

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

DIEGO ESPIN CANOVAS

CAPACIDAD JURIDICA
DE LA
MUJER CASADA

Discurso pronunciado en la solemne
apertura del Curso Académico 1969 - 1970



SALAMANCA

1969

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

DIEGO ESPIN GONZALEZ

CAPACIDAD JURIDICA
DE LA
MUJER CASADA

Discurso pronunciado en la solemnidad
de apertura del Curso Académico 1968-1969

Depósito legal: S. 244 - 1969

GRÁFICAS EUROPA. Sánchez Llevot, 1. Teléfono *22 22 50. Salamanca, 1969

I. DERECHO ROMANO

I. Posición general de la mujer ante el Derecho.

El Derecho romano situó a la mujer en una posición de inferioridad manifiesta frente al hombre, negándole esa preeminente situación jurídica que en Roma tenía el jefe de una familia y que la mujer nunca podía alcanzar. Por el contrario siempre se halla sujeta a una potestad familiar: la *patria potestas* si es *filia familias*; *in manu*, si ha contraído matrimonio *cum manu*; finalmente, si es *sui iuris*, cae bajo una tutela perpetua. En suma, la mujer está sometida al cabeza de familia, al marido o al tutor cualquiera que sea su edad. Su exclusión, por tanto, de los cargos públicos, y de las funciones de carácter público, como la de ejercer la tutela o *postulare pro aliis* ante el magistrado, tiene un completo paralelismo en el ámbito del Derecho privado.

Esta situación de inferioridad está expresamente reconocida por los juristas entre los cuales Papiniano afirma que "en muchos artículos de nuestro derecho es peor la condición de las mujeres, que la de los varones"¹. Y Ulpiano, en un determinado caso en que trata de establecer una preferencia entre los dos sexos, decide en favor del varón, argumentando que existe mayor dignidad en él². Pero frente a este lenguaje de los juristas tan poco favorecedor para la mujer, los escritores no juristas, nos dan una versión de los hechos de la vida diaria, que no coincide precisamente con los rígidos preceptos jurídicos. Así Plutarco, pone en boca de Catón cónsul y censor la siguiente frase que rezuma censura contra el predominio femenino: Todos los hombres mandan en las mujeres; y nosotros en todos los hombres, pero las mujeres mandan en nosotros (los cónsules y magistrados)³.

Y unos siglos más tarde Tácito nos da una nueva versión, aumentada, de la preponderancia femenina, al referir que las mujeres, constreñidas en

¹ PAPINIANO, D. 1, 5, 9.

² ULPIANO, D. 1, 9, 1.

³ PLUTARCO, Apoteq. III.

otro tiempo por las leyes, deshechos ahora esos vínculos, gobiernan la familia, el foro y el ejército⁴.

Veamos más de cerca en qué consistía la inferioridad de la mujer en el Derecho romano. Dejando para después su situación en el matrimonio, en general la mujer, no solamente no puede ser jefe de familia, sino que además está sujeta a específicas limitaciones, como las de la antiquísima *tutela mulierum*, la de la relativa incapacidad de recibir testamentariamente herencias de los ciudadanos más ricos, por virtud de la *lex Voconia* del año 169 a. C., la prohibición de prestar garantías reales y personales por otro (*intercessio*) establecida por el S.C. *Veleianus* en el año 46 d. C. Examinemos algunas de estas limitaciones.

2. *La tutela perpetua de la mujer sui iuris.*

La mujer puber, y por tanto mayor de edad, si no está sometida a la potestad de un paterfamilias y es por tanto *sui iuris*, o sea capaz jurídicamente, no llega sin embargo a una efectiva independencia jurídica, como la que disfruta el hombre que haya salido de la potestad familiar y sea mayor de edad. Por el contrario, la mujer quedaba sometida perpetuamente, cualquiera que fuese su edad, a la potestad de un tutor, cuya *auctoritas* necesitaba para casi todos los actos jurídicos, como para contraer matrimonio *cum manu*, para otorgar testamento etc. De esta tutela antiguamente no se liberaban más que las vírgenes vestales, que como testimonia Gayo "ya por voluntad de los antiguos están libres en honor de su sacerdocio"⁵.

Sin embargo esta tutela, de antiguo origen y mantenida durante siglos va a ir decayendo paulatinamente, como algo desprovisto de fundamento. Inversamente a lo que ocurre con la tutela de los menores, que va transformándose y adaptándose a los cambios sociales y jurídicos, la tutela de las mujeres camina hacia su desaparición, pero lentamente y a través de expedientes indirectos que la mantienen formalmente en vigor todavía en una época en que no se explica bien su razón.

Esta decadencia de la tutela sobre la mujer, se marca ya abiertamente al final de la República a través de la *tutela optiva*: era frecuente que el marido, para evitar en beneficio de su mujer, que si ésta quedaba viuda,

⁴ TÁCITO, *Annales*, L. III, 33, 20.

⁵ GAIUS, I, 145.

cayese bajo la tutela de ciertos parientes, los agnados, le concediese en su testamento la facultad de elegirse ella misma su tutor (*tutor optivus*), e incluso la previsión y generosidad del marido podían llegar al extremo de concederle a su viuda una *optio plena*, por la cual podría cambiar de tutor a su voluntad, cuantas veces quisiera. Se comprende fácilmente que este tutor elegido por la mujer no había de ponerle muchos inconvenientes en el desempeño de su misión, puramente formularia, y en todo caso su relevo dependía tan sólo de la propia tutelada. No era por tanto exagerado aquel juicio de Cicerón sobre la tutela de la mujer, cuando decía irónicamente que “las leyes han establecido un gran número de principios muy sabios; la mayor parte han sido corrompidos y alterados por los jurisconsultos. Nuestros antepasados —añade, por vía de ejemplo— han decidido que las mujeres, a causa de la debilidad de su razón, estarían bajo la potestad de su tutor; los jurisconsultos han inventado tutores que están bajo la potestad de las mujeres”⁶.

Otro medio ideado por los romanos para evitar que la mujer no casada estuviese sometida al tutor a quien correspondiese la tutela por ley, fue el de casarse ficticiamente, en virtud de una venta fingida, *coemptio*, con persona de su confianza, que adquiriría la *manus* o potestad sobre la misma, pero con el pacto de emanciparla, de tal suerte que efectuada la emancipación, quedaba el emancipante como tutor de la mujer (*tutor fiduciarius*). De esta manera utilizando una formalidad jurídica que normalmente sirve para que la mujer quede sometida a la potestad de su marido y salga de la potestad de su anterior *paterfamilias*, se evita caer bajo la tutela no deseada de los parientes (*coemptio tutelae evitandae causa*), procedimiento tortuoso frecuente en el pueblo romano, que gusta utilizar las formas jurídicas para fines distintos de los propios, prolongando así la vida de muchas instituciones.

Con el Imperio, la decadente tutela de las mujeres va a sufrir un nuevo golpe en aras de la política demográfica de Augusto, quien con la *lex Julia et Papia Poppaea*, reconoce entre otros beneficios propios del *ius liberorum* correspondiente a las mujeres que tuviesen tres o cuatro hijos, según su clase social (ingenuas o libertas respectivamente), el verse libres de tutela.

Los emperadores más tarde llegan a otorgar con frecuencia el *ius liberorum*, y la consiguiente exención tutelar en casos en que faltaba

⁶ CICERÓN, *Pro Murena*, 12.

el fundamento del mismo, la existencia de hijos. Se cita también, como dato curioso, la petición de una mujer que solicita la exención de la tutela, en el año 287 d. C. alegando su conocimiento de las letras⁷.

Hacia la mitad del siglo iv de nuestra era todavía encontraremos huellas de la tutela de la mujer, que hacia fines de dicho siglo parece haberse extinguido después de un lento declinar.

Pero si esta tutela existió durante tantos siglos en Roma, debemos de pensar que al menos en su origen tuvo algún fundamento. En el siglo ii, bajo Antonino Pío, época en que parece vivió el célebre jurista, Gayo, esa razón no parecía ya nada clara. En efecto dicho jurista, afirma que "para que las mujeres de plena edad estén en tutela, ninguna razón puede convencer suficientemente; pues lo que vulgarmente se cree de que es justo que sean gobernadas por la autoridad de los tutores, debido a que están frecuentemente expuestas a engaño por su *ligereza*, resulta una razón de más apariencia que verdad; pues las mujeres de plena edad realizan los negocios por sí mismas, y en algunos casos el tutor interpone su autoridad por pura fórmula; y frecuentemente incluso contra su voluntad, obligado por el pretor"⁸.

La ligereza de juicio (*levitas animi*), como causa de la tutela femenina aparece constatada en diversos autores, incluso no juristas. Cicerón, ya hemos visto que habla de la debilidad de su razón⁹. Y Ulpiano añade junto a la misma, otro motivo para someter a tutela a la mujer, su ignorancia de las cosas del foro (*propter sexus infirmitatem et propter forensium rerum ignorantiam*)¹⁰. Juvenal achaca a la mujer impremeditación: "La mujer es tan precipitada que sus palabras son un modelo de vértigo. Tanto se precipita el torrente de sus palabras, que se diría es como un carillón de campanas y de platillos"¹¹.

Para Gayo, esa ligereza de juicio (*levitas animi*), es una "razón de más apariencia que verdad" (*magis speciosa quam vera*), puesto que

⁷ COSTA, Storia del dir. rom. priv., Torino, 1925 p. 112 nota 6 i. f.

⁸ GAIUS I, 190, trad. de D'Ors, Madrid, Consejo Superior de Invest. Científicas, 1943. V. Sin embargo sobre la traducción de este pasaje de Gayo, las observaciones de Solazzi, *Infirmitas aetatis e infirmitas sexus*, Archivio Giuridico, 1930, 3, que ve dos razones alegadas por Gayo, *levitas animi* "y que era justo", llegando a la conclusión de la interposición de esta segunda razón, creyendo que la única razón a que alude Gayo es la *levitas animi* siendo bizantinas todas las demás mencionadas en diversas fuentes.

⁹ CICERÓN, *Pro Murena* 12: *propter infirmitatem consilii*.

¹⁰ ULPIANO, Reglas, 11, 1.

¹¹ JUVENAL, *Sátiras*, IV, 434 ss.

observa que de hecho las mujeres de plena edad realizan por sí mismas sus negocios, ya que el tutor interviene de modo formulario, y sin embargo, se desprende de su razonamiento, no son engañadas por los que contraten con ellas. Este convencimiento de su falta de fundamento, por parte de los romanos, determina la desaparición de esta tutela.

3. *La incapacidad testamentaria de la lex Voconia.*

Otra de las incapacidades que la mujer sufre en el Derecho romano, fue la introducida en el año 169 a. C. (585 de Roma) por la lex Voconia, que prohibió a los romanos más ricos, es decir a los inscritos en la primera clase del censo, que poseían por tanto más de 100.000 ases, instituir como herederas a las mujeres. Parece que el motivo de esta ley, votada a instigación de Catón, fue el deseo de preservar las costumbres, impidiendo el excesivo enriquecimiento de las mujeres y con él, el lujo desenfrenado que ya aparecía. Pero no parece que lograra su finalidad esta ley, si nos atenemos a las satíricas alusiones de Juvenal sobre las costumbres de algunas mujeres ricas.

Por otra parte la vigencia de esta Ley durante un largo período fue más bien formal, ya que desde el principio del imperio se abandonó la formación del censo; las disposiciones fideicomisarias en favor de las mujeres, venían además a burlar la prohibición de instituir las herederas.

4. *La prohibición de abogar por otro ante el magistrado.*

También se prohíbe a la mujer la defensa de otra persona, ejercitando la abogacía y Ulpiano nos da como razón la conveniencia de que "las mujeres no se mezclen, contra la honestidad correspondiente a su sexo, en causas ajenas, ni desempeñen oficios propios de hombres" y cita como origen de esta prohibición lo ocurrido con Carfania, mujer corrompidísima, que abogando de modo inconveniente ante el Magistrado dio motivo a dicha prohibición.

5. *Evolución del derecho romano bajo el cristianismo.*

Las anteriores incapacidades de la mujer en el derecho privado romano, a las que todavía habría que añadir otras, como la de ser testigo en los testamentos, y la de garantizar deudas ajenas establecida por el S.C.

Velleianus (a. 46 d. C.), proceden del derecho pagano y responden a la conciencia social de los romanos a los que repugnaba admitir el principio *jurídico* de igualdad de derechos entre ambos sexos. Pero en la vida social la mujer romana parece haber gozado de una situación de igualdad¹².

Es preciso llegar a la legislación imperial romano-cristiana para encontrar un cambio de orientación en este punto que admita abiertamente ese principio igualatorio. El influjo cristiano está abiertamente proclamado en una Constitución justiniana del a. 531 en la que, corrigiendo anteriores desigualdades hereditarias en perjuicio de la mujer, en la sucesión legítima, afirma como fundamento de la igualdad que "la naturaleza creó uno y otro cuerpo para subsistir inmortal por sus funciones, y para que el uno necesite el auxilio del otro y separado el uno también se quebrante el otro"¹³. Comentando esta Constitución un ilustre romanista italiano de nuestros días, dice que en la misma, "la igualdad se funda en la identidad de la vocación de la filiación divina y en la idéntica posición respecto al cuerpo místico de Cristo, del cual tanto el hombre como la mujer son miembros; su diversa función en el designio divino de la creación no influye sobre su igualdad jurídica"¹⁴.

En múltiples disposiciones de Justiniano se muestra la nueva corriente favorable a la mujer. Recordemos el caso muy discutido en la época anterior de si el matrimonio con una liberta debía disolverse cuando el marido alcanzase la dignidad senatorial, ya que tal unión matrimonial estaba prohibida por Augusto; Justiniano, en contra de esta prohibición, decide que el matrimonio debe mantenerse ya que resultaría inadmisibles que el honor alcanzado por el marido, repercuta en desgracia para la mujer¹⁵.

Sin embargo, esta tendencia igualatoria y favorable para la mujer, no supone una completa igualdad jurídica de ésta; pero las restricciones que subsisten, ya bajo Justiniano, se informan de un nuevo fundamento, la protección hacia la mujer. Así mientras las disposiciones protectoras de la dote, bajo Augusto, tendían a favorecer las nupcias, en vista del interés social de las mismas, que ponía de manifiesto Pomponio al decir que era de interés público que conservasen su dote las mujeres¹⁶, sin

¹² En este sentido, BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, II, p. 210.

¹³ C. 6, 58, 14.

¹⁴ BIONDI, *Il dir. rom. cristiano*, II, 211.

¹⁵ C. 5, 4, 28.

¹⁶ POMPONIO, D. 24, 3, 1.

duda pensando que esto favorecía nuevos matrimonios en caso de viudez o divorcio, bajo Justiniano este favor dotal, no se inspira en la política demográfica sino en la protección de la mujer, que se manifiesta en este Emperador, según parece, debido en parte al influjo ejercido sobre su ánimo por la emperatriz Teodora, por lo que ha merecido se le califique por algunos, como *legislator uxorius*.

Un punto en que se nota acusadamente esta tendencia de protección de la mujer, es el de la posibilidad que a ésta se le concede de invocar en favor suyo el desconocimiento de las leyes, en contra del principio general de que la ignorancia de éstas no puede excusar de su cumplimiento. Aunque no con carácter general se nota sin embargo una progresiva admisión de casos en que tal error o *ignorantia iuris* es alegable en su provecho.

6. *La mujer casada en Roma.*

Esta situación de inferioridad jurídica de la mujer, de la que lentamente se va liberando, sobre todo en el decaimiento de la tutela, es totalmente independiente de la situación creada para la mujer por su matrimonio, el cual puede conducirla a una situación de mayor sujeción o por el contrario ser irrelevante en este punto, según que al matrimonio se añadiese o no esa especial sumisión de la mujer a su marido, o al *paterfamilias* del mismo, que tiene lugar entre los romanos por la *conventio in manum*.

