

## “La revisión del Derecho civil especial de Ibiza y Formentera” (\*)

JOSÉ CERDÁ GIMENO  
Notario

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *El Derecho válido (las normas revisables de la compilación relativas a Ibiza y Formentera)*—III. *El Derecho eficaz (el hecho social de las normas de la compilación)*: A) La cuestión de si las normas jurídicas son vehículos idóneos para promover o acelerar el cambio social. B) La cuestión de si el ordenamiento jurídico cambia a consecuencia de una transformación social.—IV. *El Derecho legítimo (el valor de las normas de la compilación desde el nivel de la justicia)*.—V. *El problema de la licencia marital*: A) La dimensión normativa. B) La dimensión sociológica. C) La dimensión axiológica: a) argumentos a favor de la potestad marital; b) argumentos en contra de la potestad marital. D) Recapitulación final y conclusiones en tema de licencia marital.—VI. *La labor de revisión del Derecho de Ibiza y Formentera: Conclusiones de la Ponencia.*—VII. *A modo de epílogo.*

### I. INTRODUCCION

Transcurridos los diez primeros años de vigencia de la Compilación del Derecho civil especial de Baleares, se han sentido vivamente entre los profesionales del Derecho de las islas la necesidad de formular las propuestas de revisión del texto legal.

El Ilustre Colegio de Abogados de Baleares, con sede en Palma de Mallorca, previa la designación de una Comisión especial al efecto, tomó el acuerdo de dirigirse a todos los abogados del territorio recabando su colaboración para la labor de revisión.

Convocada una reunión de los juristas de Ibiza por el decano de

---

(\*) El siguiente texto constituye sustancialmente, con muy ligeras correcciones, la PONENCIA-INFORME que el autor ha elevado a la Comisión de Juristas de Ibiza y Formentera, en lectura celebrada en el Juzgado de Primera Instancia de Ibiza el día 2 de mayo de 1973.

los abogados en Ibiza, don Antonio Prats Ferrer, se celebró el día 13 de noviembre de 1972 en la Sala del Juzgado de Primera Instancia. En dicha reunión se acordó, por casi absoluta unanimidad: constituirse en comisión "especial" de Ibiza, y designar como ponente al notario de Formentera, don José Cerdá Gimeno, asistido por el letrado don Mariano Llobet Román— como ponente especial para el Título III.

La tarea de la Ponencia ha sido ciertamente ardua y dificultosa, habida cuenta de la necesidad de concretar con la máxima precisión los puntos en que cabe darse la revisión del texto legislativo y del evidente peligro de asimilación a las mallorquinas de las instituciones civiles peculiares de las islas menores.

La primera de las dificultades se ha visto eliminada al aceptar la Ponencia como *hechos inatacables* la plasmación en artículos de la Compilación de las distintas instituciones civiles de las Pitiusas. Quizá habría sido deseable una mayor extensión en alguna norma, que habría evitado la necesidad de proponer la revisión.

La segunda de las dificultades se obvia: tenemos el precedente del mismo legislador, en la Exposición de Motivos, al hablar de "asimilación" a las mallorquinas de las instituciones civiles de las islas menores. En contraste claro con el actual artículo 2, p. 2.º. Peligro del confusionismo "Derecho Balear = Derecho de Mallorca", denunciado en 1960 por el ponente don José Cruz Carrasco en su Informe elevado a la Comisión General de Codificación. Peligro latente, ya que la DISPOSICION ADICIONAL de la Compilación habla de una Comisión Compiladora, ente indeterminado, pero cuya determinabilidad parece dejarse al arbitrio centralista o uniformista una vez más, sea la sede de Madrid, sea Palma de Mallorca.

Consciente la Ponencia de su grave responsabilidad ante Ibiza y los ibicencos, entiende que la elaboración de esta Ponencia-Informe no puede hacerse sino en una forma moderna y adecuada a la actual doctrina científica. Parte para ello de un *presupuesto metodológico* básico: la concepción tridimensional del Derecho (como hecho social, como norma y como valor), o de otro modo dicho, de una comprensión totalizadora de la realidad jurídica que exige la complementariedad de esas tres dimensiones (el Derecho eficaz, el Derecho válido, el Derecho legítimo).

Este punto de partida metodológico hace asimismo patente la necesidad de atender a la problemática de la confrontación entre la realidad social y el Derecho, esto es, ¿cambia el ordenamiento a consecuencia de una transformación social? Viceversa, ¿cómo un cambio jurídico es instrumento idóneo para operar una reforma social?

Hechas estas consideraciones introductorias, se estudia aquí el Derecho civil de Ibiza y Formentera bajo el triple enfoque dimensional aludido.

## II. EL DERECHO VALIDO (LAS NORMAS REVISABLES DE LA COMPILACION RELATIVAS A IBIZA Y FORMENTERA)

1.º La *Exposición de Motivos* de la Compilación dice que “la diversidad de regímenes no debe afectar a la unidad formal de la Compilación Balear...”. Esa “estructura unitaria y sistemática” a que dicha Exposición alude pudiera ocasionar en el futuro graves problemas si el legislador no sale al paso antes estableciendo claramente el PROCEDIMIENTO de revisión.

Entiende, en consecuencia, el ponente que la primera norma a revisar es la denominada DISPOSICION ADICIONAL, en su alusión a la “Comisión Compiladora”.

2.º La segunda norma a revisar será el artículo 1, pensado para la aplicación “territorial” de las normas de la Compilación, con olvido notable de los estatutos personal, real y formal, de la vecindad y de las normas de conflicto.

3.º La interpretación de los preceptos de la Compilación, conforme al artículo 2, 2.º, exigirá una concreción de las costumbres “locales” y una determinación por parte del intérprete de qué costumbres son las actualmente subsistentes: una interpretación conjunta de dicho artículo y de la DISPOSICION FINAL 1.ª debe ser efectuada sin demora.

4.º Las normas relativas al *Régimen económico conyugal* son las que mayores problemas han suscitado en la práctica. En concreto el artículo 66, en su deficiente redacción, ha dado origen a la curiosa polémica en torno a si en Ibiza y Formentera es aplicable o no la licencia marital.

5.º Las normas en materia de *sucesiones* —artículos 69 a 84— apenas han suscitado cuestiones en la práctica jurídica de las Pitiusas. Mérito enorme el de la Comisión de Juristas de Ibiza que en 1960 elaboró estas normas, previo el brillante informe del notario de Ibiza don José Cruz Carrasco. El hecho de que la Comisión General de Codificación las acogiera íntegramente es revelador y elocuente por sí sólo. Cree la Ponencia que las únicas posibles dificultades podrían derivar en tema del Derecho supletorio aplicable en orden a las legítimas y a las sustituciones fideicomisarias.

6.º Las normas en orden a los *Derechos Reales*, si bien claras y escuetas, pueden originar cuestiones precisamente al haberse suprimido algunas frases por la Comisión de Codificación.

## III. EL DERECHO EFICAZ (EL HECHO SOCIAL DE LAS NORMAS DE LA COMPILACION)

Una doble problemática cabe plantear: la de si las transformaciones sociales han cambiado las normas de la Compilación y la de si la Compilación es un medio para operar una reforma social. Invir-

tiendo el orden de estos problemas, pasamos al análisis de los hechos citados. Aquí el ponente lamenta no disponer del bagaje sociológico adecuado para acometer con éxito tal intento, limitándose a pequeñas incursiones en este inexplorado campo.

A) *La cuestión de si las normas jurídicas son vehículos idóneos para promover o acelerar el cambio social*, tiene difícil respuesta. Todo dependerá del papel de la norma: parece superior la “Ley-transacción” a la “Ley-decisión”, en orden a la dinamización del cambio social. Aunque parece cierto que el Derecho va quedando rezagado frente a la evolución social, una nueva norma contribuye a crear unos hábitos y unas estructuras mentales mediante las cuales se favorece el cambio social.

En este sentido, cabe señalar que, tras la aparición de la Compilación, en Ibiza y Formentera se observan los *hechos siguientes*:

1.º Una lenta, pero progresiva disminución de capitulaciones matrimoniales o “spolits”.

2.º Un confusionismo a la hora de decidir si las mujeres casadas en Ibiza y Formentera deben ser asistidas de sus maridos en los actos jurídicos privativos.

3.º Un aumento de la contratación onerosa —compraventas— entre marido y mujer.

4.º La práctica desaparición de la dote y del “escreix”.

5.º La progresiva disminución de los heredamientos en “spolits”.

6.º El aumento de las donaciones *inter vivos* a favor de los hijos.

7.º La disminución lenta del número de testamentos.

8.º La frecuencia de asignación de bienes inmuebles en pago de la legítima.

9.º La renuncia ante notario del “mejoral”, caso de venta de fincas rústicas por el propietario.

10.º Un paulatino aumento de los problemas derivados de los conflictos de vecindad civil.

De esta serie de hechos *nuevos* tras la Compilación, cabe señalar que solamente parecen imputables a la irrupción en 1961 del nuevo ordenamiento los relativos a la licencia marital, a las ventas entre esposos y a la renuncia del “mejoral”.

La Compilación, nueva ley, ha hecho brotar una serie de actitudes, unos hábitos, unos condicionamientos, en la sociedad a la que iba dirigida. El que esos hábitos o actitudes sean o no *correctos*, corresponde examinarlo después.

B) *La cuestión de si el ordenamiento jurídico cambia a consecuencia de una transformación social* ha preocupado a algunos pocos juristas, entre ellos los más finos y sensibles espíritus jurídicos de nuestros días, pero sin llegar a ser objeto de una respuesta satisfactoria.

Frente a la respuesta *negativa* —el ordenamiento jurídico ni cambia ni tiene por qué cambiar a consecuencia de los cambios sociales—

el profesor DÍEZ PICAZO ha demostrado que la experiencia histórica es una evidente experiencia de *cambio* y de progreso jurídico ("el Derecho romano fue una obra ingente en continua transformación a lo largo de su vida"). El *problema* no es si el ordenamiento jurídico cambia o no cambia, sino *cómo cambia* y *qué es preciso que ocurra para que cambie*. Todo dependerá de lo que es para nosotros el ordenamiento y las normas de derecho. Pero, además, el cambio social incide en la sociedad entera, imponiendo un continuado reajuste de la vida jurídica: la vida jurídica espontánea reacciona casi de inmediato creando sus propios cauces, y en definitiva lo mismo ocurre con el fenómeno de la "*interpretación*" evolutiva o adaptadora. Esta *interpretación evolutiva* o "*de reajuste*" parece irrecusable, pero ¿cómo funciona? Depende, en gran medida, de la *tipología* del cambio social: cada tipo de mutación requerirá una peculiar forma de tratamiento.

Propone el profesor DÍEZ PICAZO los siguientes casos:

- 1.º El cambio *político* o en el orden constitucional.
- 2.º El cambio *legislativo*: una nueva norma provoca una reacción en cadena, ante la cual el ordenamiento debe ser coordinado y armonizado (lo que es función del intérprete, guiado por la conformidad o no con el sentido general de los principios).
- 3.º El cambio *tecnológico* (máquinas automáticas, construcción con material traslúcido, facturación electrónica, reservas de plazas, etcétera): los nuevos fenómenos determinan comportamientos y actividades, y el problema es resolver si estos nuevos hechos son o no auténticas "lagunas legales" [migraciones interiores, matrimonios de extranjero y española o viceversa, irrupción del turismo y desfase del sector "servicios", ejercicio del comercio por mujer casada (boutiques), inversiones de extranjeros, etc.]. Hay una nueva problemática social que, a su vez, exige un tratamiento jurídico nuevo y distinto.
- 4.º El cambio de la *dinámica económica* (migraciones, v gr.).
- 5.º El cambio *ideológico*.

De esta resumida enumeración de tipos de cambio social, parece que únicamente han influido en el Derecho de Ibiza y Formentera aquellos tipos de cambio tecnológico y de dinámica económica. Ello equivale de hecho o puede equivaler: a un aumento de conflictos de vecindad civil, a la progresiva ampliación de la autonomía patrimonial de la mujer casada en Ibiza y Formentera, a una pulverización del estatuto familiar tradicional de las islas (por el trabajo fuera de casa de casi todos los miembros de la familia), a una paulatina conversión en urbano del suelo rústico, a la supervaloración de los caminos de acceso a las fincas rústicas, a la extensión de la zona marítimo-terrestre, entre otros supuestos posibles.

Ante el impacto de todos estos *hechos*, el ordenamiento jurídico se hace eco del cambio social y los refleja. Todos somos testigos de una o varias de estas repercusiones en la práctica jurídica de todos los días. Por eso mismo nuestra función aquí y ahora es meramente

“notarial”: dar fé, constatar algo que ya ha ocurrido, y si el legislador permaneciere inmóvil hemos de intentar el “reajuste” de la vida social con una labor de interpretación “de readaptación”.

#### IV. EL DERECHO LEGITIMO (EL VALOR DE LAS NORMAS DE LA COMPILACION DESDE EL NIVEL DE JUSTICIA)

Corresponde en este apartado examinar bajo el aspecto *filosófico*—como totalización trascendental crítica de la realidad empírica— si las normas de la Compilación referentes a Ibiza y Formentera son justas. El criterio de justicia debe ser lo más *objetivo* posible y tender al reconocimiento de que el valor supremo para el Derecho es la dignidad de la persona humana.

Así las cosas, parece cabe formular una *distinción* entre aquellas normas de la Compilación cuya legitimidad radica en la misma naturaleza de las cosas, y otras en que ello es más discutible al producirse la aplicación de la norma.

Dentro del primer grupo podemos incluir todas las del título relativo a las *Sucesiones*.

Dentro del segundo grupo, cabe señalar como supuestos de dudosa legitimidad los resultados a que conduce una defectuosa aplicación de las normas referentes a la intervención de la mujer casada en el ámbito judicial y extrajudicial, a la vecindad civil y a la sociedad rural.

Para poder concluir acerca de la legitimidad de alguno de tales resultados, no tenemos más opción que proceder a un análisis de las distintas “valoraciones” de los conceptos en juego.

Dicho análisis de las normas de la Compilación entraña el abordar el problema de *justificación de la validez* de dichas normas. La Ponencia, ante la disyuntiva “iuspositivismo-iusnaturalismo”, trata de encontrar una vía media, decidiendo que es más justo y benigno entender las normas en examen de la manera que lo hace porque así lo exigen las formulaciones de “valores” vigentes en la comunidad en que hoy vivimos.

