ser *árbitro* porque no tenga arbitrio, porque carezca de capacidad por enajenación mental, único supuesto que cabe contemplar, porque los otros, como por ejemplo la interdicción civil, tienen ya una solución en el Código (art. 1.435).

En tal caso no nos cabe duda que no puede dejarse a la mujer desamparada y que su representante legal, normalmente el protutor porque el marido sería el tutor por vocación del artículo 220 del Código, podrá pedir al juez la adopción de las medidas cautelares si éste las cree convenientes. Ya el Código en el párrafo final de este artículo 1.413 legitimaba a los herederos de la mujer para pedir la reparación del fraude o contravención, en redacción que esencialmente se conserva en el texto actual y lo hacía porque ya se comprende que si la sociedad de gananciales se

disolvía por muerte de la esposa, ésta no podía actuar en tal momento y alguien había de hacerlo. En tal hipótesis hoy cabe lo mismo, y como la intervención en la administración es previa a la disolución, por el mismo fundamento, imposibilidad de actuar, se impone la solución que propugnamos, pues si no pudieran actuar en este sentido los guardadores de la mujer, impunemente el marido de mala fe podría arruinar a su esposa desvalida y por consecuencia a sus herederos.

La otra cuestión es la de cuáles sean las medidas que el Juez pueda adoptar. No estando especificadas en la ley propiamente el Juez no tiene traba alguna.

En el texto que redactó la Ponencia y presentó a la Comisión de Justicia de las Cortes se enunciaban estas medidas que no pasaron a la ley, pero que juzgamos que se pueden adoptar por la amplia libertad que se consagra y por su fundamento racional. El Juez podrá determinar que el importe de las enajenaciones fraudulentas realizadas se asegure con fianza personal o real, que para las enajenaciones futuras se necesite el consentimiento de ambos cónyuges mandando la práctica de las oportunas anotaciones en los Registros o inscripción de la garantía cuando proceda, que los valores mobiliarios se depositen y no puedan ser vendidos o pignorados sin consentimiento de ambos cónyuges y aún que ciertos gananciales, como son por ejemplo los sueldos de la mujer funcionaria, sean percibidos y administrados por ésta, para lo que existe un argumento de analogía con la legislación del trabajo que permite la retención del salario por la mujer obrera en supuestos semejantes, pudiendo así mismo disponer sobre custodia e inversión de los productos de las enajenaciones que en lo sucesivo se realice.

Respecto al procedimiento a seguir notemos que el pensamiento de la Comisión de Códigos, el del Ministerio de Justicia y el de la Comisión de Justicia de las Cortes fué el de no referirse expresamente a ninguno de los establecidos en la Ley de Enjuiciamiento civil quedando libre la forma y sin sujeción a plazos sin más requisitos que los que resulten del artículo del Código. A saber: solicitud de la mujer, audiencia del marido e información sumaria. Todo lo cual puede hacerse incluso verbalmente, si bien la resolución habrá de adoptar forma congruente con los efectos perseguidos y decretados y los mandamientos que ella contenga se ajustarán a la forma usual para que puedan dar lugar a inscripciones, depósitos, etc... La audiencia del marido es un trámite necesario pero que naturalmente deberá darse por cumplido cuando éste voluntariamente lo obstaculice.

También al régimen matrimonial de bienes se refieren otros artículos del Código reformado singularmente la regla cuarta del artículo 68 que a propósito del proceso de separación o nulidad matrimonial dispone : «En cuanto al régimen económico matrimonial se seguirán las siguientes reglas :

«El marido conservará la administración y disposición de sus bienes».

«Se transferirá a la mujer la administración de los parafernales que hubiese entregado al marido, pero necesitará autorización judicial para los actos que excedan de la administración ordinaria».

«Se mantendrá, en cuanto a los bienes dotales, el régimen anterior a la presentación de la demanda, salvo que el Juez estime conveniente transferir a la mujer la administración de los bienes de la dote inestimada.

«El Juez, atendidas las circunstancias del caso, podrá, excepcionalmente, conferir a la mujer la administración de los bienes gananciales o de alguno de ellos».

«Será necesaria licencia judicial para los actos que excedan de la mera administración de los gananciales, cualquiera que sea el cónyuge que los administre».