En efecto, el matrimonio puede celebrarse bajo aquella antigua forma religiosa llamada *confarreatio*, que se celebra ante diez testigos y el sacerdote de Júpiter, en la que el *panis farreus* simboliza la perfecta comunidad de vida, religiosa y material, de los esposos. Puede también celebrarse el matrimonio bajo una forma, no religiosa sino civil, en virtud de la *coemptio*, compra fingida de la mujer realizada por el *paterfamilias*. Y finalmente, sin ceremonia alguna, religiosa o civil, puede también adquirirse la *manus* en virtud de la convivencia matrimonial con la mujer prolongada durante un año, aplicando a la mujer la misma idea de la usucapción que las XII Tablas sancionaban exigiendo un bienio para los fundos y un año para "las demás cosas", entre las cuales, a estos efectos, resultaba comprendida la mujer, quien sin embargo podía interrumpir esa adquisición de la *manus*, mediante la *trinocti usurpatio*, es decir el alejamiento de la casa del marido por tres noches consecutivas.



En estos tres casos en que el marido (o su *paterfamilias*), adquirían la *manus* sobre la mujer, ésta, cesaba de pertenecer a su familia originaria, y si era independiente, *sui iuris*, dejaba de serlo para caer en la potestad familiar del marido, encontrándose entonces jurídicamente en una situación de equiparación con los propios hijos (*loco filiae*), aunque socialmente siempre se le reconoció una posición más elevada y honrosa.

Pero si el matrimonio no había sido celebrado con esas formalidades religiosas o civiles, ni por el *usus* había caído la mujer en la potestad familiar del marido, permanecía jurídicamente casi como extraña a éste, conservando su posición anterior en la familia originaria y estando sometida a su *paterfamilias*, o si era *sui iuris* conservando toda su independencia. Se produce por tanto, en el matrimonio *sine manu*, de la mujer *sui iuris* o independiente, una situación conyugal de independencia para la mujer en el terreno jurídico, si bien nunca alcanzó una absoluta parificación con el marido, cuyo domicilio es el domicilio conyugal al cual puede obligar a la mujer a volver, castigándose como delito tan sólo el adulterio de ésta.

Este matrimonio *sine manu*, que mantiene a la mujer independiente de su marido, aunque con una mínima subordinación en cuanto al deber de fidelidad y a la convivencia en el domicilio conyugal, es el que va a predominar, frente al matrimonio *cum manu* que ya en la misma época clásica empieza a decaer. La antigua *confarreatio* se celebraba tan pocas veces, que bajo Tiberio, según cuenta Tácito¹⁷, no se encontraba fácilmente quien pudiese ser sacerdote de Júpiter, debido a que tenía que haber nacido de patricios casados con dicha ceremonia religiosa. Del *usus* afirma Gayo¹⁸ que había desaparecido ya en su época. Tan sólo perdura la *coemptio* en la época clásica para desaparecer definitivamente en el siglo IV d. C.

Podemos por tanto considerar que la situación de la mujer casada cuando ésta no ingresa en la familia del marido por la *manus*, es de bastante independencia, sobre todo en el orden patrimonial, pues la mujer *sui iuris* obraba con independencia de aquél, necesitando tan sólo de la asistencia de su tutor, y ya hemos visto cómo en la época imperial, el tutor está como decía Cicerón sometido a su pupila, hasta que termina por desaparecer esta ficción. Se llega entonces a una situación en el

¹⁷ TÁCITO, Ann. 4, 16.

¹⁸ GAIUS, 1, 111.

matrimonio en que la mujer aparece con una amplia autonomía jurídica frente a su marido y si algunas limitaciones perduran, tienen un sentido protector contra el propio marido, como acontece con la prohibición de garantizar las deudas del mismo, procedente del *Senatus Consultus Velleianus* del a. 46 d. C., que permitía a la mujer anular por una *exceptio* la garantía prestada en favor de cualquiera y que Justiniano reforzó cuando se tratase del propio marido, ordenando la nulidad plena de tal garantía si no hubiese tenido lugar en instrumento público.

Al término, pues, de la evolución del derecho de Roma, y entre otras causas, por influjo cristiano, la posición de la mujer, si no de absoluta igualdad con el hombre, tampoco es de manifiesta inferioridad. Y si esta situación de autonomía, incluso dentro del matrimonio, está reconocida por las leyes bizantinas especialmente por Justiniano, es indudable que en la realidad social, respondían a una efectiva autonomía de la mujer, cuya dignidad había sido exaltada por el cristianismo.

Qué pasó después durante toda la Edad Media y Moderna hasta el pasado siglo no podemos seguir paso a paso. Lo cierto es que cuando el mundo moderno se decide a dar ese paso gigantesco en el ámbito jurídico, que significaron las codificaciones, cristalizando para todo un siglo el estado de la legislación privada, dispersa y atrasada en muchos puntos, la situación de la mujer quedó definida, sobre todo en los Códigos latinos, en términos de un completo retroceso respecto al punto final que acabamos de describir en las leyes justinianas.

II. LAS IDEAS NAPOLEONICAS Y SU INFLUJO EN LAS LEGISLACIONES DEL SIGLO XIX

7. *El Código de Napoleón.*

En ésta como en otras materias del Derecho privado, el punto de ineludible referencia histórica al iniciarse el siglo pasado, ha de ser el Código napoleónico, que con toda justicia ha llevado durante cierta época oficialmente su nombre, porque gracias a su influjo y decisión se pudo llegar en breve tiempo a su terminación. Pero además, Napoleón directamente intervino en la discusión de algunas cuestiones, especialmente en el Derecho de familia, logrando que sus opiniones personales se reflejasen en el texto legal. Esto aconteció con la materia que nos ocupa,

en que el Emperador expuso ante el Consejo de Estado su pensamiento sobre la mujer en estos términos: "la naturaleza ha hecho de nuestras mujeres nuestras esclavas. El marido tiene derecho de decir a su mujer: Señora no saldréis; Señora, no iréis a la Comedia; Señora, no veréis a tal persona; es decir, Señora, me pertenecéis en cuerpo y alma"¹⁹.

Según dice un jurista francés tan ponderado como Planiol, "el Primer Cónsul debía a su origen corso la idea bien firme sobre la inferioridad de la mujer y el ejemplo de su propio hogar le había convencido sin duda de la necesidad de la autoridad marital"²⁰.

Sin embargo, no debió costar mucho al Emperador que prevaleciese su criterio sobre la mujer, pues realmente esas ideas eran las tradicionalmente admitidas en la sociedad francesa y por otra parte la Revolución no fue muy favorable para los derechos de la mujer, como después veremos.

Con estos antecedentes se comprende que el Código napoleónico expresase su idea fundamental sobre la mujer casada diciendo que "el marido debe protección a su mujer, la mujer obediencia a su marido" (art. 213 según el texto primitivo de 1804). La Revolución después de haber proclamado el principio de igualdad civil, sancionó en cambio la desigualdad de los esposos.

Se inicia así el derecho privado moderno, bajo un signo de sujeción de la mujer al marido, que resucita bajo nueva forma la primitiva sujeción a la *manus* en Roma. La autoridad marital va a prolongarse durante una nueva etapa, gracias al influjo del Código francés, cuyas disposiciones son aceptadas por numeros países, europeos y americanos.

Las consecuencias de esta potestad marital fueron rigurosas. La mujer era incapaz para todos los actos jurídicos necesitando la asistencia de su marido para poder realizarlos; el marido fijaba el domicilio conyugal, teniendo que seguirle la mujer cualesquiera que fuesen las circunstancias; el marido controlaba las relaciones y correspondencia de la mujer, dirigía el hogar... sin ninguna participación de la mujer.

Esta situación determinó la aparición de un movimiento feminista en Francia y otros países en el pasado siglo, que se acentuó después de la primera guerra mundial, ya en el presente. Como siempre que se procede

¹⁹ THIBADEAU, *Memoires sur le Consulat*, p. 426, cit por PLANIOL, I, 609, nota 2, ed. 1948 por Ripert y Boulanger.

²⁰ V. nota anterior.

por reacción contra algo que se estima injusto, las reivindicaciones feministas fueron generalmente en exceso radicales. De un extremo se pretendía pasar al opuesto. De la sujeción a la autoridad marital, a la igualdad jurídica absoluta.

8. *El movimiento feminista en el s. XIX*²¹.

Si bien el movimiento feminista se desarrolla en el s. XIX, no se crea sin embargo que no cuenta con precedentes anteriores al Código napoleónico. Prescindiendo de otros momentos históricos más antiguos, como el representado por los filósofos del siglo XVII, en favor de la mujer, ya bajo la Revolución francesa se había desarrollado una amplia corriente feminista. Parecía natural que los principios de libertad e igualdad condujesen a ello. En 1790 se pregunta Condorcet en su célebre panfleto sobre la "Admisión de las mujeres a los derechos ciudadanos", si "los hombres no habrán violado el principio de igualdad de los derechos privando tranquilamente a la mitad del género humano, del de concurrir a la formación de las leyes". Se dirige, por tanto, la obra hacia el derecho público, hacia el sufragio, aunque en el mismo año, aparece un "Catecismo del género humano" en que Boissel centra la cuestión en el ámbito familiar.

El feminismo se propaga, se crean clubs femeninos y se dirigen numerosas peticiones feministas a la Convención. Poco duró esta situación. Una destacada feminista Olimpia de Gouges autora de una "Declaración de derechos de la mujer y de la ciudadana" terminó en el cadalso; la Convención cerró todos los clubs femeninos y bajo el Directorio la completa disolución de costumbres terminó de desacreditar al feminismo facilitando al Consulado argumentos para restablecer la supremacía masculina.

Esta evolución de las ideas feministas bajo la Revolución se reflejó en los varios proyectos del Código civil. El primer proyecto presentado a la Convención en 1793 por Cambacères es un trasunto del feminismo contenido en los opúsculos de 1790. En este momento se habla de "restablecer a las mujeres en sus derechos naturales", se considera odioso "mantener a la mujer más tiempo en la esclavitud".

El segundo proyecto presentado por el mismo Cambacères en 1794, todavía concede a la mujer un derecho igual que el del marido a la

²¹ Tomamos estos datos de la obra de ANCEL, *Traité de la capacité de la femme mariée*, p. 10 ss.

gestión del patrimonio común; pero en cambio en el tercer proyecto la administración se atribuye tan sólo al marido, y Cambacéres, en su discurso preliminar advierte, que "aunque la igualdad debe servir de reguladora de todos los actos de la organización social, esto es sin descartar el mantenimiento del orden social".

Sobre el mismo derecho natural, que había servido para afirmar la igualdad de los esposos, se funda ahora la autoridad marital. Bajo el Consulado la evolución se acentuó y ya vimos como el Primer Cónsul hizo lo demás.

Después de este corto feminismo revolucionario, no vuelve a aparecer este movimiento hasta 1830 y 1848. En la primera de éstas fechas empiezan a aparecer protestas contra la subordinación de la mujer en numerosas revistas feministas que se crean, si bien de efímera duración. El san-simonismo dará nuevo impulso en pro del movimiento, que encuentra reflejo en las novelas que en la época publica Jorge Sand, creadora también de una revista feminista en la que califica de absurdo e inicuo el deber de obediencia. Claro que de sus ideas nada hemos de decir ya que también le parece absurdo el deber de fidelidad...

La revolución de 1848 recrudece el feminismo, aunque en este momento se centra más sobre la igualdad política y el derecho de sufragio.

Es preciso llegar hasta nuestro siglo para ver traducidas en leyes las aspiraciones feministas en la mayoría de los países.

III. LA EQUIPARACION CONYUGAL EN LAS LEGISLACIONES DEL SIGLO XX

9. *Breve referencia al Derecho comparado.*

En el siglo actual la intervención de la mujer en la primera guerra mundial determina un amplio movimiento de opinión en favor de sus reivindicaciones que da lugar a algunas reformas legislativas de signo feminista. En Italia se suprime la licencia marital aún manteniendo en lo restante el sistema de autoridad marital²².

²² MESSINEO, *La legge abolitiva dell'autorizzazione maritale e i rapporti patrimoniale fra coniugi* (Riv. dir. comm. 1920, I, p. 401).

Pero ha sido sobre todo después de la segunda guerra mundial cuando con alcance prácticamente universal el movimiento feminista ha triunfado en el campo del Derecho público y del privado. La equiparación jurídica en el matrimonio alcanza incluso rango de precepto constitucional en diversos países, como en la Constitución de la República italiana de 1947 y en la ley fundamental de Bonn de 1949. En otros países la equiparación obliga a reformar profundamente el sistema de sus respectivos Códigos civiles o bien a dictar leyes especiales que implican modificaciones importantes. Puede afirmarse que en este punto no se aprecian radicales diferencias entre países que políticamente se gobiernan por sistemas muy diferentes.

Pero si las reformas feministas de nuestra época proclaman la equiparación de los cónyuges en el matrimonio, cabe sin embargo establecer una línea divisoria entre aquellos países en que la equiparación es total y aquellos otros en que suprimiendo todo vestigio de incapacidad para la mujer por razón de matrimonio y aún proclamando la equiparación se otorgan sin embargo al marido poderes decisorios en caso de divergencia o incluso se le reconoce una jefatura familiar de carácter funcional.

Sin intentar una exposición comparatista y al sólo efecto de contrastar la evolución legislativa en los países que figuran como el nuestro en la común tradición cristiana occidental, pasaremos revista rápidamente a algunas de las reformas operadas²³.

a) En la República Federal alemana, la Ley Fundamental de Bonn de 23 de mayo de 1949 proclama que "hombres y mujeres están equiparados jurídicamente" (art. 3 ap. 2) habiéndose dictado en su cumplimiento la ley de 18 de junio de 1957 llamada de equiparación jurídica del hombre y de la mujer, que determina la reforma del Código civil alemán en numerosos puntos, derogando el poder de jefatura marital y la patria potestad solo subsidiaria en favor de la madre, que sustituye por un sistema de codirección ejercitada en bien del hijo, que obliga a los padres a "intentar ponerse de acuerdo" y cuando esto sea imposible decide el padre tomando en cuenta la opinión de la madre, y en última instancia si el padre infringe tenazmente su deber de intentar el acuerdo y tomar en cuenta la opinión de la madre, el Tribunal de Tutelas puede enco-

²³ Para una visión de conjunto más amplia: BOSCHAN, La equiparación jurídica del varón y de la mujer en el Derecho matrimonial europeo (RDP 1964, 605).

mendar a la madre la decisión de los asuntos personales y patrimoniales del hijo en consideración al bien de éste (parágrafos 1626-1628).

b) La Constitución de la República Italiana de 27 de diciembre de 1947 dispuso que "la República reconoce los derechos de la familia como sociedad natural fundada sobre el matrimonio. El matrimonio está basado en la igualdad moral y jurídica de los cónyuges, con los límites establecidos por la ley en garantía de la unidad familiar". Como desarrollo de esta norma constitucional el proyecto del Ministro Reale Ortono propuso la siguiente reforma del Código civil aún no lograda²⁴.

"Los cónyuges establecen de acuerdo la dirección unitaria de la vida familiar y fijan la residencia de la familia en consideración a las exigencias y a los intereses de ésta. En caso de desacuerdo prevalece la decisión del marido" (art. 3; modifica el art. 144 Código civil).

"La mujer, en caso de que las decisiones del marido sean gravemente perjudiciales para la vida de la familia, puede recurrir al Juez proponiendo la solución que considere adecuada. El Juez si constata la gravedad del perjuicio, y en caso de que no se haya alcanzado a su presencia una solución concorde, adopta, sobre la base de las indicaciones de los cónyuges, la solución que considera adecuada a las exigencias de la familia" (art. 4.º; modifica el art. 145 Código civil).

La patria potestad es denominada "de la potestad de los padres" disponiéndose que "esta potestad es ejercitada por ambos padres en interés del hijo. En caso de desacuerdo entre los padres corresponde al padre tomar las medidas necesarias. La madre que considere gravemente perjudicial para el hijo las medidas tomadas por el padre puede recurrir al Juez proponiendo las medidas que considere adecuadas. El Juez, oído el hijo, declara cuál de las medidas sea adecuada al interés del hijo y a las exigencias de la unidad familiar" (art. 19; modifica art. 316 C.º civil).