La posición de la Ponencia como intérprete en su labor crítica de las normas en examen se verá obviamente afianzada tras el análisis pormenorizado de los *hechos sociales* en los apartados precedentes. El análisis partirá de la “*ratio legis*” ordinaria de cada norma y de su vinculación al sistema jurídico. La problemática de estas normas deriva—como dijimos— de los resultados a que conduce la *aplicación* de las mismas; la causa principal de estos problemas en la aplicación de la ley son los *defectos legislativos* (ambigüedad, indeterminación del contenido de la ley, antinomias, silencio, oscuridad o insuficiencia, inadecuación, contradicciones, etc.). Habrá que examinar en cada supuesto cuál es el tipo de defecto legislativo y qué remedio cabe apuntar.

En esta formulación crítica seguimos el mismo orden enunciado en el apartado II. Las normas a examen son, pues, las siguientes:

### 1.ª) Disposición adicional

La norma establece que “la Comisión Compiladora formulará...”. Graves dudas suscita la interpretación de esta norma, cuyo encaje entre los supuestos de *silencio o insuficiencia* de la ley no es muy claro. Creemos que, más que una interpretación correctora del tipo extensivo, lo que cabe postular abiertamente es un cambio legislativo: será la única forma de evitar una fuente incesante de problemas y roces de competencia en el futuro.

Se postula un cambio muy simple, en el sentido de que dicho inciso inicial diga “La Comisión Compiladora de CADA ISLA formulará “...Los *argumentos* a favor del cambio postulado son estos:

1) Las palabras de la Exposición de Motivos de que “la Comisión reconoce la vigencia actual de un estado de derecho “consuetudinario coexistente” en ambas islas menores, que constituye un ESTATUTO propio...” (subrayado nuestro).

2) La dicción del artículo 2, párrafo 2.º, que al hablar de la interpretación de la Compilación se remite a “la tradición jurídica balear encarnada en las antiguas leyes, costumbres y doctrina de que aquéllas se derivan”. La misma lógica y el sentido común nos dicen a gritos que la tradición y las costumbres están referidas a las “locales”. o, de otro modo, “insulares”, peculiares de cada isla. Nada tienen que ver Menorca ni Ibiza con Mallorca, ni por el origen de sus normas ni en la vigencia e interpretación de las mismas. Precisamente la nota típica COMUN a “lo balear”, como prototipo de las islas, es su INSULARIDAD, enmarcada geográfica e históricamente con rasgos distintos para cada isla.

3) El mismo legislador reconoce “la diversidad de regímenes” para cada isla, que no es obstáculo a que la Compilación como LEY o norma unitaria general en su aplicación a las islas tenga una estructura FORMAL única.

4) El proceso de elaboración de las normas jurídicas tienen aquí especial relieve, ya que el origen CONSUETUDINARIO de las especialidades civiles forales impone necesariamente al intérprete y al legislador la referencia a instituciones o zonas territoriales determinadas.

5) La práctica jurídica de cada isla es la que determina con exactitud el valor de la costumbre local. Su valor como hecho vivido, como experiencia, es insustituible, infungible.

### 2.ª) Artículo 1

De nuevo nos encontramos ante un supuesto en que la dicción del legislador no es muy feliz: dice que el “El Derecho civil especial de Baleares tendrá aplicación en el ámbito que comprende la actual ju-

risdicción de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca". ¿Qué quiere decir aplicación en el ámbito? Parece que lo lógico es la referibilidad al territorio constituido por las distintas islas: entonces el artículo sobra, por superfluo. Si por "aplicación" se entiende la sujeción de las personas o bienes que están DENTRO de dicho territorio, nos tememos que el texto legal, a más de insuficiencia, peca de inadecuación técnica: la Compilación ACTUA sobre personas y cosas existentes FUERA del territorio balear y NO ACTUA sobre personas y cosas sitios DENTRO de las Baleares.

De otro modo, el legislador OMITE toda referencia a los estatutos personal, real y formal en Baleares y para los balearicos o insulares, así como a la determinación de la vecindad y de quiénes son tales en relación con los demás territorios y personas de diferente legislación civil. Todo ello podría fácilmente subsanarse sin más que SUSTITUIR todo dicho artículo 1 por una norma equivalente a la del actual artículo 3 de la Compilación de Cataluña.

### 3.ª) *Artículo 2, párrafo 2.º*

1. Las norma establece, según vimos, respecto a la interpretación de los preceptos de la Compilación, que "se tomará en consideración la tradición jurídica balear..." Cabe decir de esta norma lo mismo que hemos expuesto respecto a la Disposición Adicional: la única forma de evitar una fuente incensante de problemas es un cambio legislativo, en el sentido de que tal inciso diga "se tomará en consideración la tradición jurídica de CADA ISLA encarnada en...".

Los argumentos vendrían a ser similares a los expuestos anteriormente, y no vale la pena insistir en ello, a los que nos remitimos.

2. Sin embargo, no terminan aquí los problemas que dicho artículo plantea. Al aludir al valor INTERPRETATIVO de las costumbres vigentes parece que se quiere aludir por el legislador a que dicho valor nace del *hecho* de insertarse en el sistema de la Compilación, a modo de canon hermenéutico a usar en la interpretación "sistemática". Que esto debe ser así resulta de un atento examen de la finalidad de "integración" en un futuro Código general que las Compilaciones tienen: al proyectarse la Compilación sobre el Derecho consuetudinario vigente A SU PUBLICACION se pretendía un efecto semejante al que la Codificación se propuso respecto a los usos y costumbres del antiguo Derecho de Castilla, esto es, la "definición" precisa de las costumbres VIGENTES que convenga conservar.

Cabe decir, con LALAGUNA que, en general, la fijación del Derecho foral consuetudinario implica la derogación de las costumbres sobre las que el respectivo texto compilado guarda silencio: esto es claro para Cataluña, BALEARES y Galicia (el subrayado es nuestro). Así, en nuestro caso la DISPOSICION FINAL 1.ª ("las normas del Derecho civil especial balear escrito o consuetudinario, principal o suplementario, vigentes a la promulgación de esta Compilación, quedan sustituidas por las contenidas en ella") equivalía a certificar la muerte de las

costumbres locales EXISTENTES en 1961 y no aludidas en la Compilación.

Pero no es esto lo más importante. El aspecto más notable del gran cambio operado en nuestro Derecho civil por obra de las Compilaciones es, no tanto el hecho mismo de la Codificación de los Derechos forales y su aproximación en tantos puntos al Derecho común, como las condiciones favorables que con tal cambio se han creado para una *influencia recíproca* entre los sistemas del Derecho especial y el sistema general representado por el Código civil. Por de pronto, en lo que atañe a la COSTUMBRE —sigue LALAGUNA— esto se traduce en la *inserción* del antiguo REGIMEN jurídico consuetudinario de cada territorio DENTRO del régimen consuetudinario general. En una medida considerable, la *costumbre "foral"* se encuentra ahora en el marco de los artículos 5 y 6 del Código civil.

La consecuencia evidente es que, en defecto de costumbre, habrá que acudir a los "principios generales del derecho", bien estén expresamente formulados, bien su formulación deba inducirse del conjunto de sus manifestaciones virtuales en normas escritas o consuetudinarias.

3. La remisión a la COSTUMBRE es, por tanto, distinta en el supuesto del párrafo 2.º del artículo 2 y en la Disposición Final 1.ª. En el primer supuesto, es una remisión que trata de resaltar el VALOR que tienen los principios jurídicos tradicionales de cada isla para la interpretación de las disposiciones compiladas: es una remisión *GENÉRICA E INDETERMINADA*. En el segundo supuesto, de la *DISPOSICION FINAL*, 1.ª, la remisión es *CONCRETA y DETERMINADA*: a costumbres *VIGENTES*; el sentido de esta remisión parece ser el mismo que el de la remisión a la costumbre o a los usos locales que el Código civil hace en determinadas materias, pero la fórmula derogatoria del artículo 1.976 es distinta a la empleada en la Compilación; en principio, se debe concluir que todas las costumbres *VIGENTES* en Baleares al tiempo de entrar en vigor la Compilación respectiva y que no se han mencionado en el texto compilado han sido derogadas.

4. Queda *excluido* de nuestro estudio el examen del problema de la admisión de la costumbre como fuente de derecho *PARA EL FUTURO*. Entendemos se aplicará la normativa del Código civil.

#### 4.ª) Artículo 66

1. Esta norma es un ejemplo claro de las limitaciones que impone a la ley, como a toda realidad contingente, el paso del tiempo. Tanto en su primer apartado como en el segundo, los conflictos de intereses desde el lado de la realidad dejan al descubierto una situación de "crisis" de la ley (silencio, inadecuación o insuficiencia).

La *inadecuación o insuficiencia* de la norma —en su primer párrafo, relativo a las capitulaciones matrimoniales— se nos ha hecho patente al analizar la inter-relación "cambio social-cambio jurídico"

y señalar el paulatino descenso del número de “spolits”, el impacto del fenómeno turístico en una economía agraria patriarcal, el aumento de las migraciones interiores y de los conflictos de regionalidad.

El silencio de la norma —en su 2.º párrafo, respecto del régimen legal supletorio— ha hecho brotar la confusión y las polémicas, no siempre en buenos términos, en torno a la necesidad o no de la *licencia marital*. Dado que el punto controvertido en tema de “licencia marital” es merecedor de un más detenido examen, aquí hacemos una referencia somera al mismo y nos remitimos al epígrafe siguiente.

2. En consecuencia, concretándonos aquí al *primer párrafo* de este artículo, observamos que si en algún campo ha tenido especial repercusión toda la serie de cambios sociales ha sido precisamente en éste de las capitulaciones matrimoniales. La no aplicación de esta norma —como la de su equivalente en el Código civil— artículo 1.315— puede indicar que es la suerte o destino normal de toda ley “insuficiente”, atendidas las circunstancias de la realidad social actual.

Que es “insuficiente” la norma examinada no equivale a que sea una ley “inadecuada”: al menos, sí resulta adecuada para los supuestos que regula. Pero sí cabría señalar una cierta inadecuación “técnica” de esta norma, ya que lo que la realidad social demanda imperiosamente y necesita es una regulación MODERNA de las capitulaciones matrimoniales.

Bien la consideremos insuficiente, bien inadecuada en su técnica, la norma del párrafo 1.º del artículo 66 está pidiendo un cambio legislativo. No cree la Ponencia que sea necesario insistir aquí en la *oportunidad* de disponer de un instrumento jurídico adecuado que resolviera los graves problemas de las separaciones conyugales, conflictos inter-regionales, matrimonios de español-extranjera o viceversa, entre otros posibles. Y, sin embargo, tenemos a mano ese instrumento jurídico, hoy en trance de posible y deseable revisión: las capitulaciones matrimoniales.

La Ponencia estima posible postular la reforma de este primer párrafo en el sentido de *añadir* la frase “antes del matrimonio o durante el mismo” después de la palabra “spolits”. Esta postura aparentemente revolucionaria tiene, no obstante, a su favor los siguientes argumentos:

1.º El precedente de la Compilación catalana (art. 7), en definitiva elemento “interpretativo” de gran fuerza, en base a ser el Derecho catalán el *origen* del consuetudinario Derecho de Ibiza y Formentera.

2.º El valor testimonial de la práctica jurídica, que nos está demostrando el desuso de los “spolits” y cómo los graves conflictos familiares ante la inexistencia oficial del divorcio carecen de solución. Solución fácil, ágil, económica y jurídica que es la aquí propuesta.

3.º El valor testimonial de la mejor doctrina científica del país (DE LA CÁMARA, etc.), que aboga en sentido de demandar una soñu-

ción a los supuestos de separación de hecho en el régimen de gananciales.

4.º El ejemplo perenne de la jurisprudencia romana, usando del procedimiento técnico conveniente ante los nuevos casos que la realidad presentaba.

5.º El valor testimonial del “Anteproyecto” sobre supresión de limitaciones de la mujer casada, elevado en 1972 a la Comisión de Codificación.

6.º La debilidad de los argumentos tradicionales en contra de unas capitulaciones matrimoniales DESPUES del matrimonio, que no tienen razón de ser si se confía la protección de los terceros a un adecuado sistema registral que recogiese los capítulos otorgados.

#### 5.ª) Artículos 78 y 80

1. El Anteproyecto elevado en 1960 por la Comisión de Juristas de Ibiza a la Comisión General de Codificación, elaboró cuidadosamente el Título relativo a las *Sucesiones*, cuya mejor alabanza es consignar que fue respetado por dicha Comisión en su totalidad. Por tanto, y a la vista de las inexistentes cuestiones suscitadas, no parece prudente retocar ninguno de los preceptos de dicho Título, que siguen cumpliendo en la realidad social su misión de prevenir los posibles conflictos de intereses.

2. Ello, no obstante, en tema de sustituciones fideicomisarias, cabría añadir al artículo 78 un segundo párrafo, recogiendo el contenido del artículo 28 actual o remitiéndose al mismo. Este inciso, relativo a los “hijos puestos en condición”, de uso frecuente en testamentos y “spolits” de hace algunos años, puede resultar útil y evitar posibles litigios. Precisamente en el Anteproyecto de 1960 elaborado por la Comisión de Ibiza (art. 13) se recogía una norma idéntica a la del actual artículo 28 referido a Mallorca.

3. Del actual artículo 80 debería excluirse el inciso que se refiere a la “definición”, voz desconocida en Ibiza y Formentera, como ya apuntaba en 1960 la Comisión de Ibiza.

#### 6.ª) Artículo 85

Nada que objetar al contenido del precepto, que responde a la conciencia rural de las islas menores, cuando el padre otorga testamento instituyendo heredero y consignando este especialísimo derecho de habitación para el o los hermanos solteros que vivan en la casa paterna. Habitación “amb porta fora” equivale así a “habitación independiente que cierre con llave”, en la dicción del legislador.

Lo que es desacertado es una parte del inciso final del precepto, que dice “y, en lo referente a las necesidades del habitacionista...”. Creemos que el legislador ha equivocado la dicción; no es mera oración “demostrativa” o “indicativa”, sino CUANTITATIVA, ya que debiera decir “y, en lo SUFICIENTE a las necesidades del hábita-

cionista". Así venía en el Anteproyecto elaborado en Ibiza (art. 3.º), recogiendo la secular práctica de las islas plasmada en los documentos notariales.

También cree la Ponencia que no es adecuada la palabra "porche", bien que usada así en el Anteproyecto elaborado en Ibiza: por la razón obvia de que una cosa es "porche" entendida en lengua castellana; y otra cosa es la palabra ibicenca. En efecto, en el dialecto local se dice "porxu" o "porcho", cuya traducción al castellano resulta difícil, ya que equivale a "recibimiento", hall o entrada a la casa payesa. Propone la Ponencia rectificar la dicción y usar la más idónea de "porxu".

### 7.ª) Artículo 86

La norma aparece claramente formulada. Sin embargo, el problema se centra en su "eficacia", de un lado, y en su "legitimidad" de otro.