«Se procederá con criterio análogo al señalado en esta regla cuarta cuando el régimen económico matrimonial sea distinto del de gananciales».

La novedad del artículo estriba en la mayor precisión con respecto a la regla anteriormente vigente que de una manera muy general facultaba al Juez para dictar las medidas necesarias para evitar que el marido que *hubiese dado causa al divorcio* o demandado de nulidad perjudicase a la mujer en la administración de *sus* bienes. La simple lectura de ambos textos evidencia el progreso conseguido y sólo debemos subrayar la necesidad de la licencia judicial para los actos que excedan de la mera administración de los gananciales y la posibilidad de que la mujer los administre o al menos algunos de ellos, en lo cual se encierra la permisión antes referida de que la mujer retenga el producto, salario o sueldo que obtenga por su actividad personal.

Otro efecto económico matrimonial aparece regulado de modo diverso a lo dispuesto en el articulado anterior en el caso de separación de

los cónyuges. Antes el marido inocente conservaba la administración de la mujer, pero como esto era contrario al principio de igualdad, porque la mujer inocente no administraba en ningún caso más que sus propios bienes, se ha establecido ahora que cada cónyuge tendrá el dominio y administración de los que le correspondan, y para asegurar el cumplimiento de los deberes familiares se han señalado garantías en la forma siguiente:

«El cónyuge inocente, el tutor de los hijos o el Ministerio Fiscal podrán pedir hipoteca legal suficiente sobre los bienes del culpable, retención de sueldos y salarios, depósito de valores y cuantas medidas cautelares sean necesarias para que pueda cumplirse lo estatuido en el párrafo segundo del artículo 1.434».

Acaso hubiera sido conveniente extender la reforma, para la mejor concordancia con el artículo 73, a los artículos 1.432 y siguientes del Código, puesto que en estos queda un residuo de desigualdad de los sexos que sobre todo culmina en el debatido artículo 1.444 que hubiera podido ser aclarado de una vez y regulado en forma más respetuosa para la mujer sometida a unos complementos de capacidad dispositiva que no tiene el varón.

VI

Variaciones en el Derecho sucesorio

La ley modificativa de 1958 no ha cambiado fundamentalmente el régimen de las sucesiones del Código. Sus innovaciones más importantes han sido en lo relativo a la legítima de los ascendientes y del cónyuge viudo, y al derecho del hijo adoptivo, aparte otras de menor entidad.

Entre estas últimas figura en primer término la relativa a la capacidad para ser testigo en testamento, admitiendo para tal menester a las mujeres en paridad a los varones (arts. 681 y 701), recogiendo la no necesidad de ser vecinos cuando el Notario les conozca así como al testador, que estaba ya reconocida en la ley de 1 de abril de 1939, precisando el concepto de dependientes del Notario y extendiendo a su cónyuge la prohibición que anteriormente no era expresa; como asimismo la de los cónyuges de los herederos y legatarios en el testamento abierto (art. 682). Esto es correcto puesto que el cónyuge no entra en el concepto de pariente.

En el artículo 772, de carácter interpretativo, por la mayor importancia que ha dado a la adopción, ha señalado en un párrafo final que la palabra hijos empleada por el testador comprenda a los adoptivos, lo cual habrá de entenderse tanto de los propios si los tuviere como a los de cualquier otra persona a quien se refiriere.

En el artículo 814 ha aclarado el concepto de la preterición suprimiendo las famosas palabras «sea que vivan al otorgarse el testamento o sea que nazcan después de muerto el testador» con referencia a los herederos forzosos no instituidos. Esto es conforme a la doctrina dominante que estimaba irrelevante la distinción.

El punto más interesante de la reforma ha sido la ampliación de los derechos legitimarios del cónyuge viudo cambiando el régimen de los artículos 834 a 839, 953 y por incidencia el artículo 809 en donde se reduce la legítima de los ascendientes.