"El padre representa a los hijos nacidos o concebidos en todos los actos civiles y administra sus bienes" (art. 21 ap. 1).

"En el caso en que la madre manifieste expresa oposición contra un

²⁴ Entre las numerosas publicaciones sobre la reforma: *Quaderni della Rivista di diritto civile, La riforma del diritto di famiglia*, Padova 1967 (contiene el texto de la discusión de un grupo de profesores en Venecia acerca del Proyecto); *Persona e famiglia, Quaderni di iustitia* 17, Ed. Giuffrè, Roma 1966, esp. p. 133 ss.; *Università degli studi di Roma, Studi in tema di diritto di famiglia*, Milano 1967.

acto que exceda de la ordinaria administración que vaya a ser realizado por el padre, el juez tutelar, antes de proveer debe oír a ambos padres" (art. 21 ap. 3; modifica art. 320 C.º civil).

c) La vigencia del Código napoleónico en Bélgica se ha prolongado en materia de relaciones conyugales con pequeñas reformas hasta la ley de 30 de abril de 1958. Ciertamente que antes se habían dictado disposiciones que en su mayoría resolvían las más apremiantes cuestiones relacionadas con el trabajo de la mujer casada, a las que en parte aludiremos más adelante²⁵. Pero salvo estas modificaciones, en general el sistema napoleónico permanecía en vigor y por tanto la idea base de la autoridad marital y de la incapacidad de la mujer casada.

La ley de 1958 deroga completamente el precepto que imponía la autoridad marital, fundamento de la subordinación de la mujer casada al marido y deroga igualmente la situación de incapacidad de la mujer casada incluida entre las personas incapaces. Por el contrario un nuevo precepto viene a disipar toda duda sobre la capacidad de la mujer que contrae matrimonio al declarar que "el matrimonio no modifica la capacidad civil de los cónyuges" (art. 214 *initio*).

Para conocer sin embargo el alcance de la reforma del Derecho familiar belga en este punto, es preciso seguir los trabajos preparatorios, que reflejan claramente cuál ha sido el sistema que el legislador ha querido instaurar. Por otra parte, del conjunto de los nuevos preceptos reformados se deduce el espíritu de la reforma, inspirada en el principio igualatorio de los cónyuges. Así tanto por la derogación de los preceptos fundamentales en que se basaba el sistema de la autoridad marital e incapacidad de la mujer casada, como por el conjunto de la reforma realizada podemos llegar a la conclusión de haberse pasado del sistema napoleónico al de la igualdad jurídica de los cónyuges.

Los trabajos prelegislativos permiten conocer una interesante evolución a partir del proyecto originario del Gobierno, más moderado que el del Senado. El primero si bien suprimía el poder marital e incapacidad de la mujer, atribuía al marido la cualidad de jefe de la familia. El

²⁵ Como más importantes cabe citar las siguientes leyes: 10 febrero 1900 relativa al ahorro de la mujer casada y del menor, ley de 10 de marzo de 1900 sobre el contrato de trabajo, ley de 7 de agosto de 1932 sobre el contrato de empleo, ley de 20 de marzo de 1927 modificando el régimen de la separación personal, ley de 20 de julio de 1932 sobre el derecho de la mujer a ejercer una profesión.

segundo suprimió esta jefatura conyugal, obteniendo la adhesión del Parlamento.

La discusión versó principalmente sobre la noción de jefe de familia. La exposición de motivos del Proyecto del Gobierno apuntaba que "no entendía ocasionar al papel normal del jefe de familia ninguna *capitis diminutio* en los múltiples aspectos de la vida del hogar y de las decisiones a tomar en el mismo. El marido continuará siendo siempre, pese a todo, el consejero natural de su mujer. Pero ésta podrá, en el terreno de la gestión de los bienes, aceptar sus responsabilidades cuando lo estime útil...". Además al regular la fijación de la residencia conyugal, aludía el proyecto al "marido, jefe de familia".

La Comisión de justicia senatorial, suprimió esa referencia al marido "jefe de familia", dando lugar en el Senado a una amplia discusión sobre el principio autoritario o de diarquía matrimonial²⁶.

La supresión de la incapacidad de la mujer casada, se estableció por vía indirecta, mediante la simple supresión de la misma referencia a la mujer casada en el art. 1124 que enumera los incapaces, y la derogación de los preceptos relativos a la autorización marital (arts. 215-222, 225 y 226). Pero esto no pareció suficiente para expresar la finalidad de una reforma que quería derogar dicha incapacidad; por ello se estimó necesario su expresión formal dando así lugar al citado precepto que consagra la capacidad igual de los cónyuges al enunciar que no resulta modificada por el matrimonio (art. 214).

La supresión de la incapacidad de la mujer tiene su inmediato reflejo en la fijación del domicilio conyugal o como expresa la nueva regulación la residencia conyugal; ésta "en defecto de acuerdo entre los esposos, es fijada por el marido"; pero se concede a la mujer un recurso judicial "si motivos legítimos exigen la elección de otra residencia" (art. 213). Según el informe de la Comisión de Justicia del Senado, "el objeto esencial del art. 213 nuevo es prever que el lugar donde se cumplirá en el futuro el deber de cohabitación de los esposos no será ya determinado sólo por el marido sino que será fijado en principio de común acuerdo entre los cónyuges".

La consecuencia de esta residencia conyugal es fijar el lugar para el

²⁶ Expone ampliamente los trabajos prelegislativos DUBRU, *L'égalité civile des époux dans le mariage* (Commentaire de la loi du 30 avril 1958) Bruxelles 1959.

cumplimiento de los recíprocos deberes matrimoniales y por tanto podrá inferirse su incumplimiento de la falta de residencia efectiva según las circunstancias (p. ej. en caso de adulterio). Pero así como es trascendental la noción de residencia conyugal a los efectos propiamente matrimoniales, en cambio para el ejercicio de una profesión y demás actividades no se ha creído necesario su vinculación a esa residencia sobre todo teniendo en cuenta las mayores facilidades que en adelante se conceden a la mujer casada para el ejercicio de una profesión, como veremos más adelante, por lo que se ha suprimido el carácter de domicilio legal que tenía el domicilio conyugal para la mujer; se tuvo en cuenta también la posibilidad de que por ejercer determinados cargos públicos tanto el marido como la mujer debieran tener domicilios legales distintos.

En cuanto al ejercicio profesional la modificación se inspira en la absoluta igualación de los cónyuges. "Cada cónyuge tiene el derecho de ejercer una profesión, industria o comercio sin el consentimiento de su consorte. Sin embargo si el consorte estima que esta actividad es de tal naturaleza que ocasione un perjuicio serio a sus intereses morales o materiales o a los de sus hijos menores, tiene un derecho de recurso ante el Tribunal de primera instancia". Esta disposición no se aplica al ejercicio de las funciones y mandatos públicos (art. 215).

d) Francia, aunque en algunos puntos concretos había ido concediendo autonomía a la mujer en el ámbito del Derecho privado, como la posibilidad de tener una libreta de ahorro y retirar los fondos sin permiso marital (ley de 1881 completada por otra de 1895), de disponer libremente de su salario, cualquiera que sea el régimen del matrimonio (ley de 1907), que iban modificando el sistema del Código, una reforma completa de éste no se ha llevado a cabo hasta tiempos recientes por leyes de 1938, 1942 y 1965.

Las leyes de 22 de septiembre de 1942 (convalidada por Ordenanza de 9 de octubre 1945) y de 13 julio 1965²⁷, suprimieron el sistema de autoridad marital pero confiaron al marido la jefatura de la familia como función en interés de la misma: "el marido es el jefe de la familia. Ejerce esta función en interés común del matrimonio y de los hijos"

²⁷ Ya antes, la ley de 18 de febrero de 1938 había suprimido el deber de obediencia de la mujer, reconociendo incidentalmente al marido su jefatura, más tarde precisada por las citadas leyes de 1942 y 1965.

Sobre los trabajos prelegislativos de la ley de 1965: HAMIAUT, *La réforme des régimes matrimoniaux*, Paris 1965.

(art. 213 ap. 1). También la mujer participa de la dirección del hogar pues expresamente se le reconoce que "concorre con el marido a asegurar la dirección moral y material de la familia, a proveer a su mantenimiento, a educar a los hijos y a prepararles su colocación" (art. 213 ap. 2).

No solamente coparticipa en la dirección del hogar la mujer sino que, reemplaza al marido en su jefatura ante su imposibilidad para ejercerla: "La mujer reemplaza al marido en su función de jefe si no está en condiciones de manifestar su voluntad a causa de su incapacidad, de su ausencia, de su alejamiento, o de cualquier otra causa" (art. 213 ap. 3).

La antigua prerrogativa marital de elegir el lugar de residencia familiar subsiste, pero no de modo absoluto, como se evidencia en la siguiente disposición: "la elección de la residencia de la familia corresponde al marido"; "cuando la residencia fijada por el marido presenta para la familia peligros de orden físico o de orden moral, la mujer puede, por excepción, ser autorizada a tener para ella y sus hijos otra residencia que señale el Juez" (art. 215 aps. 1, prop. 1.^a y 2).

En cuanto al ejercicio de una profesión separada por la mujer la ley de 1965 ha privado al marido de su facultad de oponerse a dicho ejercicio; únicamente a través de la norma general que permite recurrir al Juez cuando uno de los cónyuges ponga en peligro los intereses de la familia (art. 220-1), podrá pedir las medidas legales urgentes para proteger dichos intereses.

e) El Código civil portugués de 25 de noviembre de 1966 ha reformado las relaciones conyugales manteniendo, sin embargo, la jefatura marital. Bajo la rúbrica de "poder marital" se establece que "el marido es el jefe de la familia, correspondiéndole en esta cualidad representarla y decidir en todos los actos de vida conyugal común sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos siguientes" (art. 1674).

Con el título de "otros derechos de la mujer" se establece que "la mujer no necesita del consentimiento del marido para ejercer profesiones liberales o funciones públicas, ni para publicar o hacer representar sus obras o disponer de la propiedad intelectual".

"El ejercicio de otras actividades lucrativas mediante contrato con tercero, no depende tampoco del consentimiento del marido; pero es lícito al marido si no ha dado su consentimiento y éste no ha sido judicialmente suplido, ni rige entre los cónyuges el régimen de separación de bienes, denunciar en todo tiempo el contrato, sin que por este hecho

pueda ser compelido ninguno de los cónyuges a una indemnización" (art. 1676).

Se dedica una disposición al "gobierno doméstico" según el cual "pertenece a la mujer durante la vida en común, el gobierno doméstico, conforme a los usos y a las condiciones de los cónyuges".

"Ambos cónyuges deben contribuir en proporción a sus respectivos ingresos y réditos, a los gastos domésticos correspondientes a la condición económica y social de la familia; si el marido no entrega lo que le corresponde a este fin, puede la mujer exigir que le sea entregada directamente la parte de los ingresos o réditos del marido que el tribunal fije" (art. 1677).

10. *Declaraciones internacionales.*

La igualdad jurídica de la mujer con el hombre ha sido recogida también en la *Carta de las Naciones Unidas* firmada en San Francisco el 26 de junio de 1.945, que reitera dicho principio:

a) En el preámbulo se proclama la fe "en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de los derechos de los hombres y de las mujeres, así como de las naciones, grandes y pequeñas".

b) Se declara como uno de los fines de las Naciones Unidas la "cooperación internacional en la resolución de los problemas internacionales de orden económico, social, intelectual o humanitario así como en el desarrollo y aumento del respeto de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales para todos sin distinción de raza, de sexo, de lengua o de religión" (art. 1 n. 3).

c) Al regular los órganos de las Naciones Unidas se dispone que "no se impondrá por la Organización ninguna restricción al acceso de los hombres y de las mujeres, en condiciones iguales, a todas las funciones, en sus órganos principales y subsidiarios" (art. 8).

La *Declaración universal de los derechos humanos*, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 proclamó que "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; y disfrutarán de iguales derechos

en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio" (art. 16 ap. 1).

IV. DERECHO ESPAÑOL

11. *Sistema seguido por el Código civil.*

Nuestro Código civil, promulgado en 1889, siguió en general en esta materia el modelo francés. Respecto a la mujer en general, es decir prescindiendo de si está o no casada, subsistían las tradicionales incapacidades para ejercitar cargos tutelares y ser testigo en los testamentos (arts. 237 n. 7 y 298; 681 n. 1), aunque en casos excepcionales desaparecían esas restricciones (arts. 211 n. 3, 220, 227, 230 y 701). La ley de 24 de abril de 1958 suprimió estas incapacidades, como después indicaremos.

La mujer casada, *a*) está sujeta a la obediencia de su marido (art. 57), al que ha de seguir donde quiera que fije su residencia, excepto si la traslada a Ultramar o país extranjero (art. 58), concediéndosele también al marido la administración de los bienes del matrimonio, por regla general (art. 59); *b*) la mujer ve restringida su capacidad a través de la representación procesal por su marido y la venia marital; *c*) respecto al régimen económico matrimonial, se permite la libertad de estipulación, y en su defecto rige la sociedad de gananciales, bajo la gestión marital, proyectándose la incapacidad de la mujer en sus bienes privativos a través de la licencia marital, para los actos dispositivos, y comparecencia en juicio. La ley citada de 1958 concedió a la mujer determinados derechos para la protección de su patrimonio ganancial, como expondremos. Este sistema de nuestro derecho se basa en la autoridad marital y la cuasi incapacidad de la mujer casada, pues aunque se diga, que no hay verdadera incapacidad general de ésta, son restricciones muy amplias las que se establecen, para poder afirmar que tiene capacidad general.

12. *Reforma del Código civil por ley de 24 de abril de 1958 y repercusión en el mismo de la ley de derechos políticos, profesionales y laborales de la mujer de 22 de julio de 1961.*

La ley de 24 de abril de 1958 reformó, como uno de sus fines, la situación de la mujer en general, al suprimir las citadas incapacidades para ejercer cargos tutelares y ser testigo en los testamentos.

También en relación con la mujer casada, reformó el régimen de los bienes gananciales, al otorgarle unos derechos en orden a determinados actos dispositivos, así como en general para la protección de sus intereses en dichos bienes.

Hemos expuesto la citada reforma en otros lugares, remitiéndonos ahora a dicha exposición²⁸. En cuanto a la ley de 22 de julio de 1961 sobre los derechos políticos, profesionales y laborales de la mujer²⁹, hemos de referirnos ampliamente a la misma, ya que afectó a la capacidad de la mujer casada en orden a la licencia marital, como después exponremos.

Pero las citadas reformas no han variado el sistema del Código en orden a las relaciones personales entre los cónyuges, resultando a mi juicio, deficiente la consideración prestada por dichas leyes a esta materia. Hemos de exponer, por tanto, el sistema vigente después de la reforma de 1958 y ley de 1961 y los criterios para una revisión más amplia del sistema del Código.

13. *Las relaciones personales entre los cónyuges.*

Enfocada la reforma de 1958 hacia el campo patrimonial en las relaciones conyugales, ha permanecido sin modificar el sistema del Código español en las relaciones personales entre los cónyuges. Vamos a examinarlo brevemente para considerar después su posible reforma.

Distinguimos los siguientes aspectos en las relaciones personales de los esposos:

1. Deber de obediencia de la mujer.
2. Deber de convivencia de la mujer en el domicilio elegido por el marido.
3. Venia marital.
4. Representación legal de la mujer por el marido.

14. *Deber de obediencia de la mujer.*

El deber de obediencia al marido está concebido en términos abso-

²⁸ V. Esfín, Manual de Derecho civil español, vol. IV, 2.^a ed. págs. 139, 150 y 195.

²⁹ Complementada por la ley de 28 de diciembre de 1966, que suprimió la prohibición para la mujer de desempeñar los cargos de Juez y Magistrado en la Jurisdicción ordinaria.

lutos, sin limitación alguna, en el texto legal. Pero ¿será así efectivamente? ¿será la obediencia que rige las relaciones de los subordinados con sus superiores en la vida civil, militar, religiosa? Dentro del Código civil se impone a los hijos la obediencia a sus padres mientras están bajo su potestad (art. 154); el pupilo debe asimismo obediencia al tutor (art. 264). ¿Habrà de entenderse la obediencia de la esposa del mismo modo? Indudablemente que no. El propio Código muestra la diferencia al dictar medidas para la imposición efectiva de la autoridad paterna (arts. 156 a 158) sin que en cambio dicte ninguna para hacer efectiva la autoridad marital.