1. En orden a su *eficacia*: la introducción, en la vida práctica, de la RENUNCIA del "mejoral" al derecho de retracto caso de venta de la finca, ha hecho que el precepto contemple supuestos que en la vida real no acaban de encajar con el espíritu de la norma. Según COSTA RAMÓN, las costumbres que rigen esta "sociedad rural" tienen una antigüedad de siglos, se repiten sin variación y son respetadas por todos, resolviéndose las cuestiones sin necesidad de contienda judicial. Pero, ¿qué es exactamente ésta que la Compilación llama "Sociedad Rural"? ¿Arrendamiento? ¿Aparcería? ¿Sociedad civil de Explotación? ¿Un ente híbrido?

Yo creo que la cosa era muy clara: COSTA RAMÓN recogió y puso por escrito la costumbre local acerca de la "APARCERIA". Esto fue en 1946. Pero luego vino el *Reglamento de 29 de abril de 1959*, desarrollando la Ley de 15 de marzo de 1935 sobre "*Arrendamientos Rústicos*", con dos preceptos claves, muy claros: uno (art. 1, 2.º) diciendo "que a los efectos de la legislación especial de arrendamientos rústicos, tendrán la consideración de arrendamientos TODOS los actos y contratos, CUALESQUIERA que sea su denominación, por los que voluntaria y temporalmente una parte ceda a otra el disfrute de una finca rústica o de alguno de sus aprovechamientos, mediante precio, canon o renta, ya sea en metálico, ya en especie, o en ambos casos a la vez, y con el fin de dedicarla a la explotación agrícola o ganadera"; el otro (art. 43, 1.º), que expresa que "por el contrato de aparcería el titular o titulares de una finca rústica ceden temporalmente o conciertan con una o varias personas el uso o disfrute de aquélla o de algunos de sus aprovechamientos, conviniendo en repartirse los productos por partes alicuotas...".

La *aplicación* de dicho Reglamento a "todos los contratos de arrendamiento de fincas rústicas", que "se someterán" a dicha reglamentación, imponía como resultado práctico —por ser ley "de orden público" la legislación arrendaticia— la recepción de sus preceptos en

todo el territorio nacional, aún con variedades consuetudinarias típicas sobre "aparcerías". En consecuencia la entrada del artículo 16 del Reglamento, otorgando derecho al retracto al aparcerero caso de transmisión a título oneroso de una finca rústica arrendada, era forzosa. La reacción de la práctica jurídica fue fulminante: renunciando al retracto el "mejoral", la cosa quedaba resuelta.

Ahora bien, ¿en qué se nos convirtió la "aparcería" ibicenca? Lo que SIEMPRE fue aparcería, ¿lo seguía siendo?, ¿quedaba suprimido?

2. En orden a su legitimidad: el problema vino a resolverse por sí sólo, cuando en 1960 la "Comisión de Juristas" elevó su Anteproyecto. Se acordó (art. 34 y siguientes del Anteproyecto), plasmar en el articulado de la Compilación el equivalente de lo que ERA la "aparcería" ibicenca, pero dándole otro nombre: "Sociedad Rural". Resolviéndose así la cuestión de su "legitimidad", pero olvidóse la "eficacia": el instituto regulado en la norma está bautizado, pero no anda ni funciona. Ha quedado desvirtuada la costumbre local con la aparición del nuevo instituto jurídico, pero éste tiene un "contenido" al que se cita por remisión a la normativa de Menorca.

Si no es la tradicional aparcería, ¿qué es? ¿En qué consiste esa "Sociedad Rural"? Nadie parece saberlo. Yo me pregunto si vale la pena, si es justo y adecuado a la realidad actual, mantener una "ficción" de lo que quiere ser lo que "era".

La norma es legítima, pero ha decaído su eficacia. Ante ello sólo caben dos soluciones: o se propugna su supresión, sin más, dando ejemplo de un sano realismo jurídico, o se estima conveniente retocar la normativa con una adaptación a lo actual, problema arduo en el que no puedo entrar. En resumen: ¿supresión o mantenimiento con reforma parcial? Mi posición PERSONAL se inclina por lo primero, pero la "Comisión" quizá tenga otras ideas más adecuadas.

#### 8.<sup>a</sup>) *Disposición final, 2.<sup>a</sup>*

Esta norma aparentemente inocua puede plantear innecesarias cuestiones en su aplicación práctica.

Una cosa es la "integración" en el texto compilado de todo el Derecho foral subsistente, tanto principal como supletorio, y otra cosa es introducir como "Derecho supletorio" las que llama "fuentes jurídicas de aplicación general".

El problema —muy bien visto por RAIMUNDO CLAR GARAU (Conferencia sobre "El régimen económico-matrimonial de separación de bienes", el 28 de abril 1972), analizando las relaciones "Código civil-Derecho foral"— puede ser grave, pero puede implicar una revitalización del Derecho foral. Debería haberse cuidado la redacción del precepto y evitar hacerle decir lo que no fue propósito del legislador: que rijan las fuentes de aplicación general QUE SE OPONGAN a las normas de la Compilación en lo no previsto en ésta.

Parece que esas llamadas "fuentes jurídicas de aplicación general"

equivalen a las antes llamadas “leyes generales” por su aplicación. Como quiera que el número de estas leyes “extravagantes” más allá del Código civil es elevado, convendría indicar que la OPOSICION puede provenir simplemente del presupuesto COMUN en todas dichas leyes: que el matrimonio se rige por las normas de la sociedad de gananciales. Presupuesto éste que cae por tierra en estas islas. Por tanto, no parece descabellado seguir la opinión de R. CLAR, exigiendo una dicción más cuidada en esta norma.

## V. EL PROBLEMA DE LA LICENCIA MARITAL

### A) LA DIMENSIÓN NORMATIVA

Ajudimos antes a la norma contenida en el *párrafo 2.º del artículo 66*, pues su *silencio* sobre este punto ha desencadenado una viva y latente polémica entre nosotros.

1. No es ocioso preguntarnos si el legislador ha callado, o sea, si existe REALMENTE un “silencio” de la ley: de existir, habría que indagar el PORQUÉ de ese silencio, esto es, si la falta de regulación del supuesto se debe a un olvido o a un propósito “deliberado” del legislador; y en el último caso, cabe preguntarnos si tras ese propósito “deliberado” hay sólo una “limitación” de la ley o una intención definida de excluir el supuesto en cuestión del campo de aplicación de ciertas normas.

La Ponencia entiende que EXISTE ese silencio de la ley como paso más idóneo para seguir el razonamiento, pero nos parece que no hay una especial “deliberación”, sino un simple *olvido*. La razón es muy clara: el Anteproyecto elaborado en Ibiza (art. 20) recogía en un precepto toda la normativa del régimen de separación de bienes y además lo relativo a la Presunción Murciana; el Anteproyecto elaborado por la Comisión de Codificación (art. 4) recogía en un solo precepto el régimen de separación de bienes, aplicable EN TODAS LAS ISLAS; al sufrir en las Cortes las inevitables modificaciones, por venir la Compilación constituida “formalmente” por tres Libros, uno para cada isla, aquel artículo 4 se desdobló en otros dos (los 3 y 4 actuales), y quedó para Ibiza y Formentera una normativa escueta, que parece implicar una remisión a las normas de Mallorca; queda reafirmada esta idea en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de la COMISION DE CODIFICACION, en la que SIN DISTINGUIR y respecto del régimen económico-conyugal, dice “se proclama con mayor energía la autonomía patrimonial de AMBOS consortes en el régimen legal de separación de bienes”.

De ser esto, según creemos —UN SILENCIO—, debido a los retoques de última hora, el remedio apropiado debiera ser la interpretación “correctora” EXTENSIVA, aplicando el precepto a supuestos NO COMPRENDIDOS en su formulación literal, pero sí en su espíritu.

2. No obstante, cabría apuntar la posibilidad de que el legislador no haya tenido ese olvido, es decir, que no exista ese silencio de la ley y sí más bien una INSUFICIENCIA de la norma. En este caso, más que un problema de interpretación se trata de postular un cambio legislativo, máxime, al haber quedado la realidad alterada notablemente por la evolución de las condiciones socio-económicas.

3. Hasta aquí nos hemos movido en el plano de la CIENCIA DEL DERECHO o de la dogmática jurídica, ante la dimensión NORMATIVA del precepto. Pasamos a los otros niveles o dimensiones que suscitan la aparición de la polémica: ¿debe o no exigirse la licencia marital a la mujer casada en Ibiza y Formentera sujeta al régimen legal de separación de bienes?

## B) LA DIMENSIÓN SOCIOLÓGICA

La posición jurídica de la *mujer casada* ha venido siendo un reflejo de lo que la sociedad en la que vive le concedía o negaba. Cabe señalar una evolución no rectilínea a favor de una progresiva ampliación de su autonomía patrimonial, sino más bien con ondulaciones de avances y retrocesos según el tipo de sociedad imperante. Esto es observable empíricamente en la historia, tanto en la universal como en la nacional e insular.

1. Los más antiguos tipos de sociedades humanas comprobados apuntan a un tipo de *sociedad patriarcal y agraria*, en que el predominio del varón es absoluto. No es así de extrañar que las más antiguas civilizaciones conocidas de la cuna *babilónica* (Código Hammurabí, Pentateuco) reflejen ese predominio varonil y la sumisión de la mujer. La cosa es menos clara en las civilizaciones menos estudiadas (Antiguo Egipto, pre-incaica, etc.), cuyo origen es menos conocido.

2. La *civilización greco-romana* no hizo sino recoger alguna de las pautas suministradas por el influjo oriental, (Leyes de Solón y Esparta, Leyes de las XII Tablas). Sin embargo, es sabido que en la vida diaria los hechos no coinciden precisamente con los rígidos preceptos jurídicos; así, ESPÍN CÁNOVAS cita a Tácito (Annales, III.33.20) al referir que “las mujeres, constreñidas en otro tiempo por las leyes, deshechos ahora esos vínculos, gobiernan la familia, el foro y el ejército”.

La evolución del Derecho romano permite distinguir, como todos sabemos, entre el Derecho llamado “clásico” y el “justiniano”. No es éste el lugar para detenernos en un estudio detallado de la situación de la mujer casada en uno y otro sistema normativo. No obstante, creo necesario aludir aquí a un *hecho* curiosamente no tenido en cuenta por los autores de las Baleares que se han ocupado de los *orígenes* de nuestro Derecho consuetudinario. El hecho es la *dominación bizantina* en las islas, concretamente sobre Ibiza. ¿Cómo repercutió el Derecho de Justiniano y hasta qué punto sobrevivió? Es esta una incógnita ante un hecho importante, que alguien deberá des-

pejar algún día. No creemos que el Imperio bizantino tuviera tiempo para enviar a "provincias" los textos del "Corpus iuris civilis".

Volviendo al Derecho romano, cabe resaltar que el matrimonio creaba a la mujer una *situación jurídica* no uniforme, ya que bien podía conducirla a una situación de mayor sujeción (matrimonio "cum manu") o bien ser irrelevante (matrimonio "sine manu"). De esta situación de la mujer "sui iuris" o independiente en el matrimonio "sine manu" arranca el comienzo de la autonomía patrimonial de la mujer casada y, al parecer, aquí radica el *origen remoto* del régimen económico-matrimonial de separación de bienes.

Al final de la evolución del Derecho romano, dice ESPÍN, por el influjo ético del cristianismo, la posición de la mujer, si no de absoluta igualdad con el hombre, tampoco es de manifiesta inferioridad. En la realidad social esta situación de autonomía respondía a una efectiva autonomía de la mujer.

3. La invasión de las distintas *tribus bárbaras* supuso un retroceso en la condición de la mujer casada. Aunque carecemos de datos concretos, parece lógico suponer que lo mismo debió ocurrir con las islas, que fueron objeto de las correrías del vándalo Genserico, antes de su paso a Africa.

4. La invasión *musulmana* de la península, y luego de las islas, nos parece que debió influir desfavorablemente en la condición de la mujer casada. El sistema normativo de los califas abbasidas, con notable influjo de las rígidas leyes de la doctrina "maliquita", es observable en los testimonios que nos han legado los autores árabes. Otro *hecho* notable, pese a las diversas peripecias de invasiones, conquistas y reconquistas de musulmanes (rey de Denia), escuadra pisana, etc., es la inexistencia de restos documentales en las islas. El trabajo notable de investigación de don ANTONIO COSTA RAMÓN para este período no ha tenido continuadores. La incógnita es ¿cómo un período de tiempo de casi 700 años se desvanece sin dejar huellas?

En consecuencia, creemos hipótesis prudente y probable la de considerar que la situación de la mujer casada fue de absoluta sujeción al marido, conforme a la "Sunna" y al influjo de Malik. Creemos poco probable que el *origen próximo* del régimen de separación de bienes residida en las llamadas "costumbres holgazanas" cordobesas; esta afirmación del admirado maestro CASTÁN está desprovista de todo fundamento y no resiste al menor análisis. Está comprobado que entre las instituciones jurídicas de la España musulmana nadie ha hablado de tales "costumbres" en el Califato de Córdoba. Así, LEVY-PROVENCAL ("España musulmana", dirigida por don Ramón Menéndez Pidal).

4. Con la iniciación de la llamada "Reconquista", cabe decir con DE CASTRO que "en el Antiguo Derecho histórico español, no se ve una línea clara ni una dirección dominante: junto a disposiciones que presuponen la plena capacidad jurídica de la mujer casada, hay otras que se la niegan. En general, la situación *personal* de la mujer

es regulada por el uso, mientras que su capacidad *patrimonial*, mayor o menor, resulta del régimen de los bienes conyugales en los distintos territorios...”.

Parece probable la hipótesis de que la condición jurídica de la mujer casada iba mejorando necesariamente cuando la repoblación del territorio peninsular reconquistado exigió el traslado masivo de pobladores en sentido Norte-Sur de la península. La imperiosa necesidad de llenar los huecos que la expulsión en masa de los habitantes musulmanes dejó en el valle del Guadalquivir, junto a otras diversas causas, debió originar la necesidad de privilegiar y dotar de amplia “libertad civil” a los repobladores todos, mujeres incluidas.

Al terminar las necesidades de la repoblación y, sobre todo, la afirmación del estilo “tradicional” de vida en Castilla, con la consolidación de la “morada vital” castellana, debieron *originar* la consagración de la potestad marital. La noción de “morada vital” de AMÉRICO CASTRO es un concepto fundamental, adaptado por los historiadores (REGLÁ) y aun por pensadores ajenos (LAIN ENTRALGO). Al absorber la “morada vital” castellana, rasgos del vivir —convivencia habitual— de árabes y judíos, explicaría la “descalificación” jurídica de la mujer (consecuencia quizá del carácter sacral del Derecho familiar del Talmud y la Sunna) y la concepción eminentemente “patriarcal” de la familia en una y otra civilización.