La ampliación de la legítima viudal ha de ser forzosamente bien vista para quienes sientan la fortaleza del vínculo conyugal y lo consideren como *divini et humani iuris communicatio*. Harto censurada ha sido la exigüidad del Código civil al respecto, sobre todo en comparación con la legislación aragonesa que en este punto responde como ninguna otra a nuestra concepción de la familia. Pero aquí habremos de reconocer que el problema de la justa sucesión del cónyuge no ha sido solucionado, aunque se haya mejorado su condición, porque la cuestión no se refiere sólo al cuánto sino también al cómo. Pues el Código ha concebido la sucesión del esposo superviviente como un derecho individual y no como un medio de realizar la continuidad de la familia a la par que beneficia al individuo. Baste observar que a diferencia de nuestras legislaciones forales el usufructo viudal no se pierde por incumplimiento de ciertos deberes familiares, por la repetición de nupcias, etc..., y acaso esta hubiera sido una gran ocasión para haber reducido las diferencias entre las varias legislaciones civiles patrias. Por otra parte hubiera sido afortunado tratar de resolver en la ley de un modo claro la posibilidad de las disposiciones universales hechas voluntariamente a favor del cónyuge en su relación con el derecho de los otros legitimarios, hoy tímida e incompletamente amparadas en la imperfecta fórmula del número 3.º del artículo 820 del Código, reflejo de la antigua cautela gualdense.

La reforma ha establecido que en lo sucesivo la legítima del viudo que concurre con hijos o descendientes legítimos será de la totalidad del tercio de mejora. Con esto solo se amplía la cuota en caso de concurrencia con varios hijos, puesto que anteriormente la concurrencia con uno le atribuía la misma cantidad.

En todo caso se ha ganado en sencillez y se eliminan para el futuro todas las dudas que a propósito de la determinación de la cuota surgían del precepto legal y que han ocupado largamente a nuestros civilistas.

Conserva el artículo 836 reformado la especialidad de hacer recaer la cuota viudal sobre el tercio de libre disposición cuando el cónyuge superviviente concurre con hijos legítimos del causante pero de diferente tálamo, sobre la idea matriz, que descubrían los Comentarios de Manresa, de que no se debía gravar la legítima de los hijos a favor de un extraño

(padraastro o madrastra). Pero la fórmula del antiguo artículo 839 (hoy 836) ha sido aclarada en consonancia con tal propósito y la dicción «en el caso de concurrir hijos de dos o más matrimonios» sustituida por la más clara «en el caso de concurrir hijos de algún matrimonio anterior del causante». Con esto se disipan dudas aunque habría que revisar si realmente la solución es justa en todo caso.

Un segundo párrafo del artículo 836 va encaminado a atenuar un conflicto posible cuando con hijos de matrimonio anterior concurren hijos naturales del *de cuius*, pues tanto la cuota de éstos como la del viudo gravitan sobre el tercio de libre disposición y la viudal absorbe por entero su usufructo. Cabía la solución de adjudicar a los hijos naturales su cuota en nuda propiedad mientras viviere el viudo. Pero esto suponía la injusticia de que en el ínterin, y en el caso de necesitarlos, no podía percibir alimentos, siendo de peor condición que el hijo ilegítimo no natural, pues para éste la obligación alimenticia se transmite a los herederos del padre por disposición expresa del artículo 845, mientras que la deuda alimenticia en el caso del hijo natural se mantiene sólo entre el padre y el hijo y los descendientes legítimos de éste (art. 143-4.º). La fórmula adoptada como resultado de estas consideraciones es: «En tal supuesto, si hubiere hijos naturales se adjudicará a éstos su legítima en nuda propiedad y si, mientras dure el usufructo, estuvieren en el caso de necesitar alimentos, tendrán derecho a exigirlos de todos los legitimarios en proporción a su haber hereditario». Es obvio que entre los legitimarios se incluye al cónyuge viudo.

El artículo 837 en el caso de concurrir con ascendientes legítimos (por no existir descendientes) ha elevado la cuota viudal al usufructo de la mitad de la herencia. Entonces se encontraba la dificultad de que correspondiendo la otra mitad a los ascendientes (art. 809) se limitaba considerablemente la libre disposición testamentaria, porque el testador no podría hacer disposición alguna que no fuera en *nuda* propiedad.

Pero además, si quedaren hijos naturales o adoptivos equiparados a ellos, como tienen derecho a la mitad de la herencia de libre disposición (o sea a la cuarta parte del total) no podrían hacer efectivo su derecho, por lo menos de un modo inmediato mientras viviere el viudo.