La misma diferencia se observa en el orden penal, que castiga a los hijos y pupilos que faltaren al respeto y sumisión debidos a sus padres y tutores (art. 583 n. 5 y 6 C. pen.), no existiendo análogo precepto para las mujeres casadas "desobedientes", expresión ésta de "mujeres desobedientes" que todavía se empleaba en el Código penal de 1870 (art. 603 n. 3), a propósito del delito de lesiones que las mismas causaren a sus maridos³⁰.

Por tanto hoy, carece el deber de obediencia de una verdadera sanción. Pero no siempre se ha entendido así esa situación de la mujer, pues García Goyena en 1851 creía aún que el deber de obediencia tenía como sanción el derecho del marido de castigar a la mujer moderadamente³¹. Y todavía entre nuestra doctrina encuentra algún eco aislado ese modo de entender la convivencia conyugal.

Por otra parte el deber de obediencia aparece en el Código civil como una contrapartida del correlativo deber de protección que se impone al marido. Como dice el Cardenal Gomà parece sugerir la idea de causa a efecto: obedecerás porque te protejo, o lo que es igual una relación de fuerza y servidumbre³². Tampoco dice el Código en qué consistirá esta protección. Ambos cónyuges se deben recíproca asistencia; luego la protección se debe además de la asistencia, por lo que no puede consistir en protección económica, que está comprendida en la asistencia que se deben, y que puede originar si se incumple el delito de abandono de

³⁰ El vigente Código penal castiga a "las mujeres que maltrataren de palabra o de obra a sus maridos" (art. 583 núm. 3.º) y recíprocamente con igual penalidad a "los maridos que maltrataren a sus mujeres, aun cuando no les causaren lesiones" (art. 583 núm. 2.º). No puede verse en estas faltas una sanción para la mujer que desobedezca al marido, ya que se requieren además los malos tratos de palabra o de obra y por otra parte existe la misma falta cuando los malos tratos los causa el marido a la mujer.

³¹ GARCÍA GOYENA, Comentarios, I, 73.

³² La familia, p. 416.

familia en determinadas circunstancias (art. 487 C. pen.). En sentido espiritual y afectivo tampoco puede entenderse la protección porque también está comprendida la asistencia espiritual en el deber recíproco de socorrerse (art. 56). Y lo mismo cabe decir si por protección se entiende la protección en sentido físico en casos de enfermedad, peligro para la vida, accidentes etc. pues dichas hipótesis ya forman parte del recíproco deber de socorro.

En trance de buscar una interpretación a esta norma, creemos puede entenderse la protección marital referida a la defensa jurídica de la mujer, ya que en esta materia se otorga al marido su representación en juicio, que hay que interpretar más que como facultad, como un deber³³.

15. *Deber de convivencia en el domicilio elegido por el marido.*

El art. 56 impone a los cónyuges la convivencia como un deber recíproco, pero esta convivencia ha de ser precisamente en el lugar de residencia elegido por el marido, ya que la mujer está obligada a seguirle donde quiera que fije su residencia, sin más excepción que la de traslado a Ultramar o país extranjero, en que los Tribunales podrán eximir a la mujer con justa causa de la convivencia (art. 58).

No prevé el Código el caso de que el marido fije su residencia en lugar nocivo para la salud de la mujer o inconveniente moralmente, o en que peligre su vida por inseguridad social o proximidad a objetivos militares en caso de guerra, etc.

Parece demasiado absoluto este deber y anacrónicos los términos en que está redactado, ya que puede ser más gravoso en algún caso seguir al marido a lugares deshabitados o insalubres del territorio nacional, que a una ciudad extranjera que reúna buenas condiciones de vida. Se propugna con razón, la ampliación de la exención del deber de seguir al marido a todos los casos en que medie justa causa, apreciada judicialmente.

³³ Sin embargo, generalmente no se relaciona este deber de protección con la representación judicial, por lo que se suele poner de relieve la falta de contenido del mismo, destacando tan sólo que aparece como antítesis del deber de obediencia de la mujer. En este sentido BAUDRY-LACANTINERIE, III n. 2159, p. 708 de la trad. it.

V. ESPECIAL CONSIDERACION DE LA LICENCIA MARITAL

16. *Situación de convivencia matrimonial.*

El Código impone a la mujer casada la intervención de su esposo, para realizar determinados actos concretos, y, con carácter general, para casi todos los actos importantes de orden económico. En estos casos el marido ha de autorizar a la mujer tales actos para que sean válidos.

Concretamente la mujer casada no puede sin la licencia marital, aceptar ni repudiar herencias (art. 995), pedir la partición de su herencia (art. 1053), ser albacea (art. 893), aceptar el mandato (art. 1716) ni desempeñar cargos tutelares (arts. 237 n. 7.º y 298). En general tampoco puede sin dicha licencia, adquirir por título oneroso ni lucrativo, enajenar sus bienes, ni obligarse, sino en los casos y con las limitaciones establecidas en la Ley (art. 61; v. también art. 1263 n. 3.º).

Esta última prohibición, tan amplia, depende sin embargo del régimen económico del matrimonio y de la naturaleza de los bienes. Dentro del régimen de gananciales, la mujer que administre sus parafernales (art. 1384), puede contraer obligaciones en la administración de los mismos³⁴, pero precisa licencia marital para los actos dispositivos sobre dichos bienes (arts. 1387 y 1388), y para los que recaigan sobre dotales inestimados (art. 1361).³⁵

También requiere licencia marital para comparecer en juicio, con ciertas excepciones (art. 60) como veremos más adelante.

Como por otra parte el Código indica determinados actos en que la mujer no precisa de la licencia marital, hay que preguntarse si los casos no incluidos en la exigencia de licencia o no excluidos expresamente en la letra del Código de la necesidad de la licencia, la requieren.

Previamente, para comprender el significado de esta licencia marital es preciso examinar la situación que se produce en caso de negativa por parte del marido, pues el Código regula la autorización judicial supletoria en forma casuística que plantea el problema de su aplicación general.

³⁴ El art. 1384 no expresa que la mujer no precise de la licencia marital para los actos de administración, pero se deduce *a contrario sensu* del art. 1387; confirma esta tesis el art. 68 regla 4.ª reformado por ley de 1958.

³⁵ Quedan fuera de este estudio las facultades de la mujer para obligar los bienes de la sociedad de gananciales: v. arts. 62, 1.362 y 1.416.

17. *La autorización judicial supletoria por negativa marital.*

Si el marido negase la autorización solicitada por su mujer, se plantea la posibilidad legal de acudir al juez para obtener autorización, que ciertamente implica un control del ejercicio de la autoridad marital, en este aspecto. Pero puede ocurrir también que el marido no esté en condiciones de otorgar a la mujer la licencia (ausencia, locura, prodigalidad, interdicción civil), y entonces hay que establecer si ha de obtener la licencia judicial, en los mismos casos en que se necesitaría la del marido, o en qué supuestos. Finalmente si ha tenido lugar la separación legal de los cónyuges y por consecuencia cesa la autoridad marital, vuelve a plantearse la misma cuestión de si será preciso sustituir su licencia por la del Juez; e incluso si la solución que se adopte se aplicará también a la separación de mero hecho.

Estudiamos separadamente estas cuestiones que no es posible entremezclar o confundir, dando preferencia a la negativa marital.

El Código civil prevé la autorización del juez ante la negativa del marido a otorgar la licencia, con referencia a determinados casos (arts. 995, 1053, 1387 y 60 CC y LEC 1995; v. también art. 58 CC).

En los casos no previstos la doctrina ha ido evolucionando. En una primera fase la doctrina fijándose en que la ley 57 de Toro permitía en todo caso el recurso judicial, precepto general no reproducido por el Código, creyó que tal recurso sólo cabía en los casos expresamente previstos³⁶. Más tarde se mantuvo una posición intermedia que preconiza la aplicación analógica de los casos previstos por la Ley³⁷. Y en la actualidad casi es unánime la opinión que estima debe concederse recurso judicial en todo caso³⁸. El precedente de las Leyes de Toro, no parece abandonado por el Código, aunque expresamente no lo sancione, dada la generalidad con que se otorga en algunos preceptos el recurso judicial (arts. 60 y 1387) y que la autoridad marital se funda en el bien de la familia, no siendo arbitraria, lo que implica la generalidad del remedio contra el abuso de autoridad al negar sin razón la licencia³⁹.

Llegamos por tanto a la conclusión de que en caso de negativa marital la mujer podrá acudir al Juez y obtener la autorización supletoria que

³⁶ SÁNCHEZ ROMÁN, De Diego.

³⁷ DE BUEN.

³⁸ CASTRO, CASTÁN, COSSÍO.

³⁹ CASTÁN, Los derechos de la mujer, p. 170, CASTRO, II, 1.º, 271.

viene a significar un recurso de alzada o amparo judicial que limita el ejercicio de la autoridad marital por lo que se refiere a la concesión de la licencia a la mujer. Esta significación es importante establecerla pues viene a reconocer de modo implícito que en el ejercicio de esa prerrogativa puede incurrir el marido en abuso. Pero en tiempos recientes se han promulgado leyes que inciden en nuestro tema y obligan a tenerlas en cuenta.

18. *La ley de 22 de julio de 1961 de equiparación jurídica de la mujer al varón en la esfera política, profesional y laboral.*

Así como la ley de reforma del Código civil de 24 de abril de 1958 no significó ninguna variación en el sistema de la licencia marital, que confirmó y justificó expresamente⁴⁰, la citada ley de 1961, manteniendo el mismo sistema de licencia marital, ha producido, sin embargo una incidencia en el mismo.

La ley de 22 de julio de 1961 sobre derechos políticos, laborales y profesionales de la mujer exige que conste en forma expresa la autorización marital para el ejercicio de los derechos reconocidos en la misma, "cuando por ley se exija" dicha autorización (art. 5 ap. 1). Como según el Código civil, la mujer no puede obligarse sin licencia marital "sino en los casos y con las limitaciones establecidas por la Ley" (art. 61), el ejercicio de los derechos profesionales y laborales exigirá por regla general la licencia marital en forma expresa.

La citada ley de 1961 prevé la injusta negativa del marido la cual "no será eficaz cuando se declare judicialmente que ha sido hecha de mala fe o con abuso de derecho" (art. 5 ap. 1). A diferencia del Código que concede el amparo judicial en casos concretos, esta ley lo establece, acertadamente, con generalidad, pero en cambio exige una específica calificación a la negativa marital puesto que la autoridad judicial deberá declarar que tal negativa ha sido hecha de mala fe o con abuso de derecho.

En el matrimonio del menor, en caso de negativa de la licencia familiar, la autorización supletoria que puede otorgar el Ordinario o Presidente de la Audiencia Territorial según sea matrimonio canónico o civil (art. 49), no exige la previa calificación de abusiva de la negativa familiar. Tradicionalmente la licencia familiar ha sido una potestad discrecional, que hasta la reciente reforma de 1958 no admitía recurso

⁴⁰ Cf. su E. de M. y lo que más adelante indicamos.

alguno (art. 49 derogado) y que incluso después de introducida la autorización supletoria en caso de negativa se sigue otorgando o denegando sin obligación de manifestar las razones para condecerla o negarla (art. 49 ap. 1).

Por el contrario la licencia marital exige en caso de negativa una fundamentación a efectos de la ley de 1961, ya que sin alegación de fundamentos sería fácilmente declarada abusiva por el juez⁴¹. Parece que la finalidad práctica a que se encamina esta nueva reglamentación de la licencia marital tiende a exigir una fundamentación precisa en caso de negativa o consiguientemente a facilitar la subsidiaria autorización judicial. La ley de 1961 supone en este sentido una restricción a la tesis de la autoridad marital como facultad discrecional en el sistema del Código civil y puede ser un punto de partida hacia modificaciones más importantes.

La ley de 1961 marca una evolución progresiva en el sistema del Código ya que aún sin tocar lo más mínimo cuándo ni para qué necesita la mujer licencia del marido, regula, con carácter general un recurso judicial y más aún por las características que asigna a dicha decisión judicial.

El Juez ha de decidir si la oposición del marido es de mala fe o con abuso de derecho. Esta calificación significa el reconocimiento legal de que el sistema de la licencia marital vigente en nuestro ordenamiento no otorga al marido un poder discrecional, sino una facultad en cuyo ejercicio puede cometer abuso. Se reconoce la incidencia de la teoría del abuso de los derechos en la delicada materia de los poderes directivos maritales.

En cuanto a la confirmación de la tesis general de la autorización judicial supletoria, parece robustecida al no referirse a casos concretos, sino a "cuando por ley se exija la autorización marital". Sin embargo el precepto que comentamos añade "para el ejercicio de los derechos reconocidos por la presente" ley (art. 5). Esta expresión ha sido interpretada en sentido restrictivo en relación con su inaplicación al ejercicio del comercio por la mujer casada, ya que, se dice, la ley de 1961 no se refiere a dicho ejercicio. Tratamos después de esta cuestión en particular, pero ahora no podemos pasar adelante sin delimitar el ámbito que corresponde a la ley de 1961.

⁴¹ La declaración de ser la negativa de mala fe o hecha con abuso de derecho "se hará por el Juez de Primera Instancia del domicilio habitual de la mujer, a solicitud de ésta, con audiencia de ambos cónyuges, por el plazo máximo de diez días y sin otro trámite ni ulterior recurso" (art. 5.º ap. 2).

La ley tiene un alcance general en lo que se refiere a las actividades políticas, administrativas y de trabajo de la mujer tanto en la esfera pública como en la estrictamente profesional y laboral. Ciertamente que la referencia a la venia marital y a la declaración judicial de ineficacia, está restringida a los derechos que la ley regula, por lo que cabría limitar la norma referente a la mujer casada, a su actividad profesional extradoméstica sin aplicarla, a la vida no profesional y estrictamente familiar. Es la única restricción que creemos pueda inferirse del precepto legal en cuestión.

Conforme a esta delimitación, la ley sería inaplicable, en cuanto al recurso judicial que otorga a la mujer, en las relaciones conyugales en su doble vertiente personal y patrimonial.

El resultado de esta restricción tampoco sería perturbador para el sistema del Código civil pues en definitiva la ley de 1961 viene a confirmar una interpretación generalizadora, ya consagrada, de la autorización judicial subsidiaria en caso de negativa marital y también confirma la tesis del carácter no discrecional de la licencia.

En síntesis la ley de 1961 marca una etapa progresiva en cuanto al recurso frente a la negativa marital aún sin implicar modificación trascendental en el sistema del Código; su ámbito de aplicación es general en las relaciones extradomésticas o extrafamiliares y para las estrictamente familiares puede servir de criterio interpretativo de las normas contenidas en el Código civil. Respecto a su aplicación fuera del Derecho civil, en las disciplinas que han cobrado sustantividad autónoma como el Derecho mercantil y el laboral, en principio deberá aplicarse como parte del ordenamiento común o civil. Pero de estos campos especiales nos ocupamos más ampliamente después.

19. *Licencia judicial de primer grado en las situaciones anómalas del marido.*

El Código civil en todos los supuestos que implican una situación anormal del marido, tiene que organizar un sistema que pueda resolver la marcha económica de la familia, ante la imposibilidad en que se encuentra el marido de ejercer su jefatura y dirección. El sistema en estos casos, puede adoptar un grado más radical consistente en la separación de bienes del matrimonio, o un grado menos radical, que sin realizar

dicha separación se limita a trasferir a la mujer la administración de los bienes del matrimonio.