Reflejo de lo expuesto (variaciones en la normativa de este período) cabría ver en los distintos Fueros municipales, Fuero Juzgo y Lãs Partidas. Así, es curioso ver cómo no aparecen limitaciones para la mujer en sus bienes parafernales en la legislación alfonsina. Hay que llegar al carácter autoritario del tono de vida político de la España de los Reyes Católicos —con las Leyes de Toro, como reflejo jurídico (Leyes 54 y siguientes)— para asistir al nacimiento de la “potestad marital”.

5. ¿Qué ocurrió en este intervalo en Ibiza y Formentera? La reconquista por Jaime I supuso dar entrada al derecho escrito y consuetudinario catalán, que es el *origen próximo del Derecho* de las islas menores. Este hecho, al parecer sin relieve, es fundamental y determina como consecuencia que en las islas menores es desconocido el “régimen de gananciales” del Derecho de Castilla. También cabe suponer que no fuese muy sentida la necesidad de licencia marital, pero no tenemos datos en que apoyarnos.

La evolución posterior del Derecho consuetudinario de las islas Pitiusas sigue una *línea regular clara*, en contraste evidente con el Derecho de Castilla. Hemos de esperar a la llegada de Felipe V para ver el primer choque entre la onda expansiva del Derecho castellano o “real” —que no es el Derecho “COMUN”, término reservado al “Derecho romano”, supletorio en las distintas regiones, con sus leyes propias— y el Derecho de las islas.

Habría que señalar el jalonomiento de *hitos importantes demográficos*, que estimamos debieron influir notablemente en el Derecho

consuetudinario de las islas. Así, con BARCELÓ, cabe señalar: el abandono de las islas por los musulmanes o su esclavización; el reparto de las islas entre los “re pobladores” catalanes; la ausencia de moriscos (J. REGLÁ), sin los problemas que ocasionaron en Aragón, Valencia y Murcia; las pestes de 1348, 1375, 1384, 1467, 1475, 1493 y 1552; la concentración de la propiedad de la tierra en muy pocas manos (la aristocracia terrateniente); la formación de una clase pobre de “nuevos labradores” que se establecen precisamente en el campo; la pérdida del valor comercial de las islas, con el desplazamiento del comercio marítimo hacia el Atlántico y el nuevo mundo descubierto; la aparición intermitente de los corsarios y piratas; luchas entre constitucionalistas y absolutistas; establecimiento de líneas regulares de navegación en 1833 (!) con la península; etc.

De los *datos* recogidos por BARCELÓ (“Evolución reciente y estructura actual de la población en las islas Baleares”, 1970), cabe deducir que para el año 1787 (la población de Ibiza y Formentera se calculaba en 13.637 personas), podía haber entre 3.000 y 4.000 “casas” o familias. La pobreza de las islas, unida a otra serie de causas “extrínsecas”, determinan el *origen* de la “emigración” a ultramar, que es la característica fundamental de la “dinámica” de la población insular.

Durante todo este largo período de tiempo que va desde Jaime F a comienzos de este siglo, creemos que la condición jurídica de la mujer casada no debió sufrir muchas alteraciones. Parece evidente que por cierto tiempo fue asistida de la “licencia marital” para casi todos los actos de la vida jurídica: así figura en escrituras notariales, conservadas en el protocolo histórico del distrito. Pero una cosa es: que en escritura se recogiera (¿a partir del siglo XIX?, ¿y antes?), lo que pudo darse muy bien con la práctica “asimilada” por notarios no organarios de las islas y otra cosa es que ANTES del siglo XIX existiera como “costumbre” la licencia marital. El tema es muy interesante y huérfano de estudio.

6. En el *Derecho castellano*, entre tanto, la práctica y la Jurisprudencia —hasta bien entrado el siglo XIX— entendieron que se mantenía la vigencia del Derecho de Las Partidas y, por tanto, la *capacidad* de la mujer casada de administrar *sus* bienes.

Con todo, cabe decir que, pese a las heroínas de nuestro teatro clásico, la posición de la mujer fue de absoluta *subordinación* a la primacía del varón. Gran influjo tuvo la aparición del “régimen de gananciales”, que realmente —muy bien notado por RAIMUNDO CLAR GARAU— constituye un cuerpo “extraño” dentro del sistema general de nuestro Derecho. Por tanto, dada la difusión notable del Derecho castellano — y, dentro del él, el sistema de gananciales y, con él, la licencia marital— no es de extrañar que fueran apareciendo conflictos con otras parcelas del ordenamiento jurídico de las regiones.

Lo sorprendente es que en una época como la codificadora (siglo XIX), en que la evolución histórica parecía apuntar hacia la auto-

nomía de la mujer casada, las ideas napoleónicas, plasmadas en el Code civil de 1804, supusieron un completo retroceso respecto al punto evolutivo avanzado que había señalado el Derecho de Justiniano.

El Proyecto de 1851 del Código civil, por el influjo de las ideas francesas, considera a la mujer casada como una “menor de edad”. La misma orientación siguió el Código de 1889. Las posteriores modificaciones —entre ellas la muy importante de 1958— no han modificado el sistema de nuestro derecho, *basado* en la autoridad marital y la cuasi incapacidad de la mujer casada.

Mayor importancia, decisiva, ha tenido *la Ley de 22 de julio de 1961* —de “equiparación jurídica” de la mujer al varón en la esfera política, profesional y laboral—. Esta Ley marca ya una *evolución progresiva* en el sistema anticuado del Código, al regular con carácter general un recurso judicial supletorio, pudiendo el juez decidir si la “oposición” del marido es de mala fe o con abuso de derecho. La censura mayor que cabe oponer a dicha Ley es que desaprovechó una oportunidad espléndida para suprimir la licencia marital para el ejercicio de los derechos en ella reconocidos.

Una consecuencia de la Ley de 1961, obligada, dice el Preámbulo, por “la creciente participación de la mujer en las actividades laborales, de gran importancia en la fase presente de desarrollo económico y social”, es el *Decreto 2.310/ de 20 agosto 1970*, del Ministerio de Trabajo: establece la plena situación de igualdad jurídica con el hombre, y a percibir por ello idéntica remuneración; *se presume concedida* la licencia marital si anteriormente la mujer viniera desempeñando funciones laborales; se reputa “ministerio legis” concedida la autorización para celebrar contratos de trabajo, caso de separación conyugal de derecho o de hecho; etc.

Hasta aquí, las diversas *incidencias* en el ámbito legislativo, originadas por los vaivenes de la situación social en cada época histórica..

7. En cuanto al período más reciente del Derecho consuetudinario de las Pitiusas, poco cabe añadir a lo ya dicho.

Cuando se formula en 1960 el Anteproyecto por la Comisión de Juristas de Ibiza, no es de extrañar que la tónica general de los asistentes sea la “habitual” en todo el país: consideración tradicional del papel de supremacía del varón y necesidad de la licencia marital.

Durante los últimos años hemos asistido a la aparición de una serie de *hechos* decisivos: lanzamiento del primer satélite artificial; naves tripuladas por el hombre más allá de la estratosfera; liberación de la fuerza de la gravedad terrestre y primer alunizaje, con regreso a tierra; consolidación de la televisión como medio técnico audiovisual de ilimitado alcance; surgimiento de los Planes de Desarrollo; trasvase de población del medio rural a la ciudad; impacto del turismo, sobre todo respecto de las Baleares; la población activa agrícola del país, que en el siglo pasado era de un 68 por 100 del total, ha

pasado a ser, en 1971, de sólo un 25 por 100; España ha dejado de ser un país agrario, subdesarrollado, para ser un país industrial; la familia tradicional de corte autoritario-paternalista, ha pasado a ser una familia "nuclear", cuyos atomizados miembros trabajan todos fuera de la casa; la familia campesina de las islas ha acusado el mismo impacto y no actúa en ese tono "colectivo" y solemne ("spolits") de antaño, acentuándose el tono "individual" con el trabajo de todas —mujeres incluidas— fuera de la casa; la aparición de la mujer en la esfera laboral ha trastocado muchos de los habituales esquemas de trabajo y "presupuestos" mentales, que no acaban de ver cómo en 1970 había más de un millón de puestos de trabajo ocupados por mujeres...

Esta larga enumeración, no exhaustiva, ha tratado de reflejar lo que es la *realidad social* del mundo que nos rodea, y algunos de los caracteres señalados verán acentuarse el tono evolutivo en los próximos años.

8. Después de este repaso *sociológico-histórico*, parece que podíamos sentar algunas ideas a modo de *conclusiones*:

1.<sup>a</sup> La situación jurídica de la mujer casada viene determinada, en cada época histórica, por el tipo de sociedad en la que se halla inserta.

2.<sup>a</sup> Las sociedades más *primitivas*, del tipo agrario, suelen adoptar un tipo patriarcal, con absoluta sumisión de la mujer al varón.

3.<sup>a</sup> La regulación del Derecho romano justinianeo, favorable a la autonomía patrimonial de la mujer casada, vio truncado su desarrollo en las distintas provincias del Imperio con las invasiones bárbaras.

4.<sup>a</sup> El Derecho histórico español no tiene un tipo claro de régimen especial para la mujer. Para dicho período carecemos de datos en las islas.

5.<sup>a</sup> La legislación de Las Partidas, romanizada, se vio desbordada por el autoritarismo que señalan las Leyes de Toro (1505), que introducen la licencia marital.

6.<sup>a</sup> La aparición del Derecho consuetudinario de Ibiza, cuyo origen próximo es el Derecho catalán, está desvinculada del Derecho de Castilla.

7.<sup>a</sup> Los grandes vaivenes *demográficos* sufridos por las islas, unido a su aislamiento e incomunicación con la península hasta el siglo pasado, hacen muy difícil un estudio del largo período desde 1236 a 1900.

8.<sup>a</sup> La aparición de la licencia marital, por costumbre, en Ibiza, es comprobable en escrituras notariales de finales del siglo pasado. No sabemos nada del porqué ni del cómo de su origen en las islas menores.

9.<sup>a</sup> Las modernas disposiciones legislativas del país apuntan a una autonomía patrimonial de la mujer casada, cuya posición ha pa-

sado a ser de “subordinada” al varón a una casi completa “equiparación” en las esferas profesional, laboral y política.

10.<sup>a</sup> El impacto de la tecnología, el fenómeno del turismo, la era “pos-industrial” de los países desarrollados y la irrupción de la mujer en el mundo laboral —incluso en España— alteran todos los presupuestos sociológicos de la familia “tradicional”, atomizada ante los nuevos hechos, lo que equivale a que la “licencia marital” sea un arcaísmo típico de países “subdesarrollados”.

### C) LA DIMENSIÓN AXIOLÓGICA

Estudiadas las dimensiones *normativa* y *sociológica* en orden a la licencia marital, corresponde ahora analizar su dimensión FILOSOFICA o VALORATIVA. De otro modo: ¿tiene fundamento la potestad marital?; ¿de haberlo, es justo?

Para una mejor comprensión, recogemos argumentos a favor y en contra de la potestad marital.

#### a) Argumentos A FAVOR (POTESTAD MARITAL)

Preferimos a cualquier posible fundamentación teórica de la institución emplear el luminoso PREAMBULO de la *Ley de 24 de abril de 1958*, por la que se modificaron determinados artículos del Código civil: “Si bien es cierto que el sexo por sí no debe dar lugar a diferencia y menos a desigualdades de trato jurídico civil, ha parecido igualmente claro, hasta el punto de estimarlo también como PRINCIPIO fundamental, que la familia, por ser la más íntima y esencial de las comunidades, no puede originar desigualdades, pero sí ciertas diferencias orgánicas derivadas de los COMETIDOS que en ella incumben a sus componentes para el mejor logro de los *finés* morales y sociales que, *conforme al Derecho natural*, está llamada a cumplir. Se contempla, por tanto, la POSICION PECULIAR de la mujer casada en la sociedad conyugal, *en la que*, por exigencias de la unidad matrimonial, *existe una POTESTAD de DIRECCION que la naturaleza, la Religión y la Historia atribuyen al marido*, dentro de un régimen en el que se recoge fielmente el sentido de la “tradicón católica que ha inspirado siempre y debe inspirar en lo sucesivo las relaciones entre los cónyuges”.

Siguiendo a FOSAR BENLLOCH en lo sucesivo examinemos cada uno de los supuestos fundamentos que estableció nuestro legislador de 1958. Como el texto es “anteconciliar”, el análisis será riguroso. A esos argumentos añadiremos los *locales*, en cuanto a Ibiza y Formentera.

#### 1.º La naturaleza

1. La naturaleza hace superior al varón y, consiguientemente, inferior a la mujer. Este principio es de “Derecho natural”.

De esta opinión han sido la mayoría de nuestros pensadores y po-

líticos, fueran o no juristas. Basta la cita de un PÍ Y MARGALL (“en el hogar doméstico tiene la mujer su teatro, su asiento, su trono”), nada sospechoso por cierto.

La larga retahíla de argumentos conservadores o tradicionales ha ido desde los *históricos*, pasando por los *biológico-fisiológicos*, *psicológicos*, etc. Retahíla desmontada pacientemente por las avanzadas de feministas. Retahíla repetida por la mayoría de los varones hispánicos, que —muy a lo sumo— han leído “La secreta guerra de los sexos” de la condesa de CAMPO ALANGE.

Como expresiva muestra, traemos esta cita de Castán Tobeñas. (“La condición social y jurídica de la mujer”. Madrid. Reus. 1955): “Las pruebas históricas sociales y las suministradas por la anatomía... resultan en realidad insuficientes para resolver el problema de la naturaleza y condición de los sexos; por eso estimamos nosotros procedente acudir en demanda de datos y enseñanzas a la *psicología* y a la *fisiología*, que, *rectificando la tesis de la “igualdad mental” de los sexos*, nos presentan: la primera, la de su equivalencia o paralelismo mental; la segunda, la de la distinción sexual sobre la base de la “maternidad” como característica esencial de la organización y funciones de la mujer... Del estudio de la diferenciación “psíquica” de los sexos... no resulta suficientemente justificada la preeminencia del varón en la sociedad pública y menos en la sociedad familiar. Pero hay un aspecto, fundamental por cierto, en la *biología* de los sexos, que obliga a mirar con mucha cautela las conclusiones del feminismo igualitario: y es que los feministas hacen abstracción de la mujer, de su especial función en la reproducción de la especie”.