Tres soluciones se presentaban:

1.ª Mantener lo que hasta entonces regía, lo cual había que rechazar por ir en contra de la tendencia que inspiraba la reforma.

2.^a Asignar alimentos a los hijos naturales en la misma forma establecida en el art. 836.

3.^a La solución aceptada de reducir el derecho legitimario de los ascendientes en concurrencia con viudo, siguiendo una tendencia que ya tuvo su manifestación cuando el Código civil se dictó, ya que en éste se redujo la legítima que a los ascendientes señalaban las Leyes de Toro. Entre reducir al cónyuge o a los hijos naturales era preferible hacerlo a los ascendientes. Se observó que en Aragón (Apéndice foral, art. 30), los ascendientes no son legitimarios y tampoco en Navarra, que en Cataluña y Baleares nunca excede la legítima del cuarto de la herencia y que en Vizcaya, dentro de la legítima global y salvo la troncalidad cabe el derecho de *apartamiento* de alguno de los padres o ascendientes.

A esto se debe la redacción del artículo 809: «Constituye la legítima de los padres o ascendientes la mitad del haber hereditario de los hijos y descendientes, salvo el caso en que concurrieren con el cónyuge viudo del descendiente causante, en cuyo supuesto será una tercera parte de la herencia», y en consecuencia el artículo 841 dispone: «Cuando el testador no dejare hijos o descendientes, pero sí ascendientes legítimos, los hijos naturales reconocidos tendrán derecho a la cuarta parte de la herencia».

«Esto se entiende sin perjuicio de la legítima del viudo, que, concurriendo con hijos naturales reconocidos, será un tercio de la herencia en usufructo y se adjudicará a éstos sólo, en nuda propiedad, mientras viere el viudo, lo que les falte para completar la legítima».

Estos textos son claros. Solamente produce extrañeza en el 841 las palabras finales «y se adjudicará a éstos, sólo en nuda propiedad, mientras viere el viudo lo que les falte para completar la legítima». Porque el caso es que la legítima de los hijos naturales puede pagarse completa y por tanto no les faltará nada.

En efecto, imaginemos que la herencia se cifra en 120.000 ptas., a los concurrentes del art. 841 corresponderá:

A los ascendientes, tercio en propiedad . . .	40.000 ptas.
A cónyuge viudo, tercio en usufructo . . .	40.000 »
A los hijos naturales, cuarto en propiedad . . .	30.000 »
	<hr/>
Total en legítimas. . .	110.000 »

Aún quedará de libre disposición la diferencia que en este caso es de 10 000 ptas., más la nuda propiedad de lo que al viudo se asigna en usufructo.

Por esta razón hay que considerar irrelevantes las últimas palabras del artículo 841. Su inclusión en el artículo es debida, podemos asegurarlo, a un error de copia al redactar el texto definitivo teniendo ante la vista el que se modificaba. Afortunadamente está clara su superfluidad. En otro caso el error hubiera sido doblemente lamentable.

En el caso de no concurrir ascendientes ni descendientes legítimos el usufructo del cónyuge es de dos tercios de la herencia (art. 838 nuevo). Con esto se completa el propósito del legislador de ampliar la porción sucesoria del cónyuge viudo.

También al derecho sucesorio afectan algunas normas relativas a la adopción y cuyo desenvolvimiento es propio del estudio de esta institución. Notemos sin embargo que se ha solucionado el problema de la sucesión abintestato del hijo adoptivo, que se ha limitado el pacto sucesorio a los dos tercios de la herencia del adoptante para no anular su libertad de testar (art. 174) y que los adoptados plenamente tendrán los derechos legitimarios de los hijos naturales ya que nuestro ordenamiento no ha llegado a la solución máxima de equiparar aquellos a los legítimos (art. 179) y que los adoptados en forma menos plena sólo tendrán los derechos hereditarios pactados expresamente y sin perjuicio de los hijos legítimos, legitimados o naturales reconocidos (art. 183), lo que vale tanto como decir que sólo podrán hacer efectivo su derecho sobre la parte de libre disposición del adoptante.