Ante la nueva situación matrimonial, el Código reconoce a la mujer amplias facultades de gestión económica, que comprenden no sólo los bienes de la mujer que administrase el marido y los bienes comunes sino incluso los bienes privativos del marido. La locura del marido recayendo en la mujer su tutela, la declaración de ausencia o interdicción civil del marido dan lugar a esa situación y pueden originar incluso la separación de bienes los dos últimos casos; las otras situaciones que originan la transferencia administrativa, son las de estar prófugo o declarado rebelde en causa criminal o impedido para la administración sin haber proveído sobre ella, pero en estos supuestos los Tribunales pueden limitar las facultades de la mujer (art. 1441).

Esta transferencia administrativa a la mujer modifica radicalmente la situación normal de la mujer casada pues desaparece la necesidad de la licencia marital, ahora imposible, sin que en general sea sustituida por la licencia judicial. Por eso la doctrina habla en estos casos de una ampliación de la capacidad de la mujer casada o bien de disminución de sus limitaciones a la capacidad. La mujer puede administrar y obligarse y aún disponer de los bienes con la sola limitación de requerir licencia judicial para los actos que el legislador estimó de mayor gravedad, por referirse a bienes inmuebles, valores públicos y ciertos créditos mercantiles. Este es el sentido de los preceptos fundamentales en la materia (arts. 1442 y 1444) en cuyo examen detallado, y problemática compleja, no podemos entrar ahora⁴².

La idea más clara que el Código ofrece en este punto es, según sus mismas palabras que "la mujer en quien recaiga la administración de todos los bienes del matrimonio tendrá, respecto de los mismos, idénticas facultades y responsabilidad que el marido cuando la ejerce" (art. 1442), pero, otro precepto, menos claro, añade que necesitará licencia judicial para los actos dispositivos sobre los bienes inmuebles que le hayan correspondido en caso de separación de bienes o cuya administración se le haya trasferido así como para la enajenación de valores públicos y ciertos créditos cuya administración se le transfiera (art. 1444), según la interpretación que estimamos más probable.

⁴² El art. 1444 es un ejemplo clásico de exégesis interpretativa en nuestro Código civil; v. ad exemplum la exposición de CASTÁN.

La situación de la mujer como se puede observar por lo expuesto no encuentra más limitación a su capacidad, cuando el marido no está en condiciones de ejercer su jefatura familiar, que la licencia judicial para ciertos actos dispositivos. Este sistema se establece con el propósito evidente de suprimir trabas en la gestión administrativa que se encomienda a la mujer en tan apurados trances de interdicción, locura etc. de su marido.

Sin embargo el CC hasta la ley de 8 de septiembre de 1939 reformadora de la ausencia contenía una antinomia en orden a las facultades de la mujer del ausente pues le concedía más facultades al permitirle disponer libremente de sus propios bienes (art. 188 derogado).

La ley de 1939 reformadora del Título dedicado a la ausencia en el CC, se limitó en este punto a tratar de superar la contradicción antes existente entre el art. 188 derogado (hoy 189) y el régimen establecido en el Código para estos supuestos anormales. Mientras el derogado art. 188 concedía libre disposición a la mujer del ausente⁴³ el actual art. 189 se remite simplemente a los preceptos que regulan en su conjunto todas esas situaciones anómalas del matrimonio y que desembocan en caso de que afecten al marido en la transferencia administrativa a la mujer, pero con la limitación de la licencia judicial para disponer de ciertos bienes según hemos visto.

En virtud de esta aplicación de las normas ordinarias de la separación de bienes o transferencia administrativa, la mujer del ausente quedará sujeta al régimen de necesidad de licencia judicial para la disposición de sus bienes privativos o de los comunes, cuando se trate de inmuebles, valores y ciertos créditos. Pudo haberse eliminado la antinomia entre el antiguo art. 188 y los que ahora exponemos, en sentido contrario o sea permitiendo a la mujer del ausente la libre disposición de todos los bienes privativos, cuando pidiese la separación de bienes; con esa solución la mujer tendría la libre disposición de su entero patrimonio, y en cambio el del ausente quedaría regulado por las normas propias de esa especial situación originada por la ausencia declarada. Parece más lógica esta solución ya que la declaración de ausencia implica duda sobre la vida del ausente, aproximando esta situación a la declaración de fallecimiento.

⁴³ Para el derecho anterior a la reforma: PEREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en *Enneccerus*, trad. esp. I, I.º, 436.

La ley de 1939 en trance de resolver la antinomia existente, prefirió mantener las normas generales sobre la transferencia administrativa a la mujer, que implican la necesidad de la licencia judicial.

Sin embargo la situación de la ausencia tiene una entidad distinta de las situaciones de interdicción civil, locura del marido etc. y se justifica menos el mantenimiento de la licencia judicial.

El sistema del Código contenido en los dos citados preceptos puede resumirse en los dos principios siguientes: 1.º equiparación de la mujer al marido para la administración de los bienes que se le hayan entregado (art. 1442); 2.º necesidad de licencia judicial para los actos dispositivos sobre inmuebles, valores públicos y acciones y obligaciones (art. 1444), o todos los muebles si se sigue la interpretación extensiva⁴⁴.

El segundo principio implica una limitación a la capacidad de la mujer, por lo que debe interpretarse en sentido restrictivo como corresponde a este tipo de normas. De este espíritu interpretativo cabe deducir las siguientes consecuencias:

1.^a La licencia judicial se precisará sólo respecto a los bienes (inmuebles, valores) que por consecuencia de la separación de bienes o de la transferencia administrativa, le hayan correspondido o se le haya transferido la administración a la mujer; no la precisa por tanto respecto a los bienes que la mujer administrase anteriormente a la separación o transferencia. Respecto a éstos sigue teniendo las facultades anteriores, pero al desaparecer la posibilidad de licencia marital, desaparece dicha limitación sin el sucedáneo de la judicial que no impone el art. 1444. En este caso se encontrarán normalmente los parafernales administrados por la mujer para cuya disposición requiere licencia marital (art. 1387), sin que al ser ésta imposible la sustituya la autorización judicial.

2.^a La licencia judicial *ex* art. 1444 no es de aplicar a la situación en que la mujer administra bienes del marido por haberle correspondido su representación legal, como tutora del marido loco o representante del ausente, pues en estos casos son de aplicar las normas propias de estas situaciones particulares. Así en caso de ausencia entrará en juego la autorización judicial prevista en la reforma de la LEC por ley de 30 de diciembre de 1939 (arts. 2036 y 2041 LEC).

⁴⁴ V. en favor de la interpretación amplia LACRUZ, El matrimonio y su economía, núm. 481.

20. *Licencia judicial en la situación de separación de personas.*

La separación de personas produce la extinción del régimen de licencia marital aunque el Código no lo proclame expresamente. Pero la extinción del régimen de la licencia marital en caso de separación legal plantea la duda de si debe ser sustituida, en lo que se refiere a los actos patrimoniales, por la autorización judicial.

Ante la cesación de la autoridad marital son posibles varias soluciones: 1.^a estimar que la mujer por la limitación que opera el matrimonio en su capacidad, necesita en todo caso, un control o licencia para determinados actos de repercusión en la esfera económica; 2.^a que la mujer si bien está sometida a la autoridad marital, por la unidad de dirección matrimonial, no tiene propiamente una limitación de su capacidad y por tanto cuando cesa la autoridad del marido, cesa el efecto limitador que en su capacidad produce; 3.^a la solución intermedia que libera a la mujer inocente de la necesidad de licencia judicial, pero la exige a la que sea culpable de la separación⁴⁵.

La tesis de la necesidad de autorización judicial de primer grado, en sustitución de la licencia marital, en general, puede encontrar apoyo legal en aquellos preceptos que exceptúan a la mujer separada legalmente de la licencia marital para ciertos actos. Así ocurre en el CC respecto al albaceazgo de la mujer separada (art. 893) y en el Ccom, para el ejercicio del comercio por la mujer que se encuentre en igual situación (art. 11 núm. 1.^o); cabría pensar que fuera de estos casos exceptuados de la licencia, debería exigirse la autorización judicial que significaría el régimen normal de capacidad de la mujer separada. Pero también cabe aplicar el argumento de analogía derivado de estos preceptos, a los restantes actos de la mujer separada.

La tesis opuesta que libera a la mujer separada de la licencia judicial, puede encontrar diversos argumentos a su favor:

1.^o En base a los ya citados preceptos (CC art. 893 y Ccom. art. 11 núm. 1.^o), cabe invocar la analogía en los restantes casos, en que necesitaría licencia marital y el Código no ha previsto su sustitución por la judicial, ni tampoco la exime de la misma.

⁴⁵ En el Derecho histórico parece que se siguió esta tesis por aplicación de la ley 58 de Toro; v. LACRUZ, *El matrimonio* núm. 467.

2.º El Derecho laboral expresamente prevé para la mujer separada la posibilidad de contratar la prestación de sus servicios, sin necesidad de autorización judicial, en virtud de la concesión que directamente hace la ley, incluso para el percibo de su remuneración, como veremos después más ampliamente (art. 11, d y 58 ap. 3 LCT).

3.º El fundamento de la licencia marital se basa en la unidad de dirección, por lo que desaparecida la vida común no encuentra justificación someter a la mujer separada a una limitación de su capacidad⁴⁶.

4.º El art. 1444 establece una regla restrictiva y como tal no debe ser ampliada y por tanto la única limitación impuesta a la mujer separada de bienes es la resultante del mismo, aplicable a todos los supuestos de separación de bienes (entre ellos a causa de la separación de personas) y de transferencia administrativa a la mujer⁴⁷.

Parece más racional que la cesación de la autoridad marital por la separación del marido ponga fin a la limitación que dicha autoridad implica para la capacidad de la mujer, sin necesidad de buscar un correlativo o sucedáneo de la misma en el Juez. La autorización judicial, que ya expusimos, es en definitiva, conforme al precedente histórico de las leyes de Toro, un recurso contra la denegación de licencia por el marido sin causa razonable.

El supuesto de separación conyugal es muy especial frente a aquellos otros en que el marido se encuentra en la imposibilidad de conceder a su mujer licencia, por ausencia, interdicción, locura, enfermedad, etc. La separación debe poner fin a la limitación que implica la necesidad de licencia, por falta intrínseca de su fundamento ya que desaparece la vida en común, a petición de uno de los cónyuges; la separación obedece a la voluntad de uno de éstos, no es como ocurre en la ausencia, un hecho quizá involuntario y que no se encamina al cese de la vida común; por el contrario la separación tiene esta estricta finalidad. Por otra parte la permanencia del vínculo, en la mera separación, no puede justificar más efectos que los que imprescindiblemente han de subsistir, como el deber de fidelidad o los que implican una sanción para el culpable como la deuda alimenticia en favor del inocente (art. 73 núm. 5.º).

⁴⁶ En este sentido, entre otros, DÍEZ-PICAZO, La situación jurídica del matrimonio separado, RDN 1961, núm. 31, p. 70.

⁴⁷ LACRUZ en base al art. 1444 llega a la conclusión de que la mujer culpable de la separación no queda sujeta a licencia judicial fuera de la aplicación del citado precepto (El matrimonio, núm. 467).

Finalmente si la licencia marital es una mera consecuencia de la autoridad del marido en los sistemas, como el nuestro, que siguen esta orientación, no se comprende por qué subsistiría un mero subrogado de dicha licencia, cuando la autoridad marital desaparece con la separación matrimonial.

Llegamos a la conclusión de que por estas razones no procede exigir, en general, a la mujer separada legalmente la licencia judicial de primer grado, en todos aquellos casos en que necesitaría la licencia marital.

Sin embargo si el Código no resuelve directamente este problema que hay que enfocar a través de la interpretación de su sistema, en cambio sí impone claramente a la mujer separada del marido las limitaciones resultantes del art. 1444, que examinamos anteriormente.

Ya vimos a qué bienes puede afectar la necesidad de licencia judicial; la cuestión es común a la separación de personas y a las restantes causas de separación de bienes (ausencia, interdicción legal del marido) y a las más variadas situaciones que operan la transferencia administrativa a la mujer (locura del marido etc.).

No parece justo que se aplique a la separación matrimonial una norma que puede estar más justificada en las anomalías que sufra el marido durante la vida matrimonial (locura, rebeldía, enfermedad, etc.). Dichas anomalías no implican cesación de la vida matrimonial, aunque la interrumpen y la licencia judicial viene a representar un subrogado de la licencia marital, para aquellos supuestos que se estiman más graves. Pero el caso de separación de personas es completamente distinto ya que implica, como hemos visto anteriormente, cesación de la vida en común a instancia de uno de los cónyuges. No se comprende la razón para someter a la mujer a ninguna restricción en su capacidad jurídica si las que sufre durante el matrimonio se basan en la unidad de dirección, ahora ya imposible desde la sentencia de separación. Las mismas razones antes alegadas en contra de una licencia judicial general de primer grado sirven para censurar la solución de nuestro Código, al exigir esta licencia para ciertos actos dispositivo sobre determinados bienes.

La crítica al Código civil, en este punto, debe de partir del ámbito generalizador del art. 1444, que quizá como solución de compromiso entre la supresión de toda limitación a la mujer en las situaciones anómalas del matrimonio y su sumisión a la licencia judicial en los mismos casos en que procedería la marital, llega a esta solución intermedia.

21. La licencia marital en el Derecho mercantil.

A) El Código de comercio exige para el ejercicio del comercio por la mujer casada, la autorización marital, siguiendo así el mismo sistema del Código civil. Sin esta autorización carece de capacidad legal para su ejercicio habitual⁴⁸. Después veremos los supuestos excepcionales en que el Ccom. prescinde de la licencia marital y autoriza sin la misma el ejercicio del comercio a la mujer casada.

En cuanto a la forma, el Ccom. no impone expresamente ninguna, aludiendo a la forma expresa, en escritura pública inscrita en el Registro mercantil (art. 6 Ccom), y a la presunta, que para protección del tráfico mercantil induce la ley de la conducta pasiva del marido que conoce el ejercicio del comercio por su mujer (arts. 7 y 9 ap. 2 Ccom) y hay que pensar que también se admite la forma tácita y la expresa sin forma pública⁴⁹. Coincide esta amplitud con el CC en que no se impone forma alguna.

La autorización marital en su aspecto de acto de Derecho familiar, no está regulada en el Código de comercio, como materia propia del Código civil, por lo que no resuelve la cuestión de la denegación por el marido de la licencia. La doctrina mercantilista estima que no cabe acudir a la habilitación judicial.

La tradicional postura mercantilista opuesta a la posibilidad de acudir al Juez, se basa más que en un precepto del Ccom, en el conjunto de sus disposiciones. El único texto expresivo es el referente a la revocación al disponer que "el marido podrá revocar *libremente* la licencia concedida, tácita o expresamente a su mujer para comerciar" (art. 8). La generalización de este principio es, realmente el principal apoyo positivo para la tesis mercantilista. Según la misma el marido puede denegar o revocar libremente su licencia por tratarse de una facultad discrecional. Ciertamente que también cabe invocar en apoyo de esta tesis las consecuencias patrimoniales que produce el ejercicio del comercio por la mujer casada,

⁴⁸ Incluso el art. 4 Ccom. podría inducir a calificar de incapaz para el comercio a la mujer casada sujeta a la autoridad marital. Se trata simplemente de una limitación a la capacidad; Garrigues la califica de capacidad condicionada a la autorización marital.

⁴⁹ El art. 8 Ccom. alude también a una forma tácita. Sin embargo el R.º del Reg. Mercantil exige para la inscripción como empresario individual de la mujer casada que se acredite la autorización bien por escritura pública, bien acompañando "cualquier otro documento"; OLIVENCIA, El nuevo Reglamento del Registro mercantil (RDN núm. 74, 1959, 365-367).

sobre todo en orden a responsabilidad de los bienes del matrimonio (v. art. 10 Ccom).

La posición mercantilista se ha mantenido no obstante la evolución jurisprudencial en torno al ejercicio de los derechos produciéndose así en este punto, como un campo exceptuado de la aplicación del principio general de limitación en el ejercicio de los derechos por incurrir en abuso que la jurisprudencia consagra firmemente a partir de la Sentencia de 14 de febrero de 1944 y que en materia arrendaticia urbana es consagrada legislativamente (art. 9 LAU). El marido puede incurrir en abuso de su prerrogativa marital al denegar su licencia para el ejercicio del comercio o incluso al revocar su anterior autorización a la mujer, infringiendo el principio prohibitivo del abuso. Frente al abuso de la prerrogativa marital, la doctrina mantiene la inaplicación del recurso judicial. Solamente algún autor admite la procedencia de este recurso en casos muy excepcionales⁵⁰.