2. La potestad marital es de Derecho natural. Así, SANTO TOMÁS (Summa Teológica) dice: “por ley natural la mujer está sujeta al varón, porque por ley de naturaleza abunda más en el hombre la ponderación de la razón”. Esta autorizada opinión ha permitido a los *iusnaturalistas* —sobre todo, a los más tradicionales— afirmar, desde diversas posiciones, que forma parte del “orden natural” la autoridad del varón en el matrimonio y la consiguiente sujeción de la mujer. En este sentido, PUY dice “...se ha considerado como *norma natural* la que atribuía al varón la primacía o superioridad plena sobre la mujer en la familia. En nuestros días... tal norma *sólo* puede considerarse justa si se la atiende como una “presunción jurídica” general y subsidiaria, *basada* en la costumbre anterior. Lo que significa que, supuesto que pueden darse casos límites de desacuerdo irreducible entre los cónyuges a la hora de tomar una decisión concreta, por fuerza hay que atribuir a UNO de ambos el poder decisorio, en el sentido de “voto cualificado” de los presidentes de los cuerpos colegiados para dirimir los empates...”.

## 2.º La religión

La religión atribuye al marido la potestad de dirección del matrimonio. Existe una norma moral católica, inmutable, que consagra dicha potestad.

Los argumentos serían aquí numerosos. Desde el Génesis (3,16) (“y buscarás con ardor a tu marido, que te dominará”) pasando por las Epístolas de San Pablo a los Corintios (I,11,2 y 11 = “Más quiero que sepáis que Cristo es la Cabeza de todo hombre como el hombre es cabeza de la mujer..., ni fue creado el varón para la mujer sino la mujer para el varón. Debe, pues, llevar la mujer la señal de la sujeción por respecto a los ángeles”) y a los Efesios (5,22 = “Las casadas estén sujetas a sus maridos como al Señor, porque el marido es cabeza de la mujer, como Cristo es cabeza de la Iglesia y salvador de su cuerpo. Y como la Iglesia está sujeta a Cristo, así las mujeres a sus maridos, en todo”).

Una interpretación autorizada sería la de la Encíclica “Casti Connubii”: “El grado y modo de tal SUMISION de la mujer al marido puede ser diverso, según las variadas condiciones de las personas, de los lugares y de los tiempos... Pero tocar o destruir la estructura familiar y su LEY FUNDAMENTAL, establecida y confirmada por Dios, no es lícito en tiempo alguno ni en ninguna parte... La igualdad de derechos que tanto se amplifica y exagera, debe, sin duda alguna, admitirse en cuanto atañe a la persona y dignidad humana y en las cosas que no derivan del pacto nupcial y van anejas al matrimonio... en lo demás ha de reinar cierta desigualdad y moderación, como exigen el bienestar de la familia y la debida unidad y firmeza del orden y la sociedad doméstica...”.

## 3.º La historia

Es argumento *tópico* repetir que la historia consagra la autoridad marital. Nuestro legislador de 1958, por tanto atribuye a la historia un papel “legitimador” de esta concreta institución.

Este es argumento *típico* de respeto hacia el pasado, hacia una determinada concepción idílica y “convencional” del pasado.

Los razonamientos van desde el espiguelo de textos romanos, pasando por las costumbres de los germanos y opiniones de Napoleón al respecto. Conocida es la evolución legislativa española, de que se hizo especial mención anteriormente.

## 4.º Como “principio fundamental”

Vimos que el PREAMBULO de la Ley de 1958 parece afirmar un “principio general del derecho”, a decir que “...ha parecido igualmente claro, hasta el punto de estimarlo también como *principio fundamental*, que la familia, por ser la más íntima y esencial de las comunidades, no puede originar desigualdades, pero sí ciertas diferen-

cias orgánicas derivadas de los cometidos...". El corolario de este principio superior, consagrador de una concepción "trans-individualista" de la familia, sería el "principio general" de la potestad marital.

La categoría de "principio general del Derecho" debe evidenciarse en su APLICACION ante los casos en que no existe regla exactamente aplicable al punto controvertido, conforme al artículo 6, 2.º del Código civil.

### 5.º *Es costumbre en Ibiza y Formentera*

El argumento de una parte de nuestros juristas (COSTA RAMÓN, CRUZ CARRASCO) es de estimar probada una vieja costumbre de venir la mujer campesina con su marido a firmar las escrituras notariales. Dicha costumbre debe ser respetada, como convicción popularmente sentida.

Ante la *objeción* de que la Compilación (art. 66) no recoge dicha costumbre, se argumenta que en dicho precepto hay una LAGUNA legal, por lo que supletoriamente (D. F. 2.ª) debe regir el Código civil, que exige licencia marital para los actos de la mujer casada expresamente prevenidos en la Ley. Añaden que la aplicación de los artículos 60-61, viene "per se" impuesta como consecuencia de la aplicación en Baleares de los artículos 12 y 13 del Código civil.

### b) *Argumentos EN CONTRA de la potestad marital*

La enumeración de argumentos FAVORABLES a la potestad marital es en verdad impresionante, pero parece conveniente someter tales argumentos a una serena *crítica* para descubrir lo que realmente hay detrás de cada uno de ellos. Seguimos el mismo orden del apartado anterior.

### 1.º *La naturaleza*

1. Frente a las opiniones conservadoras, hay todo un muestrario de opiniones discordantes. Así, entre otras varias:

CASTILLA DEL PINO: "Se aduce con frecuencia que si la mujer, en lo tocante a sus realizaciones, no ha dado nada que por asomo sea comparable a los rendimientos que el hombre aportó a lo largo de la historia, es por no otra razón que por el hecho de que su condición "natural" es distinta a la del hombre y, en consecuencia, en orden a lo que consideramos progreso, los rendimientos de la mujer han sido inferiores. De ello cabe concluir que la condición "natural" de la mujer, respecto del hombre, es la de su inferioridad... Este punto de vista puede ser deformado mediante eufemismos, sobre todo en forma de una nueva "mitificación": la mujer no es inferior, se dice;...pero —eso sí— la maternidad, el cuidado del hogar, son condiciones excelsas; por eso la mujer debe quedar y centrar su esfuerzo en el cultivo de las cualidades que encarnan lo que, sin mayores esfuerzos, se denomina su "femineidad"; la mujer es superior, se concluye, pre-

cisamente en eso que se ha estimado su inferioridad... Tales consideraciones... son netamente "inmovilistas" y bajo el disfraz de una consideración "muy elevada" de lo que la mujer es en su "calumniada" inferioridad, pretenden hacer permanente, mediante la gratificación más hipócrita, que la mujer siga ahí donde estuvo, por lo menos entre nosotros... Pero con ello se persigue que, por lo pronto, persista su condición de estupidización de tal manera que pueda continuar siendo *objeto*, pura cosa, al servicio del hombre, y nada más...".

KATE MILLET, más radicalmente, aduce que a la mujer le son negados derechos humanos a través de su ESTATUTO de "bien poseído".

ALVA MYRDAL y VIOLA KLEIN sostienen que las investigaciones llevadas a cabo por *psicólogos* y *sociólogos* han probado que la mayoría de las mujeres son tan buenas como la mayoría de los hombres en la mayoría de las disciplinas... Ya nadie pone en duda seriamente la capacidad de las mujeres. Por otra parte, el extenso *descontento actual* entre las amas de casa que viven en una ciudad da testimonio del *hecho* de que cuidar a un hombre y a una familia de *x* niños, *no* es, en las actuales condiciones, *suficiente* para llenar los muchos años de vida de una mujer, ni puede proporcionarles la satisfacción de pensar que está haciendo su parte... El ama de casa promedio emplea todo su tiempo en tareas domésticas necesarias, que deberían requerir únicamente de un cuarto a un tercio de su vida adulta normal.

En los siglos pasados, en que la esperanza de la vida humana era de unos 35 años, era lógico dedicar a la mujer a la crianza de los hijos, crianza que absorbía la mayor parte de los años de su vida. De ahí era lógico *inferir* la inferioridad de la mujer, atada a su hogar.

Pero en 1970 la esperanza de vida de la mujer española se acerca a los 70 años. Durante largos años de la madurez, la mujer se va a ver privada de su quehacer tradicional: la crianza de los hijos. Sí, estadísticamente hablando (un millón de mujeres más que de hombres) es imposible evitar la soltería como fenómeno social, y si, por la propia evolución demográfica de la especie, la mujer estará libre del cuidado de los hijos durante largos decenios de su vida, ¿dónde queda la sujeción "natural" al hombre?; ¿y las casadas sin hijos?

La CONCLUSION obvia es: las innegables diferencias somáticas y psíquicas de ambos sexos NO atribuyen una inferioridad al sexo femenino y una superioridad al masculino. La *inferioridad* de la mujer es un producto de milenios de cultura patriarcal, es "de hecho", y *no* debe constituir un "fundamento" para la discriminación legal. La "función maternal" no debe establecer una inferioridad en perjuicio de la mujer, por mucho que se la disfrace con bellas frases, sino dar derecho a una *protección temporal* y *adecuada* al problema a resolver, nunca alienadora.

2. En cuanto que la "potestad marital" sea "de Derecho natural", no puede sostenerse seriamente.

Aparte de que la referencia al "Derecho natural" debe ir centra-

da en lo que se entienda por “naturaleza humana”, hay que distinguir entre lo *esencial* y *accidental* en esa “naturaleza humana”. Lo peculiarmente *característico* del hombre es que su vida tiene una fabulosa plasticidad, tanto en su soporte biológico, como también en su específica realidad humana. El hombre de hoy, que vive en una nueva circunstancia, en un nuevo contorno, en un mundo diferente del que encontró el hombre de ayer al iniciar su existencia, modificará por su propia cuenta este legado recibido (RECASENS SICHES).

Las meditaciones prácticas de toda “estimativa jurídica” o “Derecho natural” deberán contar con los datos de los estudios antropológicos, psicológicos y sociológicos y con la propia reflexión personal, evitando el argumento “de autoridad” (típico el de Santo Tomás) que debe situarse siempre en un contexto histórico radicalmente distinto al nuestro.

Tampoco es incontrovertible el *argumento* del “poder decisorio” de uno de los cónyuges. En un contexto histórico basado en la superioridad del Derecho sobre la mera fuerza física, las eventuales disensiones pueden tener otra salida que el “*iussus*” del marido.

No parece, pues, que la potestad marital sea de “Derecho natural”, sino, más bien, algo contingente y accidental en la idea de “naturaleza humana”.

## 2.º La religión

A pesar de los textos apuntados, conviene precisar que —como ha recordado la “Constitución Dogmática sobre la Divina Revelación” del Concilio Vaticano II— “para descubrir la intención de los hagiógrafos, entre otras cosas hay que atender a los “géneros literarios”, puesto que la verdad se propone y se expresa ya de maneras diversas en los textos de diverso género —históricos, proféticos o en otras formas de hablar—. Conviene, además, que el intérprete investigue el sentido que intentó expresar y expresó el hagiógrafo en cada circunstancia según la condición de su tiempo y de su cultura, según los géneros literarios usados en su época. Pues para entender rectamente lo que el autor sagrado quiso afirmar en sus escritos, hay que atender cuidadosamente, tanto a las formas nativas usadas de pensar, hablar o de narrar vigentes en los tiempos del hagiógrafo, como a las que en aquella época solían usarse en el trato mutuo de los hombres”.

Conviene decir que la Encíclica “*Casti connubii*” advierte que si en alguna parte por razón de *cambios* experimentados en los usos y costumbres del comercio humano, deben mudarse algún tanto las condiciones sociales y económicas de la mujer casada, toca a la autoridad pública *acomodar* los derechos civiles de la mujer a las exigencias y necesidades de estos tiempos...”.

La Constitución “*Gaudium et Spes*” del Vaticano II, para nada habla de la autoridad del marido en el matrimonio; solamente hace hincapié en el mutuo amor de los esposos y en las notas de unidad e

indisolubilidad del matrimonio. Lo mismo hace el tan discutido “Catecismo para adultos” holandés.

Cabría señalar que para la Iglesia, en el mundo actual, bastaría con que el marido ostentare en el matrimonio una jerarquía puramente “moral”, sin necesidad de norma jurídica alguna que diera consistencia a tal primacía.

En la Encíclica Octogésima Adveniens”, Pablo VI afirma que “asimismo”, en muchos países, un *estatuto sobre la mujer* que haga cesar una discriminación efectiva y establezca relaciones de igualdad de derechos y de respeto a su dignidad, es objeto de investigaciones y a veces de vivas reivindicaciones... La evolución de las legislaciones debe... orientarse en el sentido de proteger su vocación propia, al propio tiempo que a reconocer su independencia como persona y la igualdad de derechos a participar en la vida económica, social, cultural y política”.

La Asamblea Conjunta española de Sacerdotes y Obispos, de septiembre de 1971, afirma: “los derechos reconocidos en la Iglesia a los bautizados se refieren con plena identidad al varón y a la mujer. El papel de la mujer, en todos los órganos de corresponsabilidad seglar debe realizarse en paridad con los varones, suprimiendo cuantás diferencias provienen de condicionamientos históricos o sociológicos”.

Si de los textos de la jerarquía eclesiástica descendemos a la autorizada voz de los *teólogos* modernos más representativos, veremos idénticas formulaciones. Así, KARL RAHNER advierte que “en su relación con el mundo, la Iglesia está todavía en profundo devenir...; la Iglesia puede renunciar a ciertas zonas “sacrales” por estar históricamente condicionadas. La Iglesia institucional *no* está en condiciones de elaborar directamente y en todo momento las preguntas y las respuestas éticas y religiosas que surgen o se buscan en el ámbito de las posibilidades creadoras...”.

Por su parte SCHILLEBECK (“La marriage”) entiende que los conocidos textos paulinos —sobre sujeción de la mujer al marido— no son dogmáticos, sino pastorales. Se pregunta si la *derogación* de la vieja fórmula de los ordenamientos civiles occidentales “mari = chef de la famille” atenta o no contra los textos bíblicos: en su opinión no atenta, pero la prudencia pastoral puede imponer el carácter “superior” del marido sobre la mujer.

Como *conclusión*, cabe decir que —en la doctrina católica del matrimonio— la potestad marital no es un principio dogmático, ni siquiera una regla moral universal y absoluta: admite temperamentos, y es perfectamente lícito a los cristianos propugnar la “equiparación” de los sexos en el matrimonio sin que por ello padezca lo más mínimo una regla como la de la potestad marital que es más deber del varón que una sujeción de la mujer.

### 3.º La historia

Nuestro legislador (preámbulo dicho), al atribuir a la historia un papel "legitimador" de las instituciones, cae en los excesos de la Escuela Histórica del Derecho, ya que ese excesivo respeto al pasado es un freno al despliegue de las virtualidades progresivas que ese mismo pasado encierra y que pueden ser desenvueltas por el presente.

Hoy se ha dado un giro cópernicano hacia una determinada concepción de la Historia, más preocupada de los problemas del *presente*, que son los del futuro. JOAN REGLÁ ("Introducción a la Historia", Teide, 1970) nos dice "antes el historiador partía de unos orígenes remotos, de un pasado que era pura arqueología, y se detenía en los umbrales de su propio mundo, con la preocupación esencial de no abordar temas "actuales", puesto que éstos, según cómodamente se decía, "no eran Historia, sino política" y el historiador quería ser ante todo, un intelectual "no comprometido". Hoy, en cambio, el historiador es esencialmente un hombre del todo "engagé" en la problemática general del mundo: en función de la vida —esto es, del presente— interroga al pasado, a lo que ya dejó de existir, a través de sus huellas..."

La preocupación "actual" —¿qué nos preocupa más "hoy"?— exige una reelaboración de la Historia a través de cada presente distinto. Si hoy nos preocupan temas como el del respeto de los derechos humanos, la igualdad de hombre y mujer, la preocupación de las minorías marginadas, dicha problemática no puede menos de *influir* en el estudio de las instituciones civiles del pasado patrio. Es preciso continuar y desarrollar una relación interdisciplinar de la historia jurídica con la historia de las ideas y la antropología cultural.

Volviendo al argumento HISTORICO, podemos afirmar que la exposición sucinta (efectuada con rápidas pinceladas para cada período) no nos demuestra que la potestad marital sea un valor paradigmático. Cabe citar las palabras dichas del profesor DE CASTRO. Si durante 1.500 años no se conoce, en nuestro Derecho al menos, la "licencia marital", introducía en 1505 por las Leyes de Toro, ¿cómo afirmar con el valor de dogma que "la Historia nos lo demuestra"?

La vigencia de la legislación de Partidas hasta mediados del siglo XIX es muy significativa. Sin embargo, las ideas antifeministas del Code civil francés influyeron decisivamente en nuestra legislación codificadora, según lo ya dicho. Hasta el punto de que una institución por sí "natural" como los parafernales fue eliminada en todos los proyectos de Código civil, y aún del Código de 1889 en su primera redacción, siendo atropelladamente introducidas en el último momento.

Una muestra más de esa corriente antifeminista de la época es la Ley del Matrimonio Civil de 24 de junio de 1870. De origen más bien liberal, fruto del "sexenio" posterior a la Revolución de 1868, sin embargo en sus resultados y espíritu late el viejo conservadurismo

tradicional. Bien ha podido decir el profesor DÍEZ PICAZO que la Ley de 1970 no es sino una secularizada traducción de la conocida epístola paulina.

Si, pues, la Historia de nuestro Derecho *no* nos transmite un mensaje único e inequívoco para el presente, ¿qué sentido pueden tener hoy la limitaciones impuestas a la mujer casada por la Ley 55 de Toro? ¿Deben tener hoy la misma virtualidad que antaño?

Conviene recordar que nuestra historia jurídica (que no se compone tan sólo del Derecho castellano) nos presenta rasgos en pro de una mayor libertad de la mujer casada: de sobra es conocida la tradición foral que en Cataluña y Baleares confería la libre administración y disposición de los bienes parafernales a la mujer casada, cuando no los hubiera entregado al marido.

La conclusión es que tampoco la HISTORIA *nos* ha aportado un fundamento válido en pro de la potestad marital.

#### 4.º Como “principio fundamental”

Recordemos que el repetido PREAMBULO de la Ley de 24 de abril de 1958 habla de un “principio fundamental”, del que se deduciría un “principio general de Derecho”.

Sin embargo, cabe señalar: 1) que la dicción del legislador es todo menos clara, al hablar de que “no existen desigualdades, pero sí ciertas diferencias orgánicas entre los miembros de las familias”. Si con ello quería aludir a la teoría de las “potestades” romanas (“*manus maritalis*”, “*patria potestas*”), concepciones familiares paganas superadas ya con la introducción de la civilización cristiana, creemos que es una aclaración superflua 2) Si quería aludir a que en la familia no hay una pirámide jerárquica de derechos y superioridades, sino una “coordinación” de *funciones*, atribuidas a sus titulares al servicio de los fines “transindividuales” de la familia, olvida el legislador la subsistencia del agudo *conflicto* entre la pretendida igualdad entre los diversos miembros de la familia y las diferencias orgánicas derivadas de los cometidos que en ella incumben a los mismos (arts. 57 y siguientes Código civil). 3) El legislador, al dictar la Ley de Principios Fundamentales del Movimiento de 17 de mayo de 1958 —de la misma época que la comentada— no habló para nada de las “potestades familiares”, ni consagró la potestad marital como “principio fundamental”.

La categoría de la “potestad marital” como “principio general del Derecho” exige que pase la prueba de fuego de su APLICACION en los casos en que NO hay regla exactamente aplicable al punto controvertido, conforme al artículo 6, 2.º del Código civil. Cabe observar, respecto de las *conductas* del marido ajenas a los fines que la potestad marital debe servir o contrarias a dichos fines, que: 1.º) El ejercicio abusivo de su “potestad” por el marido, determinará que tales conductas sean descalificadas, reprobadas, por el ordenamiento jurí-

dico, y que el juez las corrija. Así, en la más reciente legislación, Ley de 1961 (art. 5.º) y Decreto de 1970 (art. 3.º)—2.º). El principio de la buena fe *limitará* asimismo la negativa injustificada del marido a conceder la licencia marital.

Si, pues, en el ejercicio de su “potestad” el marido tiene las *limitaciones* dichas, cabe *concluir* que la regla que consagra la potestad marital *no* es un principio general del derecho: debe ser *interpretada* de acuerdo con la propia finalidad y función familiar a la que sirve, estando prohibidos al marido la mala fe y el abuso del derecho en su ejercicio.

Aquí hacemos un alto, a modo de *recapitulación*, antes de examinar los argumentos LOCALES para Ibiza y Formentera. Observamos ahora con nitidez que la imponente majestuosidad de los argumentos A FAVOR de la licencia marital se ha desmoronado con estrépito con nuestra modesta crítica. Hay, además, otros muchos argumentos EN CONTRA de la licencia marital, y, entre ellos, destacaremos los relativos a los “derechos humanos” y a las posiciones de la moderna “doctrina jurídica española”.

#### 5.º *La revisión de la condición jurídica de la mujer en función de la problemática de los “Derechos humanos”*

1. Un rasgo del moderno “Derecho natural”, como ha demostrado RECASENS SICHES es la *reducción* de su contenido al problema de los derechos y deberes fundamentales a la persona.

La noción de “progreso” de una legislación positiva determinada está íntimamente *ligada* a la del desarrollo y afirmación de los derechos humanos, a su reconocimiento legislativo, a su tutela por una jurisdicción imparcial asentada frente al Estado y frente a la Sociedad. Donde no se respeten los derechos humanos no existe el progreso legislativo ni progreso o desarrollo social, aunque la legislación, formalmente, los reconozca.

La Declaración Universal de Derechos del Hombre, aprobada y solemnemente proclamada por la Asamblea General de la O. N. U., el 10 de diciembre de 1948, establece: “Artículo 1.º—Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros. Artículo 2.º—1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, *sexo*, idioma, religión, opinión pública... Artículo 16.º—*Los hombres y las mujeres*, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia: *disfrutarán de iguales derechos* en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio...”.

Pese a la importancia de esta “Declaración”, un Tribunal español recientemente ha declarado que, como España NO había signado

la Declaración, la misma no tiene fuerza de ley "interna". La polémica entre iusfilósofos (texto de Derecho Internacional positivo vigente) e internacionistas (sólo con validez programática) sigue, por desgracia, abierta.

2. Traemos aquí a colación la reciente *doctrina de la Iglesia* en tema de derechos humanos, con especial referencia a la mujer y a la familia, puesto que, conforme al punto II de los "Principios del Movimiento Nacional", según Ley de 17 de mayo de 1958, "La Nación Española considera como timbre de honor el acatamiento a la Ley de Dios, según la doctrina de la Santa Iglesia Católica, Apostólica y Romana, única verdadera y fé inseparable de la conciencia nacional, *que inspirará su legislación*".

Los textos fundamentales a resaltar aquí son la Constitución Conciliar "Gaudium et Spes" (sobre la Iglesia en el mundo actual), la Encíclica "Mater et Magistra" y la Encíclica "Pacem in terris".

En la Constitución Conciliar "Gaudium et Spes" se contiene una asistemática enumeración de los derechos humanos: "... Toda forma de discriminación en los derechos fundamentales de la persona, ya sea social o cultural, por motivos de *sexo*, raza, color, condición social, lengua o religión, debe ser vencida y eliminada, por contraria al plan divino. En verdad es lamentable que los derechos fundamentales de la persona no estén todavía protegidos en la forma debida en todas partes. Es lo que sucede cuando se niega a la *mujer* el derecho de escoger libremente esposo y abrazar el estado de vida que se prefiera, o se le impida tener acceso a una educación y a una cultura iguales a las que se conceden al hombre".

Las Encíclicas "Mater et Magistra" y "Pacem in terris" desenvuelven estos principios conciliares: el reconocimiento de la dignidad de la mujer, equiparada *plenamente* al varón en el matrimonio, entre otros varios puntos, viene a repristinar no pocos de los fundamentos de la tradicional noción "trans-individual" del matrimonio y de la familia.

3. MARÍA JIMÉNEZ BERMEJO (ACN de P.) postula la *necesidad de reforma* de la estructura de la familia tradicional, al afirmar que "es común que al hablar de la familia se esté pensando en la "estructura familiar" que ha presidido el nacimiento de quien la defiende, es decir, su, tu o mi estructura familiar... no se vincula la "familia cristiana" con el tipo de familia característico de una sociedad tradicional, puesto que la familia cristiana puede funcionar, y de hecho está ya funcionando, con unas pautas de conductas distintas y diferentes de las que se dieron en la situación histórica precedente...". En otro lugar, añade: "los primeros años de la década de los setenta deberán quedar marcados como una etapa de especialización en torno a la problemática femenina, como una paso previo y necesario para el logro de su integración social absoluta. Etapa que *implica* una revisión profunda de la norma jurídica y una acción educativa mirando la situación de la mujer. Esta etapa será por ello, más que de penetración de nuevas

ideas, de "revisiónismo" de los preceptos institucionalizados, al objeto de adecuarlos a la nueva realidad...

A la luz de los principios de la Doctrina de la Iglesia no parece demasiado difícil, por tanto, proceder, de una parte, a la necesaria revisión de la potestad marital, y de otra, a enunciar el principio de equiparación" de los sexos.

### 6.º *La moderna doctrina española*

Es fundamental para la promoción femenina la opinión que la doctrina jurídica española forme en torno al principio de "igualdad" de sexos y acerca de la necesaria revisión de la licencia marital.

1. CASTÁN TOBEÑAS (con un cambio de postura tremendamente significativo, en autor tan ponderado) entiende que el artículo 3.º del Fuero de los Españoles indudablemente equipara, como regla general, la condición jurídica de uno y otro sexo de una manera implícita... Los reglamentos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado y del Derecho científico... se han esforzado al unísono y de manera constante por suavizar, humanizar y ampliar, a través de la interpretación de los textos vigentes en cada momento, los dominios de la capacidad y los "derechos de la mujer".

2. ESPÍN CÁNOVAS, tras un minucioso estudio sobre la capacidad jurídica de la mujer casada, considera, en la actual fase evolutiva de nuestro ordenamiento, a la "venia marital" como institución poliforme, asistemática, proclive a las interpretaciones discordantes e imposible de reducir a unidad. Su anacronismo, por otra parte, no merece la corrección normativa, sino más bien la *supresión* como algo caduco. Entiende el profesor ESPÍN que el progresivo aumento del nivel cultural de la mujer ha venido a poner de manifiesto lo infundado del sistema del Código civil. En las leyes de 1958 y 1961 quedaron sin abordar los principales problemas de las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges, por lo que subsiste vivo el problema de una *revisión* más profunda de nuestro Código fundamental de Derecho privado. La reforma debe inspirarse, de una parte, en las enseñanzas de la Iglesia, y de otra, en la actual realidad social. Considera necesario llegar a la *supresión* de la licencia marital.

3. MARSÁ VANCELLS: "El gran problema del Derecho civil de nuestros días, que debe resolverse con urgencia, es conseguir que la mujer tenga, en el matrimonio, idéntica consideración que el hombre en el Derecho positivo, para lo cual éste debe ser modificado rápidamente en casi todos los estados nacionales, rompiendo con antiguas tradiciones que han limitado siempre la actividad jurídica del sexo femenino, tales como la absurda autorización marital, el incalificable deber de obediencia de la mujer casada en el siglo XX y la facultad decisoria del marido en caso de controversia conyugal, que convierte a aquélla, perpetuamente en una esclava de éste..."

4. MARÍN PÉREZ: “Nuestros Códigos obedecen a directrices “ideológicas”, queramos o no, totalmente incompatibles, no ya con los principios inspiradores de la ideología que informa el actual Estado, sino tan siquiera con la que inspira los principios sociológicos y culturales del mundo de nuestros días”.

5. DE LA CÁMARA ALVAREZ afirma que para brindar protección a la mujer casada “separada de hecho”, cosa no tan fácil como está concebida y articulada la ley, es preciso una nueva reforma del Código civil, aunque inspirada esta vez en criterios más amplios y progresivos.

6. MARTÍNEZ SARRIÓN: “Se ha logrado —en una serie de países, entre los que cita a Cataluña y Baleares— una unificación respecto a la supresión de la licencia marital. Mantener el requisito de la licencia ha venido a ser sinónimo de país subdesarrollado”.

7. DíEZ PICAZO (prólogo al libro de E. FERNÁNDEZ CABALEIRO “El régimen económico matrimonial legal en Europa” 1969) nos dice: “Hay una superación sociopolítica de los esquemas del mundo de las codificaciones. La clave es quizá el principio de “equiparación” de los sexos, que, si se mira bien, no es otra cosa que una concreta parcela de aplicación del principio general de la “igualdad” de todos los seres humanos y de superación de todas las formas de discriminación. La equiparación de trato jurídico de marido y mujer lleva a una decadencia del principio de jefatura y de dirección económica del marido, e impone una crisis de los sistemas comunitarios de bienes...”. Añade más adelante, después de sostener que una elevación del nivel de actuación jurídica de la mujer impone darle una participación efectiva en la gestión económica, que la “comparación jurídica” es un método fructífero que nos permite, entre otras cosas, darnos cuenta de que lo que hemos respetado como inconcusos dogmas y como verdades son sólo “tópicos” y lugares comunes que han devenido anacrónicos...”.