Pero ante la ley de 22 julio 1961 de derechos políticos, profesionales y de trabajo de la mujer se ha replanteado la cuestión en virtud de la posibilidad general que establece de que la mujer pueda obtener la declaración judicial de ineficacia de la oposición marital al ejercicio de los derechos que le reconoce dicha ley (art. 5).

La doctrina mercantilista está dividida:

a) La *tesis positiva* se ha mantenido con varias gradaciones, según se defienda la aplicación pura y simple de la ley de 1961 o defendiendo su aplicación se restrinjan sus efectos en orden a la responsabilidad patrimonial por el ejercicio del comercio por la mujer.

Se sostiene que el art. 5.º de la ley de 1961 ha privado al marido del carácter discrecional que tenía su licencia en el Código de comercio por lo que se podrá acudir al juez para que sustituya la autorización marital cuando al denegarla el marido incurriese en mala fe o abuso de derecho⁵¹.

⁵⁰ Cossío, sostiene la posibilidad de aplicar la doctrina del abuso al acto revocatorio de la licencia a pesar del peligro que pueda acarrear para la familia la actividad comercial de la mujer, por lo que, teniendo en cuenta el carácter excepcional de la doctrina del abuso, sólo en supuestos muy calificados debe hacerse aplicación de dicha doctrina al caso (La sociedad de gananciales, núm. 188, p. 134). Esta opinión no se refiere en concreto a la problemática planteada por la ley de 22 julio 1961 sino en general a la aplicabilidad de la doctrina jurisprudencial del abuso.

⁵¹ GARRIGUES, (Curso de Derecho mercantil, Madrid 1968 p. 237): "En nuestra legislación ya no corresponde a la entera discrecionalidad del marido conceder o denegar la autorización porque el precepto citado permite al juez que sustituya

En la misma línea de aplicación de la ley de 1961 al ámbito mercantil, se restringen sin embargo los efectos de la responsabilidad patrimonial del ejercicio del comercio por la mujer cuando haya sido autorizada por el Juez ante la negativa marital pensando que los efectos normales que opera el ejercicio del comercio cuando el marido lo consiente (art. 10 Ccom.), no se pueden extender al caso de autorización judicial, por lo que habría que aplicar el régimen excepcional establecido por el Código de comercio para los supuestos en que la mujer no necesita de licencia marital (art. 12 Ccom.). Según esta tesis se trataría de un supuesto más de los previstos (art. 11 Ccom: separación matrimonial, incapacitación o ausencia del marido) en el que la responsabilidad patrimonial no alcanzaría más que a lo ordenado en el art. 12⁵².

b) La *tesis negativa* se basa, a su vez, bien en argumentaciones derivadas del propio alcance de la ley de 1961, bien en dificultades de aplicación de su texto al ámbito comercial.

Partiendo de la propia ley de 1961 se estima que la autorización judicial supletoria que establece se refiere "al ejercicio de los derechos reconocidos" por la misma ley y sus disposiciones no comprenden el ejercicio del comercio ya que se refieren sólo al ámbito político, al acceso a los cuerpos y carreras de funcionarios al servicio de las administraciones públicas y a la contratación por la mujer de su trabajo (arts. 3 y 4), sin que se le reconozca el libre ejercicio del comercio, por lo que no se modifica el Código mercantil⁵³.

También en sentido negativo se ponen de relieve las dificultades de aplicación de la ley de 1961 derivadas de la exigencia de forma expresa de la licencia marital (art. 5) ya que es contraria al sistema del Ccom. que

la autorización marital cuando el marido, al denegarla, ha incurrido en mala fe o abuso de derecho". Garrigues aplica también la autorización judicial en caso de revocación de la autorización expresa o tácitamente concedida.

⁵² RUBIO: "La mujer va a ejercer, pues, el comercio sin autorización de su marido. La declaración de ineficacia de la negativa no supone la licencia, sólo enerva la desautorización"; es como si la ley de 1961 hubiera añadido a los supuestos del art. 11 Ccom, otro así redactado: 5.º "Haber obtenido la declaración judicial de que la denegación u oposición del marido ha sido hecha de mala fe o con abuso de derecho" (Introducción al Derecho mercantil, Barcelona 1969, núms. 250 y 261 esp. p. 591-593).

⁵³ URÍA, Derecho mercantil 6.ª ed. Madrid 1968, núm. 103. En contra de este argumento observa RUBIO que en realidad el ejercicio del comercio por la mujer implica una profesionalidad por lo que en este sentido estaría comprendida en la ley de 1961 (Introducción cit., núm. 251 p. 589).

admite la forma tácita y presunta de mayor seguridad para el tráfico mercantil⁵⁴.

Se trata de desvirtuar, sin embargo, este argumento alegando que el mismo problema se planteó en el Derecho laboral al admitirse por LCT, la forma tácita (art. 12 LCT) propugnándose por la doctrina laboralista o la simple inaplicación de hecho de la exigencia de forma expresa o la interpretación del art. 5.º de la ley de 1961 en el sentido de que la forma expresa sólo es necesaria cuando la ley a la que se hace el reenvío no disponga otra cosa, argumento que se aplicaría también al Derecho mercantil⁵⁵.

Otro argumento negativo por las dificultades de aplicación de la ley de 1961 se derivaría de las consecuencias patrimoniales del ejercicio del comercio por la mujer ya que responden los bienes gananciales de su gestión con lo que se le atribuyen facultades que normalmente corresponden al marido, lo que en el sistema de autorización marital exigida por el Ccom. encuentra explicación lógica, ya que más que un supuesto de licencia es de consentimiento por lo que su falta nunca podría ser suplida por acto judicial⁵⁶.

c) Finalmente se ha sustentado una *posición intermedia* que distingue entre la autorización y la revocación de la autorización ya concedida, negando la aplicación de la ley de 1961 al primer supuesto y permitiéndola en el segundo, o sea que cuando el marido revoque la autorización concedida a la mujer tácita o expresamente (art. 8 Ccom.) o le niegue la continuación del comercio que se hallaba ejerciendo al contraer matrimonio (art. 9 Ccom.) se aplicaría la declaración judicial de ineficacia de la oposición si era de mala fe o abusiva (art. 5 Ley de 1961)⁵⁷.

La aplicación de la ley de 1961 al ámbito mercantil, ofrece desde luego una amplia problemática que se refleja en la exposición contrapuesta de teorías que acabamos de hacer. A nuestro juicio hay que tener en cuenta las siguientes consideraciones:

⁵⁴ OLIVENCIA, La mujer casada comerciante y la ley de 22-VII-1961 (Homenaje al profesor GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, Sevilla 1967, II, 205 ss.).

⁵⁵ RUBIO, loc. cit.

⁵⁶ OLIVENCIA, loc. cit., esp. p. 23-24 ed. sep. Se trata del argumento más importante de carácter negativo y para eludirlo se busca la limitación de la responsabilidad en la gestión mercantil de la mujer a base de aplicar el art. 12, como ya hemos expuesto.

⁵⁷ PALÁ MEDIANO, La promoción de la mujer casada (Estudios en honor del Prof. CASTÁN, I, 304).

1.º La distinción entre el ejercicio del comercio y el resto de las actividades profesionales de la mujer no parece muy conforme con el espíritu de una ley que está contemplando la actividad extradoméstica de trabajo de la mujer casada. El sentido de ampliación de la capacidad o si se prefiere de disminución de limitaciones a su capacidad que aporta a nuestro ordenamiento jurídico la ley de 1961 es evidente. En este sentido el seguir calificando de discrecionales las facultades del marido en orden a la licencia en el ámbito comercial, resulta muy forzado a la vista de la evolución del ordenamiento privatista español sobre la ineficacia del ejercicio abusivo de los derechos (jurisprudencia y leyes de 1961 y su complementaria de 1966).

2.º Pero si la ley de 1961 parece inclinar a su aplicación en todos los ámbitos profesionales y por tanto a la mujer comerciante, no pueden dejar de tenerse en cuenta las consecuencias que su aplicación pura y simple podría ocasionar por la regulación de las responsabilidades del comercio por la mujer según el Código mercantil, ampliando las facultades que normalmente corresponden a la mujer casada atribuyéndole las que ordinariamente sólo corresponden al marido. No es la ley de 1961 en sí misma sino su falta de conexión con las normas mercantiles lo que imposibilita su aplicación. Estas dificultades se pretenden salvar con la tesis de la aplicación del régimen de la responsabilidad establecido para los casos de separación matrimonial, incapacitación o ausencia del marido (art. 12 Ccom), según hemos visto, pero existe una diferencia radical pues mientras en tales casos no hay convivencia matrimonial o al marido le es imposible conceder la licencia, por lo que la ley elimina el problema declarando que no la precisa la mujer y congruentemente no permitiéndole comprometer el patrimonio ganancial (salvo los bienes ingresados en el mismo por consecuencia de su comercio), en el supuesto de la ley de 1961 hay convivencia matrimonial y situación de capacidad en el marido, por lo que la declaración judicial implica un recurso frente a su negativa, que la ha precedido y provocado. Los supuestos no son los mismos. Pero aún admitiendo que las diferencias no fueran radicales, la dificultad extrema para la aplicación analógica del régimen del art. 12 Ccom. estriba en que dicho precepto al modificar el régimen normal de responsabilidad con todos los bienes gananciales por las resultas del comercio de la mujer, implica una modificación al principio de responsabilidad patrimonial universal de nuestro ordenamiento (art. 1911 CC), principio que es de or-

den público y que la persona individual no puede variar por su propia voluntad pues se prestaría al fraude⁵⁸.

Los terceros que contratan con la mujer comerciante cuentan con la responsabilidad de todo el patrimonio ganancial (art. 10 Ccom), salvo los supuestos excepcionales que enumera el art. 12 Ccom., que no cabe ampliar sin una declaración de rango legal. Ni siquiera la declaración judicial de ineficacia de la negativa marital podría ser equiparada, ya que dicha declaración judicial ha de limitarse a lo único que la ley de 1961 le autoriza, a proclamar la ineficacia de la negativa marital.

3.º Ante estas dificultades de aplicación de la ley de 1961, hay que concluir que en el ámbito mercantil, y por ahora, actúa como un principio programático para vetar el abuso o mala fe en la negativa marital y que la aplicación efectiva de este principio exige normas de desarrollo.

Se da una situación análoga al precepto constitucional mientras no se dictan normas ordinarias que lo impongan. Mientras tanto puede actuar como criterio interpretativo, pero no como norma directamente aplicable.

Cabría recordar lo ocurrido con algunas normas de la Constitución española de 1931 en materia de Derecho familiar y actualmente en Italia con las declaraciones constitucionales que sancionan el principio igualitario de los cónyuges (arts. 3, 29, 37, 48, 51) que plantean la cuestión de la vigencia de las normas del Código civil de 1942 de carácter discriminatorio, pendientes aún de su reforma⁵⁹.

Lo que resulta evidente, una vez constatada la situación que se produce por el juego de interpretación de las normas, es la necesidad de abordar resueltamente la cuestión extendiendo el espíritu de la ley de 1961 al ámbito comercial mediante adecuadas normas complementarias.

B) El Código de comercio prevé expresamente la situación de separación personal del matrimonio así como las situaciones anómalas del marido permitiendo en todos estos supuestos a la mujer el ejercicio del comercio; ante la imposibilidad de hecho o de derecho en que se encuentra el marido para prestar la licencia, el Ccom., de modo realista permite a la mujer el ejercicio del comercio sin tener que recurrir a la habilitación judicial.

⁵⁸ COSSIO, *La sociedad de gananciales*, núm. 186 p. 132.

⁵⁹ BARILE, *Corso di diritto costituzionale*, 2.ª ed. Padova 1964, p. 280 ss.

El Ccom. enumera como supuestos que permiten prescindir de la licencia marital los siguientes: "1.º vivir separado de su cónyuge por sentencia firme de divorcio; 2.º estar su marido sujeto a curaduría; 3.º estar el marido ausente, ignorándose su paradero, sin que se espere su regreso; 4.º estar su marido sufriendo la pena de interdicción civil" (art. 11).

El nuevo Reglamento del Registro mercantil de 14 de diciembre de 1956 ha concordado el anterior precepto con la legislación civil vigente, rectificando la alusión a la curaduría y al divorcio (hoy tutela y separación), y exigiendo la declaración de la ausencia⁶⁰.

El ejercicio del comercio en estos supuestos en que no cabe la licencia marital ni se exige la subsidiaria judicial, tiene una repercusión patrimonial circunscrita a los bienes privativos de la mujer (art. 12 Ccom).

Se produce en este punto una discordancia entre el Derecho Civil y el Mercantil ya que mientras para el ejercicio del comercio la mujer separada queda libre de todo control marital o judicial, el Código civil para los actos dispositivos sobre inmuebles, valores y ciertos créditos, como ya vimos, exige la licencia judicial (art. 1444). Esta posición del Derecho mercantil constituye como expusimos, un argumento más para la desaparición de dicha licencia en la esfera civil en caso de separación legal.

22. *La licencia marital en el Derecho laboral.*

La ley de contrato de trabajo (texto refundido de 26 de enero de 1944 aprobando el libro I), contiene importantes disposiciones sobre la mujer casada que trabaja por cuenta ajena.

En cuanto a su capacidad, puede contratar la prestación de sus servicios la mujer casada, con autorización de su marido, salvo el caso de separación de derecho o de hecho, en el que "se reputará concedida por ministerio de la Ley para todos los efectos derivados del contrato, incluso el percibo de la remuneración". (art. 11 d).

La LCT de acuerdo con el sistema del CC exige la autorización marital para la contratación por la mujer de sus servicios, pero esta autoriza-

⁶⁰ "Según el citado R.º del Registro mercantil serán inscribibles como comerciantes o empresarios individuales en el mismo: "4.º Las mujeres casadas, mayores de edad, separadas del marido por sentencia firme y aquellas cuyo esposo esté sujeto a tutela, declarado ausente o sufriendo pena de interdicción civil" (art. 70). En estos casos para obtener la inscripción deberán acompañar a la solicitud "el documento en que conste la resolución judicial correspondiente" (art. 74 núm. 2.º).

ción no se precisa en los casos de separación legal o de hecho por concederla directamente la ley. Este diverso régimen obliga a considerar separadamente las dos situaciones matrimoniales previstas.

a) *Convivencia matrimonial*: En la situación normal del matrimonio la LCT sigue el sistema del CC de necesidad de la licencia marital. Conforme a este sistema la licencia puede ser expresa o tácita, ya que ni el CC ni la LCT exigen forma determinada⁶¹. Incluso la LCT admite a veces la licencia tácita, como ocurre en el pago a la mujer casada de su remuneración "si no consta la oposición del marido" (art. 58 ap. 1 LCT). Frente a este sistema flexible, la ley de 22 de julio de 1961 de igualación jurídica de la mujer introduce la exigencia de que conste dicha licencia "en forma expresa" (art. 5).

Hay que recordar que esta ley no regula la institución de la licencia marital de modo orgánico, sino que se remite, en cuanto a los casos en que dicha licencia se precisa para el ejercicio de derechos reconocidos por la misma, a lo que disponga otra ley. Deliberadamente la ley de 1961 con una simple norma de remisión se mantiene al margen de la problemática —compleja— de cuándo necesita la mujer licencia marital. En cambio ha creído oportuno establecer un nuevo sistema en cuanto al modo de prestar la licencia, que otra ley exige, así como sobre el modo de recurrir al amparo judicial frente a la negativa marital. Y como la expresada ley de 1961 regula el contrato de trabajo de la mujer (art. 4), habrá que aplicar al mismo cuando ésta sea casada, la nueva exigencia de la forma expresa de la licencia marital.