8. POSAR BENLLOCH (estudio inédito, 1972) parte del influjo del cambio social en la familia, para seguir con una crítica de la potestad marital y su fundamentación. Es la misma línea que hemos seguido aquí (por especial deferencia del autor). Postula —siguiendo a RECASENS— un concepto de Derecho natural de contenido “progresivo”, por lo que la misma dialéctica del desarrollo social exige el reconocimiento del principio de “igualdad jurídica” de los sexos. La consagración de la “potestad marital” resulta contradictoria con el principio postulado. Se basa en los artículos 3 y 22 del Fuero de los Españoles: en el artículo 3, aunque no alude al sexo, su enumeración es meramente enunciativa y su centro de gravedad se halla en la proposición “la Ley ampara por igual el derecho de todos los españoles”. Idéntica formulación en el apartado 5.º de la Ley de 17 de mayo de 1958, promulgadora de los principios Fundamentales del Movimiento Nacional. Después de referirse a la Ley de 1961 y al Decreto de 1970, entiende que las *líneas fundamentales para una revisión* de la “potestad marital” deben ser éstas: 1.º Confeccionar una encuesta “sociológica”, entre los profesionales del derecho acerca de la revisión

y plazo de la reforma. 2.º) Audiencia de todos los organismos implicados en el problema (corporaciones de profesionales, cátedras, asociaciones de juristas, Sección Femenina, etc.). 3.º) Agrupación de juristas en “equipos” de trabajo, que realicen los oportunos estudios con o sin redacción de una propuesta de articulado concreto 4.º) Coordinación de la revisión con la legislación civil especial de nuestras regiones.

Una nueva *recapitulación* que nos permita ver la abundancia de argumentos y la bondad de las soluciones propuestas por nuestra mejor doctrina civilista actual. Parece, pues, que vamos por buen camino. Solamente nos quedará enfocar los argumentos propios de nuestro ámbito “insular”.

### 7.º *El Derecho consuetudinario de las pitiusas*

La posición de nuestros juristas —queridos amigos y compañeros—, además de respetable y fundamentada, tiene a su favor la bondad de que sus patrocinadores han sido en definitiva los “salvadores” del Derecho de las islas menores, don JOSÉ COSTA RAMÓN, con su inestimable aportación local al origen del Derecho de Ibiza y de su regulación consuetudinaria; y don JOSÉ CRUZ CARRASCO, como ponente en 1960 designado por la “Comisión de Juristas” de Ibiza y elaborador del “Anteproyecto” elevado —POR SU MEDIACION E INTERVENCION PERSONAL— a la “Comisión General de Codificación”.

Sin embargo, me van a permitir mis queridos compañeros que eleve mi voz discrepante de su postura. Me voy a basar en otra serie de argumentos, que, resumidos, son:

a) La alegación de una *costumbre local* en el sentido de ser necesaria la licencia marital ha quedado carente de base, ya que la Compilación (D. F. 1.ª) establece expresamente la SUSTITUCION de todo el Derecho vigente, escrito o consuetudinario, por lo contenido en sus preceptos. Ello, equivale a la extinción “per se” de tales costumbre en 1960: el profesor LALAGUNA, en su agudo análisis, confirma mi opinión. No hay tales costumbres ANTERIORES a la Compilación.

En cuanto a la costumbre ACTUAL, POSTERIOR a la Compilación, habrá que ver si es “contra legem”, “praeter legem” o “secundum legem” con los resultados que todos sabemos; si es “contra legem”, contra el tenor de la Compilación, rige el artículo 5 del Código, que sanciona su ineficacia total; si es “praeter legem”, la normativa del Código y de la propia Compilación, impiden tomarla en consideración; si es “secundum legem”, tendrá un valor interpretativo.

Como el término de referencia (“legem”) es el precepto concreto (art. 66, 2.º), habrá que aludir al mismo otra vez para ver si en él está o no contenida esta costumbre.

b) La *norma* debatida regula el supuesto de la “falta de capitu-

laciones matrimoniales” y establece el régimen supletorio de la separación de bienes.

Parece que el supuesto no es de ANOMIA, ni absoluta ni relativa: hay una regulación del régimen supletorio. Para haber una “laguna” debería tratarse —con las mismas palabras del legislador— de un supuesto “en que no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido”, conforme al artículo 6 del Código civil. La Ponencia estima que SÍ EXISTE una regulación, pero la cuestión es si esa regulación es suficiente o adecuada: o de otro modo dicho, si se trata de una “imperfección legislativa, que diría LALAGUNA (“silencio de la ley”) o si es más bien un caso de ley “inadecuada” técnicamente en su contenido. Yo me remito a lo dicho antes, y entiendo que la hipótesis más prudente y posible es estimar existió un olvido de última hora; hay un argumento más: en el Anteproyecto elevado a Madrid, figuraba —en tema de legítimas (art. 18)— una frase relativa a la mujer casada, con licencia del marido, frase posteriormente tachada.

La consideración de la norma como “imperfecta” hace que la calificación de la costumbre no pueda ser sino “contra legem”, ya que ésta —la norma— “per se” está regulando un régimen económico-matrimonial en que la licencia no es necesaria. Argumentos numerosos en tal sentido, sin detallar, entre nuestros autores.

c) *La doctrina reciente* abunda en la postura defendida por la Ponencia. Así, entre otros:

1. CASTÁN (“Los últimos avances en la condición jurídica de la mujer casada”, Estudios Serrano, 1967, I. p. 103): “El régimen jurídico de estas islas, en cuanto a capacidad de la mujer casada, tiene indudable semejanza con el de Cataluña. La Compilación proclama con energía la autonomía patrimonial de AMBOS consortes en el régimen de separación de bienes, que es el legal, en defecto de pacto, en estas islas (art. 3, *respecto* a Mallorca, y art. 66, 2.º *respecto* a Ibiza y Formentera)”.

2. ESPÍN CÁNOVAS (“Capacidad jurídica de la mujer casada”, 1969): “En las relaciones patrimoniales se observa la influencia de las normas propias de estas regiones forales sobre la institución de la licencia marital... el precepto del artículo 4, 2.º es no sólo aplicable a la isla de Mallorca, sino también a las de Menorca (art. 65), Ibiza y Formentera (art. 66)”.

33. MARTÍNEZ SARRIÓN (R. D. Not. 1967): Después de citar expresamente, como vimos, a BALEARES (por supresión de la licencia marital), dice que en tema de “parafernales” no hay razón alguna para mantener la licencia marital.

4. PUIG SALELLAS (Cent. L. Not. 1962; R. J. C., 1970), en nota a pie de página da por similar el régimen de Baleares (arts. 4 y 66 Compilación) al de Cataluña.

5. FOSAR: “Tanto Cataluña como Baleares han suprimido la licencia marital para la administración y la disposición de los bienes parafernales de la mujer, en sus respectivas Compilaciones...”.

6. CLAR GARAU. "Por la interpretación lógica y sistemática de la Compilación".

7. LALAGUNA ("Jurisprudencia y fuentes de Derecho", 1971) estima que el valor de las Compilaciones es enorme, en lo que se refiere a la costumbre; y, respecto de los artículos 12-13 del Código civil, éstos han quedado "sin efecto" virtual tras la reforma del sistema de APENDICES primitivamente previsto y su sustitución por el sistema de COMPILACIONES, más flexible, y con repercusiones en el futuro en orden a un Código civil "General" de toda España.

#### D. *Recapitulación final y conclusiones en tema de licencia marital*

1. Esta larga exposición, necesaria, acerca de la "potestad marital" y de su vigencia o no en Ibiza y Formentera, nos ha permitido recoger una serie de interesantes ideas, que cabe resumir así:

1.<sup>a</sup> Ni el argumento de la naturaleza, ni el de la religión, ni el histórico, pueden fundamentar la potestad marital.

2.<sup>a</sup> La supresión, en general, de la "licencia marital" es una consecuencia del rechazo de toda discriminación jurídica, e inconciliable con la salvaguarda de los "derechos humanos".

3.<sup>a</sup> Cabe inducir un principio general de "equiparación" de sexos, huérfano de adecuado desarrollo legislativo actualmente.

4.<sup>a</sup> La doctrina moderna, con atisbos, intuiciones o denuncias concretas, aboga casi unánimemente a favor del citado principio de "igualdad" jurídica de los sexos, aplicación del más genérico de "igualdad" ante la ley de todos los hombres.

5.<sup>a</sup> El régimen de separación de bienes implica "per se" la absoluta autonomía patrimonial de AMBOS consortes: tanto en Cataluña como en todas las islas Baleares.

6.<sup>a</sup> La norma del artículo 66, 2.º, deficiente, debe ser remediada con una interpretación "correctora" que le haga decir lo que en espíritu contiene.

2. De lo expuesto, cabe extraer las siguientes CONCLUSIONES en este punto:

1.<sup>a</sup> La no necesidad en Ibiza y Formentera de la licencia marital, costumbre intempestiva y fuera de lugar.

2.<sup>a</sup> La REFORMA que proponemos es ésta: "A falta de capitulaciones se entenderá contraído el matrimonio bajo el régimen de absoluta separación de bienes. En dicho régimen cada cónyuge retendrá el dominio, disfrute, administración y disposición de los bienes propios, pudiendo también cada cónyuge por sí sólo aceptar herencias y legados y obligarse y comparecer en juicio, sin necesidad de que en el ejercicio de tales facultades medie licencia, intervención o consentimiento del otro cónyuge.

Serán válidos en dicho régimen los actos y contratos que celebren entre sí los cónyuges a título oneroso. En caso de impugnación judicial, la prueba del carácter oneroso corresponderá a los demandados.

La mujer casada puede salir fiadora de su marido y obligarse mancomunadamente con él. En caso de ejercicio de comercio por mujer casada registrá el apartado inicial precedente”.

## VI. LA LABOR DE REVISION DEL DERECHO DE IBIZA Y FORMENTERA

1. Los *orígenes consuetudinarios* del Derecho de las islas menores han llevado consigo la dificultad de concretar y determinar con exactitud los límites y extensión de nuestro Derecho.

La labor de fijar este Derecho fue emprendida en 1946 por don JOSÉ COSTA RAMÓN, con tan señalado éxito, que la separata de la revista “IBIZA” —donde fue publicado su trabajo— se agotó rápidamente. Si su trabajo puede calificarse de inestimable, por recoger con amor y minuciosidad no exentos de brillantez y erudición jurídica, todas las costumbres de las islas menores, cabe por otro lado señalar que su aportación es el *punto de partida* para el estudio científico del Derecho ibicenco escrito.

En dicho trabajo, cuando le toca el turno estudiar una institución de difícil calificación, no vacila Pepe Costa en acudir al testimonio de la práctica y de la vida real, solicitando el valioso concurso de don Vicente Torres Riera (oficial de notaría) y de don Vicente Costa Ferrer (de San Antonio Abad). Así lo hizo al tratar la “aparcería”, y su labor puede calificarse de definitiva, marcando el camino a seguir: aunar teoría y práctica jurídicas.

Llegada la hora de las Compilaciones, tras el famoso “Congreso Nacional de Derecho Civil” de Zaragoza (1946), la labor “preparatoria”, efectuada por COSTA, venía a ser como la real aportación del pueblo ibicenco a las convicciones jurídicas del país, plasmada correctamente con una técnica inmejorable para aquel entonces.

Sin embargo, fuera un descuido “codificador” centralista, fuera un error de la Comisión Provincial, el *hecho* concreto fue que las labores de preparación del “Anteproyecto” de Compilación de Baleares se hicieron SIN representantes de Ibiza y Formentera.

Lo demás es historia reciente y de todos conocida. Convocados juristas, sabedores de derecho y zurupetos, aficionados y técnicos, en magna asamblea, celebrada en la Escuela de Artes y Oficios de 10 de marzo de 1960, se aprueba unánimemente encargar la redacción de un “Anteproyecto” para Ibiza y Formentera a una “Comisión de Juristas”.

2. La llamada “Comisión de Juristas” de Ibiza, cuyo *origen y creación* no pueden ser más representativos, al emanar de la voluntad popular unánime, trabaja a toda prisa, y cuatro días después —14 de marzo de 1960— *aprueba* por unanimidad el “Proyecto” elaborado por el ponente, notario de Ibiza, don JOSÉ CRUZ CARRASCO.

Aquí aparece la segunda figura del Derecho de Ibiza, ya que el

hecho real de la “marginación” sufrida ante el procedimiento usado en la isla mayor se ve compensado con la actitud de mi querido compañero. Su actuación individual, emanada de la colectividad, logra salvar el Derecho de Ibiza. El *procedimiento* no estaba previsto, ni señalado ni barruntado siquiera. Pero el resultado está a la vista: la *Compilación* contiene un libro para cada isla. “Novedad” llama a esto *Espín*. Además de novedad, realismo sano diría yo.

3. Tenemos estos ANTECEDENTES para nuestra minúscula obra codificadora. La cuestión grave es ¿vale para el futuro tal “precedente”? O, de otro modo, ¿los requerimientos de tipo “formal” que se nos dirijan desde Palma son idóneos a nuestro efecto?

La cuestión es importante: si entendemos que el “procedimiento” de elaboración del derecho emana de un poder decisorio inapelable, que dicta su ley, sin más, poco habría que añadir, y nuestro trabajo todo huelga aquí; si entendemos que la elaboración del derecho emana de la propia realidad social, oídos los órganos competentes y todos aquellos que puedan y tengan algo que decir, son indispensables entonces los trabajos “preparatorios” que nos encaminan a una adecuada corrección de la norma.

Si esto último es lo postulable en cualquier momento histórico, cabe añadir que la FORMA apropiada para recoger las costumbres locales o su variación o desuso debe ser dictada por aquellos que VIVEN Y PRACTICAN tales costumbres y APLICAN los preceptos de la *Compilación*. Lo que equivale a decir que el PROCEDIMIENTO de elaboración del Derecho de Ibiza y Formentera debe gestarse en IBIZA y no en Palma.

Que esto supone “institucionalizar” jurídicamente nuestra curiosa “Comisión de Juristas”, lo sé, pero no tengo más remedio que ser consecuente con el planteamiento y solución de la cuestión. En último término, si en la “Asamblea” de 1960 se hubiera pedido opinión, estimo que la actuación NUESTRA aquí y ahora estaría refrendada legítimamente. Entiendo, pues, VALIDO el procedimiento seguido por nosotros, cuyo más alto refrendo a nivel ministerial no tiene por qué ser trabajado conseguir. En idéntico sentido, FUENMAYOR, en este ANUARIO, 1973, si bien referido a GALICIA.

4. Las *consecuencias* de nuestro planteamiento pueden ser varias: y todas fecundas:

1.<sup>a</sup> Institucionalización “de facto” de nuestra “Comisión de Juristas” de Ibiza y Formentera, con sede en este Juzgado, siendo presidente su ilustrísima el señor Juez de Primera Instancia e Instrucción, y secretario el letrado más moderno.