Es extraño que una ley de sentido feminista sea regresiva en la institución de la licencia marital sobre todo habiendo querido remitirse en cuanto a los casos de exigencia de la licencia a la situación legal existente⁶². Era más progresiva la primitiva redacción de la proposición de ley presentada a las Cortes pues establecía una licencia presunta mientras no constase la oposición "expresa y escrita del marido". Esta presunción de licencia marital sería más racional ya que la situación de convivencia matrimo-

⁶¹ La jurisprudencia admite la forma tácita si bien ha de inferirse de actos del marido inequívocos de su consentimiento, como su comparecencia en el acto de otorgamiento por la mujer de una escritura notarial (SS. 30 diciembre 1905, 6 mayo 1944).

⁶² La doctrina señala el carácter restrictivo que implica esta ley para el Derecho laboral: BAYÓN y PÉREZ BOTIJA, *Manual de Derecho del Trabajo*, 7.^a ed. Madrid 1967-68, I, 324; ALONSO OLEA, *La ley de 22 de julio de 1961*, en *Rev. de Administración pública* núm. 36, 1961, 327, esp. 345.

nial a la que se había de aplicar implica conocimiento por el marido del trabajo de la mujer. Para la situación de separación matrimonial también preveía la misma proposición de ley no ser necesaria la licencia.

Esta discordancia entre la posible licencia tácita según el sistema del CC y del Derecho laboral y la exigencia por la Ley de 1961 de la forma expresa plantea un problema interpretativo en el Derecho laboral. Cabría pensar que dada la norma de reenvío de la ley de 1961 a los casos en "que por ley se exija la licencia marital para el ejercicio de los derechos reconocidos" en la misma, dicha remisión implicaba también la aplicación de las normas especiales que se puedan contener sobre la prestación de la licencia⁶³, pero esta interpretación no parece desprenderse del precepto que interpretamos.

Por el contrario, dada la letra de la ley y su expresa intención de mantener la institución de la licencia, según su propia Exposición de Motivos, así como la regulación concreta de este punto, parece deberá exigirse en el Derecho laboral la forma expresa, ya que se trata de materia regulada por la ley de 1961 (art. 4.º).

Esta inováción en el ámbito laboral de carácter regresivo para la mujer casada, parece, sin embargo, que pugna con el espíritu de la ley y está demandando una modificación de la misma para permitir la aplicación de las normas más flexibles del Derecho laboral⁶⁴.

La mayor dificultad interpretativa es la de negativa marital de la licencia pues la LCT no lo prevé directamente; en cambio se prevé el supuesto de negativa marital al percibo directo por la mujer de su remuneración, en el que impone al marido la carga de formular oposición ante la magistratura de Trabajo (art. 58). Pero el percibo de su remuneración presupone la válida celebración del contrato de trabajo, y la cuestión a resolver es precisamente la de dicha celebración.

Ante la laguna de la LCT cabe pensar que la licencia marital no puede ser sustituida por la autorización judicial o bien que debe aplicarse el sistema del CC. y ley de 1961.

En la doctrina laboralista se mantuvo la imposibilidad de acudir a

⁶³ En este sentido ALONSO OLEA, loc. cit. nota anterior p. 346; y también ALONSO GARCÍA, Curso de D.º del Trabajo, 1964, 367, estima aplicable la LCT.

⁶⁴ BAYÓN Y PÉREZ BOTIJA, indican que "la práctica suavizó para lo laboral esta exigencia consignada en la ley con notorio olvido de la realidad laboral" (Manual, I, 324).

la habilitación judicial⁶⁵ estimando que la mujer ante la negativa del marido para contratar su trabajo si tampoco recibía de éste medios para su subsistencia, podía reclamarle alimentos⁶⁶ o bien admitía que podría pedir la autorización judicial sólo si el marido no atendía a su subsistencia⁶⁷.

En realidad esta posición de la doctrina laboralista era insostenible ya que si bien el CC solo regula la autorización judicial de modo casuístico, la doctrina había interpretado hacía tiempo que debía generalizarse dicha tónica casuística. En la actualidad la ley de 1961 contiene una norma general para la negativa marital, que deberá ser aplicada al contrato de trabajo por tratarse de ejercicio de derechos reconocidos en dicha ley, (art. 4)⁶⁸.

Parece pues indudable que la negativa marital permite a la mujer acudir al recurso judicial según el proceso sumario instaurado por la referida ley de 1961 en el que se decidirá si dicha negativa es abusiva o de mala fe, en cuyo caso el Juez dará la autorización a la mujer.

Hubiera sido preferible, al menos en el Derecho laboral, generalizar la norma contenida en la LCT para el percibo de la remuneración por la mujer que induce la licencia tácita del marido del hecho de no constar su oposición y que impone a éste la carga de formular la oposición ante la Magistratura de Trabajo.

Igual que en la forma de otorgar la licencia la ley feminista de 1961 es regresiva para el Derecho laboral, que exige una técnica más avanzada que el Derecho común con un sentido más proteccionista del trabajador. También en este punto debería revisarse la posición de la citada ley para adecuarla a la finalidad del Derecho laboral.

En cuanto a las modalidades en la concesión de la licencia por el marido, la LCT permite expresamente al representante legal de una persona de capacidad limitada, condicionar, limitar o revocar la autorización (art. 12). Como este precepto cabe aplicarlo a la mujer casada, el marido podrá graduar la licencia en la forma expuesta, por lo que también puede revocarla, planteándose entonces la misma cuestión que para la negativa in-

⁶⁵ PÉREZ LEÑERO, *Instituciones*, p. 35; ALONSO GARCÍA, *Problemas de capacidad en el contrato de trabajo* (RDP 1957, 179) ponía de manifiesto la necesidad de un recurso jurídico ante la negativa.

⁶⁶ BAYÓN Y PÉREZ BOTIJA, *Manual de Derecho del Trabajo*, 5.^a ed., 333.

⁶⁷ BORRAJO, *RDN* núms. 29-30, 1960 p. 118.

⁶⁸ La aplicación de la ley en este punto es admitida en la doctrina laboralista: ALONSO OLEA, *Rev. Administración Pública* núm. 36, 1961 p. 327, esp. 348; SUÁREZ GONZÁLEZ, *Menores y mujeres ante el contrato de trabajo*, Madrid 1967, 161.

justificada, o sea la posibilidad del recurso judicial por aplicación de la ley de 1961, que viene también en este punto a resolver la cuestión.

Dada la actual posibilidad legalmente reconocida de acudir al recurso judicial ante la negativa marital, puede plantearse la cuestión inversa, o sea si concedida la autorización por el Juez, puede el marido recurrir ante el mismo para que la revoque por variación de las circunstancias, como parece lógico ya que la concesión judicial se basa en la apreciación de determinadas circunstancias susceptibles de alteración trascendente para la vida familiar (aumento de ingresos familiares, disminución de gastos etc.).

b) *Separación matrimonial*: El Derecho laboral toma en cuenta la situación de la mujer separada eximiéndola de la licencia marital de modo expreso para diversos actos. Así se permite contratar la prestación de sus servicios a "la mujer casada, con autorización de su marido, salvo el caso de separación de derecho o de hecho, en el que se reputará concedida por ministerio de la ley para todos los efectos derivados del contrato, incluso el percibo de la remuneración" (LCT art. 11 d). También para contratar su aprendizaje la mujer casada necesita la licencia de su marido "salvo en caso de separación de hecho o de derecho" (LCT art. 133). Y en cuanto a la oposición marital al percibo por la mujer de su remuneración "en caso de separación legal o de hecho de los cónyuges el marido no podrá oponerse a que la mujer perciba la remuneración de su propio trabajo" (art. 58 ap. 3).

Con estas disposiciones el Derecho laboral plantea abiertamente el problema de la capacidad de la mujer en caso de separación, incluso de hecho, resolviéndolo en el sentido de dar por terminada la necesidad de la licencia marital en todo caso de separación matrimonial. El Derecho laboral cumple así una función protectora de la mujer en esta situación de crisis matrimonial, ampliándola al supuesto de la separación de mero hecho que con frecuencia suele preceder a la legal e incluso a veces la sustituye. Queda la mujer libre de los efectos de la autoridad marital una vez rota la convivencia base de la misma.

Estas normas deberían ser tenidas en cuenta en la regulación de la separación matrimonial en el Código civil sirviendo de modelo para rellenar la laguna actual. La crítica favorable que merecen estas disposiciones laborales no se extiende, sin embargo, al procedimiento técnico utilizado, a veces, de reputar concedida "por ministerio de la ley" la autorización marital (art. 11 d LCT), ya que dicha ficción es innecesaria y presu-

pone la *necesidad* de la licencia del marido, aún después de la separación. Realmente como ya hemos expuesto, la separación (por lo menos la legal) implica desaparición de la autoridad marital, por lo que es más correcta la fórmula utilizada en otras normas laborales de excluir, simplemente, la necesidad de licencia en caso de separación (art. 133 LCT).

c) *Capacidad para percibir su remuneración*: El pago de la remuneración de la mujer trabajadora casada es objeto de una disposición especial del mayor interés: "será válido el pago hecho a la mujer casada de la remuneración de su trabajo, si no consta la oposición del marido" (art. 58 ap. 1 LCT).

El pago de la remuneración por el trabajo no es más que una consecuencia o efecto del contrato por lo que es lógico que la autorización para contratar su trabajo otorgada por el marido a su mujer incluya también la de percibir directamente el salario; sin embargo esta disposición regula de modo especial el pago hecho por el empresario.

El art. 58, presume la autorización para el pago por la empresa a la mujer, ya que será válido mientras no conste la negativa u oposición; hay una presunción de autorización para el cobro.

Para el caso de oposición marital, se impone al marido la carga de tener que formularla ante la Magistratura de Trabajo, la que en definitiva autorizará o no "para recibir por sí el salario y para invertirlo en las necesidades del hogar" (art. 58 ap. 2 LCT).

Este precepto específico del Derecho laboral está en contradicción con la norma genérica de la ley de 1961 para el caso de recurso judicial ante la negativa marital; ya hemos visto que resulta más favorable a la mujer la disposición laboral por lo que creemos debe interpretarse, dada la finalidad protectora del Derecho laboral, en el sentido de ser aplicable para el supuesto concreto que regula.

En su favor cabe invocar que no se trata de iniciar la relación laboral sino de un efecto de la misma. Así como para la celebración del contrato, hay que aplicar el sistema de recurso judicial de la ley de 1961 que obliga a la mujer a tomar la iniciativa, una vez instaurada la relación laboral, regirá como hasta ahora el art. 58 LCT.

También en favor de esta interpretación puede considerarse el diferente ámbito de estas leyes pues la de 1961 tiene un ámbito más general y más amplio que el de la LCT, por lo que es posible que aplicando con carácter general el sistema de recurso judicial de aquélla, quepa, sin embargo, continuar aplicando, al supuesto concreto que regula, el art. 58 LCT.

La solución dada por la LCT a la autorización de la Magistratura para el percibo directo del salario no obstante la oposición marital, se refiere a la situación normal de matrimonio que convive en el mismo domicilio, pues para el caso de separación legal o incluso de separación de hecho, se dicta una norma especial de carácter más enérgico, en cuanto a la protección del interés de la mujer casada trabajadora, al no permitir al marido la oposición a que la mujer perciba la remuneración de su propio trabajo (art. 58 ap. 3).

d) *Capacidad para comparecer ante la jurisdicción laboral*: Otro aspecto de interés en el Derecho laboral es la norma que autoriza a la mujer casada para comparecer por sí misma ante la Magistratura de Trabajo sin que necesite autorización ni asistencia marital, si bien puede optar por estar asistida o representada por el marido (Texto articulado segundo de 21 de abril de 1966 de la Ley de Bases de Seguridad Social de 28 de diciembre de 1963, art. 9).

Esta facultad tan contraria al sistema del Código civil en que los casos de comparecencia ante los Tribunales sin autorización marital o supletoria judicial son tan limitados, implica una protección laboral grande al desvincularla de uno de los efectos más característicos del sistema de unidad de dirección conyugal en nuestro Código, si bien dado el sentido meramente protector de la mujer casada no se la prohíbe acogerse al sistema normal del Código de representación procesal por el marido (art. 60).

En virtud de esta norma laboral y en el ámbito de estas relaciones jurídicas la mujer trabajadora podrá optar por uno de estos medios:

- 1.º Comparecer por sí misma sin autorización ni asistencia marital.
- 2.º Ser representada por su marido en virtud de la norma general que otorga a éste la representación procesal de su mujer (art. 60 ap. 1 prop. 1.ª).
- 3.º Comparecer por sí misma, con la asistencia de su marido, que implica autorización para su comparecencia (art. 60 ap. 1 pro. 2.ª CC y art. 9 ley procedimiento laboral citada).

Ahora bien el citado texto del procedimiento laboral (art. 9) autoriza la comparecencia de la mujer casada en causa propia, en los términos expuestos, ante las Magistraturas de Trabajo. Hay que interpretar esta posibilidad legal restringida a dicha jurisdicción puesto que se trata de un precepto excepcional que desvirtúa el sistema general del Código civil, sin que quepa por tanto extenderlo a otras jurisdicciones; habrá que

aplicarlo, sin embargo, a todos los organismos y tribunales de la jurisdicción laboral aunque el texto legal se refiera tan sólo a las Magistraturas de Trabajo, ya que la protección especial así concedida tiene por objeto la más amplia y directa defensa de sus derechos laborales, que no podría limitarse sólo a uno de los órganos encargados de resolver estos conflictos.

VI. REPRESENTACION LEGAL DE LA MUJER POR EL MARIDO

23. *Representación procesal del marido y licencia marital para comparecer en juicio la mujer.*

El Código otorga al marido la representación legal de su mujer (art. 60), que la doctrina jurisprudencial restringe al ámbito judicial. En cambio la mujer no puede comparecer en juicio sin licencia marital o la subsidiaria judicial, ni aún para litigar sobre bienes parafernales (art. 1387), según hemos visto.

Por excepción no precisa la licencia para defenderse en juicio criminal o para litigar con su marido (art. 60 ap. 2) También es una excepción a la representación procesal de la mujer por su marido, la norma que prohíbe al marido ejercitar acciones de ninguna clase respecto a los bienes parafernales, ni pedir la partición de bienes de su mujer, sin el consentimiento de ésta (arts. 1383 y 1053)⁶⁹.

El sistema del Código parece inspirado en un absoluto control del ejercicio de acciones judiciales y toda suerte de actuaciones jurídicas en la vía judicial. El único límite de la licencia resulta de la necesidad de defenderse en juicio penal y, como es también lógico, en el caso de litigio con su propio marido. Lo contrario produciría indefensión en la mujer casada. Pero el Código no sólo otorga al marido el control de las actuaciones judiciales de su mujer, sino que también le atribuye su representación legal, en la esfera judicial, según doctrina jurisprudencial ya expuesta.

Puede ocurrir, sin embargo, que sea la propia mujer la que quiera comparecer judicialmente para ejercitar acciones civiles y que frente a este criterio el marido pretenda representarla en el ejercicio de las mismas,

⁶⁹ En orden a la partición de bienes el Código impone el litisconsorcio pasivo de los cónyuges, al disponer que "los coherederos de la mujer no podrán pedir la partición sino dirigiéndose juntamente contra aquélla y su marido" (art. 1053 ap. 2).

pudiendo adelantarse a la pretensión de su mujer e incluso denegarle a ésta su licencia para que comparezca ella misma.

La negativa del marido ciertamente que podrá dar lugar a la habilitación judicial de la mujer para comparecer en juicio, pero el marido podrá, como decimos, adelantarse a la mujer aprovechando la representación legal que ostenta.

Incluso dicha representación puede ser ejercitada en la práctica sin conocimiento de la mujer, que puede ver ignorada su personalidad jurídica.

Otra interferencia entre la representación legal y la licencia puede tener lugar por la revocación de ésta y según doctrina jurisprudencial se entiende revocada la licencia por la comparecencia del marido en juicio lo que puede hacer en cualquier estado del mismo (S. 26 enero 1916).