2.<sup>a</sup> La mecánica posterior y funcionamiento, procedimiento, reuniones, etc. sería objeto de estudio por una “Subcomisión Permanente”, de cinco miembros como mínimo.

3.<sup>a</sup> Las relaciones con Comisiones de otras islas o con la “General” de Codificación, vendrían determinadas por la instancia superior ministerial.

4.<sup>a</sup> En orden a las futuras labores de *revisión* de nuestro Derecho, la APROBACION de las Ponencias y la posterior TRAMITACION serán objeto de estudio por la “Permanente”.

5.<sup>a</sup> De ser aprobada esta PONENCIA, su *elevación* a Madrid se hará por el conducto utilizado anteriormente, en 1960. Su *conservación*, en la forma que se determine.

Expuestas estas ideas y bases de trabajo, sólo nos queda sentar nuestras CONCLUSIONES:

1.<sup>a</sup> Conveniencia de “institucionalizar” nuestra “Comisión de Juristas”, en los diversos planos (validez, eficacia, legitimidad).

2.<sup>a</sup> Labor de “revisión” de nuestro arcaico Derecho consuetudinario, confrontándolo con la realidad social en cada momento imperante, a acometer *periódicamente* por la “Comisión”.

3.<sup>a</sup> PROPUESTA a la “Comisión” para que, previa votación mayoritaria, se aprueben las “reformas” siguientes en el articulado de la Compilación:

— Disposición Adicional.—“La Comisión Compiladora de cada isla formulará cada diez años una Memoria relativa a los asuntos civiles sustanciados en los Juzgados y Tribunales del respectivo territorio insular, comprensiva de las omisiones o deficiencias que hubieren observado en la presente Compilación y de las dudas y dificultades que hayan originado la aplicación de sus preceptos. En vista de ello, redactará y elevará al Gobierno, junto con dicha Memoria, el adecuado Proyecto de reforma”.

— Artículo 1.—“Los efectos de los estatutos personal, real y formal en Baleares y para los insulares, así como la condición de tales en relación con los demás territorios y personas de diferente legislación civil, se regirán por las normas establecidas en el Título Preliminar del Código civil y disposiciones concordantes.

La vecindad insular se determinará por las normas que rigen la vecindad civil.

Los conflictos inter-insulares se resolverán con arreglo a las normas a que se refiere el primer párrafo de este artículo para la solución de los “inter-regionales”.

— Artículo 2, párrafo 2.<sup>o</sup>.—“Para interpretar los preceptos de esta Compilación se tomará en consideración la tradición jurídica balear de cada isla, encarnada en las antiguas leyes, costumbres y doctrina de que aquéllas se derivan”.

— Artículo 66, párrafo 1.<sup>o</sup>.—“Podrá pactarse libremente en capitulaciones matrimoniales, conocidas con el nombre de “spolits”, antes del matrimonio o durante el mismo, el régimen económico a que hayan de sujetarse los bienes de los casados”.

— Artículo 66, párrafo 2.<sup>o</sup>.—“A falta de capitulaciones se entenderá contraído el matrimonio bajo el régimen de absoluta separación de bienes, en el que cada cónyuge tendrá el dominio, disfrute, administración y disposición de los bienes propios, y podrá aceptar herencias o legados y comparecer en juicio por sí sólo, sin necesidad

de que en el ejercicio de tales facultades medie licencia, intervención o consentimiento del otro cónyuge. Serán válidos en dicho régimen los actos y contratos que celebren entre sí los cónyuges a título oneroso. En caso de impugnación judicial, la prueba del carácter oneroso corresponderá a los demandados. La mujer casada puede salir fiadora de su marido y obligarse mancomunadamente con él. En caso de ejercicio del comercio por mujer casada, regirá lo dispuesto en el apartado inicial precedente”.

— Artículo 78. *Añadir* un párrafo 2.º.—“Los hijos puestos en condición no se entenderán llamados a la herencia si no lo son de un modo expreso. Ello no obstante, se les entenderá llamados como sustitutos de su padre si la sustitución fideicomisaria está condicionada al doble evento de que el fiduciario muera sin hijos, y éstos, a su vez, sin hijos”.

— Artículo 80.—“Será de aplicación en las islas de Ibiza y Formentera lo dispuesto en el artículo 50”.

— Artículo 85.—“El Derecho de habitación conferido por cualquier título se entenderá, salvo estipulación en contrario, referido a habitación independiente que cierre con llave y comprenderá el disfrute del “porchu”, cocina y horno, y, en lo suficiente a las necesidades del habitacionista, del pozo o cisterna de la casa”.

— Artículo 86.—SUPRIMIDO.

— D. F. 2.ª: En lo no previsto en la presente Compilación regirán los preceptos del Código civil y las fuentes jurídicas de aplicación general no opuestos a ella”.

## VII. A MODO DE EPILOGO

1. Como se dijo en la NOTA introductoria, este estudio fue leído en sesión pública de la “Comisión de Juristas” de Ibiza y Formentera el día 2 de mayo de 1973. Dada la complejidad de algunas cuestiones y el carácter técnico-científico de su planteamiento, se acordó por mayoría dar unos días de tiempo para el estudio detenido de la Ponencia, por los señores componentes de la Comisión.

Nuevamente convocada la “Comisión de Juristas”, con fecha 23 del mismo mes de mayo, bajo la presidencia del ilustrísimo señor don Angel Reigosa Reigosa, Juez de Primera Instancia del Partido, se celebró una nueva reunión con nutrida asistencia y en la que fueron sometidos a debate y discusión las CONCLUSIONES propuestas por la Ponencia.

El resultado del debate, sin entrar en detalles numéricos, fue el siguiente:

— La PRIMERA conclusión, Sobre la “institucionalización” de la Comisión: aprobada por unanimidad.

— La SEGUNDA conclusión, sobre “revisión” periódica por la Comisión del derecho de las islas menores: aprobada por unanimidad.

— La TERCERA conclusión, de propuesta de modificación de determinados artículos de la Compilación, con su desglose necesario por cada punto, arrojó el siguiente resultado:

Disposición Adicional, artículo 1, artículo 2, 2.º, artículo 78, artículo 80, artículo 85 y Disposición Final 2.ª. aprobados por UNANIMIDAD.

Artículo 66, 1.º: aprobado por casi absoluta unanimidad (UN voto en contra).

Artículo 66, 2.º: aprobado por MAYORIA (CINCO votos en contra y DOS abstenciones).

Artículo 86: aprobado por MAYORIA dar una NUEVA redacción del actual precepto, labor encomendada al letrado e ilustre foralista local don JOSÉ COSTA RAMÓN, en colaboración con el señor ponente.

2. A falta de la ulterior aprobación por la “Comisión de Juristas” de la nueva redacción del artículo 86, y puestos en contacto el PONENTE y el LETRADO dicho, fue criterio de la Ponencia que el contrato regulado en dicho artículo de la Compilación es un tipo claro de los llamados por la doctrina científica negocios “parciarios”, por darse en este tipo consuetudinario insular todos los caracteres habitualmente asignados a tales negocios, y que las únicas peculiaridades isleñas dignas de conservarse son las que hacen referencia a los modos de constituirse y extinguirse dicho contrato rústico.

El letrado, señor COSTA RAMÓN, en todo coincidente con estas consideraciones de la Ponencia, elaboró la nueva redacción solicitada del precepto en cuestión, en la siguiente forma:

“Artículo 86.—La Sociedad Rural de Ibiza y Formentera es un contrato agrícola parciario convenido en cualquier forma entre el propietario y el cultivador o “mejoral”, y se regirá por los usos y costumbres de estas islas y, en su defecto, por la legislación común.

Cuando una de las partes quiera proceder a la resolución del contrato ha de dar a la otra el “desví” o preaviso, teniendo de tiempo para ello hasta las veinticuatro horas del último día del año en curso, fehacientemente o con dos testigos, según la costumbre, debiendo el cultivador dejar la finca libre y expedita a las doce horas del veinticuatro de junio del año siguiente”.

3. En esta fase, con el agobio para todos los profesionales de las islas del trabajo en verano, se ha pospuesto para fecha ulterior la convocatoria de la reunión que deberá aprobar o rechazar dicha nueva redacción. Sin embargo, se ha sentido por todos la necesidad y conveniencia de dar publicidad y cierta difusión al trabajo de la Ponencia, por considerarlo de mucho interés para el Derecho de las islas menores. En consecuencia, se publica como fue redactado, sin retoques que varíen su sentido. Cabe esperar que la nueva redacción del artículo 86 vea también su aprobación en fecha próxima.

En sesión del día 21 de noviembre de 1973, se acordó: dar un nuevo plazo para su estudio, y aprobar, unánimemente, el Reglamento de la Comisión de Juristas elaborado por el ponente señor CERDÁ GIMENO.

4. Finalmente, quiero aquí hacer constar dos cosas: la primera, que el excesivo razonamiento dedicado a la licencia marital podría ser equivalente —como se me ha hecho notar— a matar mosquitos a cañonazos, pero entiendo que en tema de supresión de limitaciones a los derechos humanos todos los argumentos son estimables tendentes a ese fin; la segunda, que este trabajo se inserta en la línea de otros similares, en marcha o en proyecto, que bajo la dirección entusiasta de mi querido amigo y compañero ENRIQUE FOSAR BENLLOCH hemos emprendido un pequeño número de profesionales atentos y esperanzados en poder reformar lo que es susceptible de mejora, o derogación, en nuestro ordenamiento.

#### BIBLIOGRAFIA CONSULTADA Y UTILIZADA

- ACTA DE PROTOCOLIZACION DEL PROYECTO DE APENDICE AL CODIGO CIVIL DE LAS ESPECIALIDADES DE IBIZA Y FORMENTERA (núm. 415, de 29-3-1960, señor Cruz).
- ANTEPROYECTO DE COMPILACION DEL DERECHO CIVIL ESPECIAL DE BALEARES.
- BARCELÓ PONS, Bartolomé: "Evolución reciente y estructura actual de la población en las islas Baleares", CSIC., Madrid-Ibiza, 1970.
- BUSQUETS MULET, Jaime y SANZ ROSELLÓ, Elviro: "Mallorca musulmana", sobretiro de "Historia de Mallorca", dirigida por J. Mascaro Pasarius, Palma, 1971.
- CÁMARA ALVAREZ, M.: "La separación de hecho y la sociedad de gananciales", ADC., XXII-I, enero-marzo 1969.
- CASTÁN TOBEÑAS:
  - "Derecho civil, común y foral", vol. 1.º, págs. 149 y ss. (ed. 7.ª de 1954) y págs. 191 y ss. (ed. 8.ª de 1960).
  - "La condición social y jurídica de la mujer", Reus, Madrid, 1955.
  - "Los derechos del hombre", Reus, Madrid, 1968.
  - "Los últimos avances en la condición jurídica de la mujer española", en Estudios de Derecho Público y Privado, homenaje al profesor Serrano, Valladolid, 1965, tomo I, pág. 105.
- CASTRO, Américo: "La realidad histórica de España", Porrúa, México, 1970.
- CASTRO, Federico de: "Derecho Civil de España", tomo II-1.º, págs. 260 y siguientes.
- CERDÁ GIMENO, José: "Aproximación al pensamiento de Recasens Siches", en RCDI., núm. 491, julio-agosto 1972, págs. 825 y ss.
- CLAR GARAU, Raimundo: "El régimen económico matrimonial de separación de bienes en Baleares", Palma, 28 de abril de 1972 (conferencia INEDITA que he manejado por su amabilidad). En prensa este trabajo aparece publicada en Palma de Mallorca.
- COSTA RAMÓN, José: "Derecho foral ibicenco", separata de Revista IBIZA, 1946.
- DÍAZ, Elías: "Sociología y Filosofía del Derecho", Taurus, 1971.
- DíEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis:
  - Prólogo al libro de LALAGUNA: "Jurisprudencia y fuentes del derecho".
  - Prólogo al libro de FERNÁNDEZ CABALLERO: "El régimen económico matrimonial legal en Europa", Madrid, 1969.

- “Cambio social y evolución jurídica”, conferencia en Ateneo Mercantil de Valencia el día 14 de enero de 1971, INEDITA (por su amabilidad). En prensa este trabajo, aparece publicada—retocada—como un Capítulo de su libro “Experiencias jurídicas y teoría del Derecho”, páginas 300 y siguientes. Editorial Ariel, 1973.
- “El Derecho de la persona y de la familia en la Legislación de 1870”, conferencia el 1 de marzo de 1972, recogida en el volumen “El Centenario de una gran obra legislativa”, Valencia, 1972, págs. 120 y ss.
- ESPÍN CÁNOVAS, Diego:
  - “Manual de Derecho Civil español”, vol. I y vol. IV.
  - “La capacidad jurídica de la mujer casada”, Salamanca, 1969.
- FOSAR BENLLOCH, Enrique: “Sobre el principio general de derecho de la equiparación jurídica de los sexos y la necesaria revisión de la potestad marital”, Huelva, 1972, INEDITO (manejada y profusamente utilizada, por su amable disposición).
- HERNÁNDEZ GIL, Antonio: “Metodología de la Ciencia del Derecho, Madrid, 1971.
- LALAGUNA, Enrique: “Jurisprudencia y fuentes del Derecho”, Aranzadi, Pamplona, 1969.
- LATORRE, Angel: “Introducción al Derecho”, Ariel, Barcelona, 1968.
- LEVY PROVENÇAL: “España musulmana”, en la “Historia de España”, dirigida por don Ramón Menéndez Pidal, Espasa-Calpe, Madrid, 1950.
- MARTÍNEZ SARRIÓN, Angel: “La mujer casada y la disposición de sus bienes”, en RDNot., abril-junio 1967, págs. 139 y 200 y ss.
- PUIG SALELLAS:
  - “Proyección de la Compilación Catalana en la escritura de compraventa”, en Centenario Ley Notariado, Madrid, 1962, págs. 523 y ss.
  - “Notas sobre la autonomía patrimonial de la mujer casada en la Compilación catalana”, en Rev. Jur. de Cataluña, número extraordinario, 1970, págs. 253 y ss.
- RECASENS:
  - “Introducción al estudio del Derecho”, Porrúa, México, 1970.
  - “La concepción tridimensional del Derecho”, en RDNot., núm. 71, 1971, págs. 153 y ss.
- REGLÁ, Joan:
  - “Estudios sobre los moriscos”, Anales Universidad de Valencia, curso de 1963-1964, vol. 37, cuaderno II.
  - “Introducción a la Historia”, Teide, Barcelona, 1970.