La doble facultad legal otorgada al marido de controlar el ejercicio de derechos en vía judicial, a través de la necesaria licencia y de la representación legal, disminuye muy sensiblemente la capacidad jurídica de la mujer casada en este importante aspecto de la vida del Derecho, hasta el punto de que se habla con toda propiedad de la incapacidad procesal de la mujer casada⁷⁰. La situación se agrava por la calificación de la representación legal como de orden público lo que impide lógicamente, como declara la jurisprudencia, la renuncia irrevocable por parte del marido (S. 2 diciembre 1915).

El Código no resuelve la cuestión de la capacidad procesal de la mujer en los casos de separación personal o de imposibilidad legal o de hecho del marido para representar procesalmente a su mujer, ni tampoco el supuesto de negativa de la licencia para comparecer ella personalmente en juicio.

a) *Negativa marital*: El Código civil de modo muy vago exime a la mujer de la licencia marital para comparecer en juicio, además de los casos ya expuestos de defenderse en juicio criminal o litigio con su marido, "cuando hubiera obtenido habilitación conforme a lo que dispone la ley de enjuiciamiento civil" (art. 60 ap. 2 i. f.)⁷¹. Dicha ley procesal enumera entre los supuestos en que procede la habilitación judicial, al parecer de modo cerrado, el de "negarse el padre, la madre o el marido

⁷⁰ GUASP, etc.

⁷¹ Otros preceptos prevén la habilitación de la mujer en casos concretos (CC art. 1387), o bien son aplicación de la posibilidad de comparecer para litigar con el propio marido, como para pedir la hipoteca dotal (CC arts. 1349, 1352; LH arts. 169, 178).

a representar en juicio al hijo o mujer" (art. 1995 núm. 2.º LEC). Esta amalgama de situaciones de incapacidad (menor no emancipado) y de capacidad limitada (menor emancipado, mujer casada), induce posiblemente a la ley procesal a no distinguir dos situaciones diversas en la negativa marital: no querer representar a su mujer y no otorgarle tampoco su licencia para que comparezca por sí misma (o en su caso mediante la representación técnica adecuada). Hay que interpretar que la habilitación procederá en ambos casos y que por tanto la negativa de la licencia va equiparada a la negativa a la representación⁷². Según esta interpretación se confía al arbitrio judicial el conceder la habilitación a la mujer frente a la negativa marital, si el Juez la estimase infundada.

Esta solución viene a orientarse en la misma vía que la concesión de licencia judicial en caso de negativa marital, arbitraria o simplemente infundada, para los actos extrajudiciales, como ya hemos dicho, y serán de aplicación los mismos argumentos favorables invocados en este terreno.

Un nuevo argumento resulta también de la ley de derechos políticos y profesionales de la mujer de 1961, cuando para el ejercicio de derechos derivados de su profesión, necesita la mujer la comparecencia en juicio y el marido le niegue la autorización.

b) Incapacidad o ausencia del marido: En las situaciones anómalas del marido (locura, ausencia etc.), nos encontramos con idéntico planteamiento por el Código civil o sea su remisión a la habilitación conforme a lo dispuesto en la ley de enjuiciamiento civil (art. 60 ap. 2). Esta ley en relación con dichas situaciones prevé la habilitación referida al supuesto de ausencia en términos no exactamente congruentes con la disciplina del Código, posterior a la ley, y naturalmente más alejada aún de la reforma operada en el Código por la ley de 1939⁷³. En definitiva parece que la habilitación judicial procedería en caso de desaparición del marido en la situación que integra la ausencia de hecho (art. 181) y

⁷² Conforme al texto GUASP, Derecho procesal civil, 3.ª ed. I, p. 183, Madrid 1968. A esta situación de negativa marital, hay que agregar dos situaciones que prevé la Ley, motivadas sin duda por la urgencia: "3.º Ser demandado el que lo solicitare. 4.º Seguirsele gran perjuicio de no promover la demanda para que se pida la habilitación" (LEC 1955). No se expresa si la habilitación en estos dos casos procede también por ausencia o negativa del representante (casos núm. 1.º y 2.º), a modo de presunciones de necesidad, o si procede en otros casos. Parece que siempre que se den sus supuestos procederá la habilitación cualquiera que sea el motivo que la ocasione por parte del representante.

⁷³ Procede la habilitación cuando se halle el marido ausente "ignorándose su paradero, sin que haya motivo racional bastante para creer próximo su regreso" (art. 1955 núm. 1.º LEC).

con mayor motivo después de la declaración legal de ausencia (art. 183). Al reformarse el Título de la ausencia en el Código civil por ley de 8 de septiembre de 1939, se reformó por ley de 30 de diciembre de 1939 el Título XII del Libro III de la Ley procesal civil para acomodarla a la nueva regulación, previéndose la concesión de licencia por el Juez a la mujer del desaparecido o declarado ausente, para todos los actos en que conforme al CC le sea precisa la autorización marital (arts. 2.036 y 2.041 LEC) y por tanto para comparecer en juicio, licencia que podrá concederse con carácter general.

Nada dispone, en cambio la LEC, al tratar de las habilitaciones para comparecer en juicio en las restantes situaciones anómalas del marido (sujeción a tutela por locura, sordomudez sin saber leer y escribir, prodigalidad, interdicción civil), frente a cuya laguna cabrían dos interpretaciones: 1.^a aplicar por analogía la habilitación judicial de la mujer del ausente; 2.^a estimar extinguida la necesidad de licencia para comparecer en juicio.

Como es evidente las situaciones anómalas del marido extinguen o al menos suspenden la representación legal de la mujer que normalmente le corresponde, ya que está imposibilitado de ejercer su potestad. Estimamos que esta misma solución debe de aplicarse en relación con la licencia para la comparecencia, ya que se trata de una restricción a la capacidad de la mujer muy excepcional e infundada en situaciones anómalas del marido. Evidentemente que la misma tesis procedería en caso de ausencia, pero en este supuesto la previsión legislativa después de la reforma de la LEC por la citada ley de 30 de diciembre de 1939 dificulta esta interpretación⁷⁴.

Por tanto creemos que dichas situaciones anómalas del marido permiten a la mujer el libre ejercicio de su capacidad procesal sin ninguna habilitación supletoria salvo lo previsto para la ausencia⁷⁵.

⁷⁴ En favor de la tesis de la supresión o cesación de la incapacidad procesal de la mujer casada en estas situaciones: GUASP, *Derecho Procesal civil*, 3.^a ed., I, p. 182.

Otro enfoque de la cuestión en SOTO NIETO, *Problemas sobre la comparecencia en juicio de la mujer casada* (RDP 1956, 713); MIGUEL Y ALONSO, *La integración de la capacidad procesal de la mujer casada y de los hijos* (Homenaje al Dr. SERRANO, II, 561, Valladolid 1965).

⁷⁵ El art. 1387 que prevé la habilitación judicial en relación con los actos positivos de la mujer sobre sus parafernales y concretamente, además, para comparecer en juicio para litigar sobre ellos, creemos que ha de interpretarse como aplicable sólo en los supuestos de negativa injustificada del marido para dar la licencia.

c) *Separación conyugal*: Finalmente, la separación personal de los cónyuges es causa de cesación de la autoridad marital, como vimos, pero dada la deficiente regulación de esta situación en el CC, se plantean algunos problemas de interpretación paralelos a los ya examinados en orden a la licencia en los actos extrajudiciales.

Frente a la separación legal del matrimonio caben las mismas soluciones que entonces exponíamos: exigencia de habilitación judicial para comparecer en juicio, como sustitutivo de la licencia marital; desaparición de la incapacidad procesal de la mujer y la solución intermedia que exigiría la habilitación a la mujer culpable de la separación liberando de la misma a la mujer inocente.

Estimamos que la única solución defendible es la cesación de la incapacidad procesal que no obedece a más razón que a la autoridad marital por la unidad de dirección, que naturalmente termina con la desaparición de la vida común. Aunque el Código al regular la representación legal del marido no lo expresa es indudable que la misma cesa por efecto de la separación. La posible duda sobre si se requiere habilitación debe resolverse en el sentido negativo indicado, por razones institucionales.

Dentro de la defectuosa regulación de todo lo que afecta a la cesación de la autoridad marital en el Código cabe encontrar, sin embargo, algunos argumentos en favor de la tesis negativa.

En el albaceazgo la mujer necesita licencia del marido "que no será necesaria cuando esté separada legalmente de él" (art. 893). Si para la función de albacea el Código exime a la mujer separada de la habilitación con mayor motivo será innecesaria cuando se trate de asunto propio.

El art. 1444 que contiene la tabla de limitaciones de la capacidad de la mujer en las situaciones anómalas del matrimonio, sólo comprende la licencia judicial para ciertos actos dispositivos sin aludir a la comparecencia en juicio. La solución contraria la sigue el Código en cuanto al menor emancipado, por concesión familiar, a quien impone limitaciones para actos dispositivos y además, para comparecer en juicio, exige la asistencia del padre, madre o tutor (art. 317).

VII. RESUMEN EN ORDEN A LA LICENCIA MARITAL

24. *Poliformismo de la venia marital según las diversas esferas jurídicas.*

Si pretendemos resumir la situación de la mujer casada en orden a la

venia marital, a la vista de la diversa regulación en el CC, Ccom. LCT, LEC y los problemas que plantea la aplicación de la Ley de 22 de julio de 1961, que no solamente no ha unificado la situación sino que la hace más compleja, podríamos decir:

a) En los actos de *Derecho patrimonial familiar* (salvo los exceptuados expresamente) se exige la licencia, sin sujeción a forma, pudiendo la mujer recurrir al Juez en caso de negativa infundada según la interpretación doctrinal del CC, sin que sea de aplicación la ley de 1961 que no regula las relaciones familiares.

b) En las *relaciones profesionales y de trabajo*, distintas del ejercicio del comercio, se exige la licencia marital, según el CC, que deberá constar en forma expresa por aplicación de la ley de 1961, pero la negativa marital será inoperante si el Juez la declara abusiva o de mala fe en virtud de la nueva norma instaurada por la referida ley (art. 5.º).

c) También en el *Derecho laboral* se aplicará la ley de 1961, por lo que podrá la mujer acudir al Juez ante la negativa marital para que le autorice a contratar la prestación de sus servicios, si bien, a mi juicio, conserva su vigencia la disposición específica en materia laboral que permite el percibo por la mujer de la remuneración de su trabajo mientras el marido no formule su oposición ante la Magistratura de Trabajo (art. 58 ap. 1 LCT), resultando contradictorias en la forma de otorgar la licencia la LCT y la ley de 1961, que no debiera disminuir la situación más favorable para la mujer trabajadora por cuenta ajena según la LCT.

d) Para el *ejercicio del comercio* se requiere la licencia como facultad discrecional del marido sin que sea posible recurrir al Juez, no obstante la ley de 1961 mientras no se dicten disposiciones complementarias que adapten los efectos del ejercicio del comercio por la mujer en relación con los bienes del matrimonio, cuando el marido no preste su consentimiento.

e) En el *ámbito procesal*, ante la negativa marital para representar a la mujer o autorizarla para comparecer por sí en juicio, procederá la habilitación judicial, que deberá ser concedida de plano cuando se trate de actuaciones derivadas del ejercicio de una profesión y la negativa sea hecha de mala fe o con abuso de derecho por aplicación de la ley de 1961 (art. 5.º) y en los restantes casos queda confiada al arbitrio judicial con mayor amplitud. Resulta dudosa la posibilidad de aplicar al primer

supuesto el proceso sumario de autorización judicial previsto en la referida ley de 1961, y en todo caso, para lo que no sea consecuencia del ejercicio de derechos profesionales será aplicable el procedimiento incidental previsto por la LEC (art. 1.999).

A la vista de la situación legal podemos considerar, 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.

VIII. DERECHO FORAL

25. *Breve referencia a las Compilaciones de Aragón, Cataluña y Baleares.*

a) *Compilación de Aragón.*

El antiguo Derecho aragonés no estableció un deber de obediencia de la esposa correspondiente al de protección de éste y al decir de los foralistas aragoneses en algunos textos del Cuerpo legal de Fueros y Observancias se ve a la mujer sustituir al marido en funciones de administración y se manifiesta su papel activo en instituciones como el testamento mancomunado, la fiducia legal y voluntaria (testamentaria o paccionada), la sociedad legal continuada, los actos sucesorios etc.⁷⁶.

Ni antes el Apéndice al Código civil, ni ahora la actual Compilación de Aragón han regulado las relaciones personales entre cónyuges por ser aplicable en este punto el Código civil al estar incluida la materia dentro del Título IV del Libro I de este cuerpo legal (arts. 56-66), declarado de aplicación general en todas las provincias del Reino (art. 12 ap. 1).

Sin embargo en la Compilación se aumentan las funciones de la mujer en la crianza y educación de los hijos y en el gobierno del hogar (arts. 9, 48 y 49). Por otra parte, si las relaciones personales de los cónyuges han quedado, por la razón indicada, fuera de la nueva regulación aragonesa, en aplicaciones concretas es fácil constatar un espíritu distinto al del Código civil, más amplio y favorable a la capacidad de la mujer casada. Así, para la aceptación de la herencia la mujer no necesita licencia

⁷⁶ PALÁ MEDIANO, La promoción de la mujer casada en la Compilación aragonesa y en el Derecho comparado (Est. en honor del Prof. CASTÁN, I, 291 ss. esp. 352).

marital (art. 137) a diferencia de lo que ocurre en el Código civil (art. 995), según ya vimos.

En cuanto a la coparticipación de la madre en el deber de crianza de los hijos que consagra la Compilación en su art. 9, se deja en cuanto a su delimitación más precisa, con buen acuerdo, a los "usos sociales y familiares"⁷⁷. Esta coparticipación de la madre es tradicional en el Derecho aragonés por la inexistencia en el mismo de la patria potestad romana⁷⁸.

La misma idea tradicional en el Derecho aragonés, de coparticipación de la madre en la gestión doméstica, se recoge en la vigente Compilación, como antes en el Apéndice derogado. Si bien se confiere al marido la función de administrar, se reconoce a la mujer una participación en la administración "con las facultades necesarias para el buen gobierno del hogar" (art. 48 aps. 1 y 2).

Toda la problemática que en el Código civil francés hasta las recientes reformas y en el nuestro se plantea sobre las facultades domésticas de la mujer, especialmente su carácter de simple mandataria del marido con la posibilidad por parte de éste de revocar dichas facultades, se elimina en la Compilación pues se trata de un poder reconocido por ley del que no podrá privarle el marido por propia decisión⁷⁹.

El precepto que confiere a la mujer la participación en la administración "con las facultades necesarias para el buen gobierno del hogar" (art. 48 ap. 2), aún referido por su emplazamiento al régimen de comunidad, tiene en opinión de algún foralista, carácter imperativo y por tanto deberá de aplicarse en cualquier régimen matrimonial⁸⁰.

La Compilación aragonesa ha conferido la administración de la comunidad legal al marido si bien con la participación ya indicada de la mujer, cuya concreción queda indeterminada por lo que indudablemente

⁷⁷ Según LACRUZ, "La frase según los usos sociales y familiares parece que se refiere más bien (tal es la versión de su autor, el Notario Palá Mediano) a la discriminación de los casos en que la autoridad corresponde a los padres conjuntamente o por separado" (ADC 1967, 726).

⁷⁸ Señala LACRUZ que "no existiendo en Aragón la patria potestad en épocas en que se admitía en los Derechos o territorios que recibieron el *Corpus iuris civilis*, la concurrencia de ambos padres al cuidado del hijo, con la correspondiente autoridad (mucho mayor y decisoria en el varón), era, a falta de regla expresa, costumbre evidente, y, sobre todo, norma de Derecho natural" (ADC 1967, 726).

⁷⁹ En este sentido LACRUZ, ADC 1967, 744.

⁸⁰ PALÁ MEDIANO, La esposa administradora en la Compilación (RCDI 1968, 376).

se aplicará de modo flexible según la evolución de usos y costumbres. Se ha querido mantener el sistema de administración única o unidad de administración confiada al marido normalmente, por lo que no sólo se le confía a éste la administración de los bienes comunes sino también la de los privativos de la mujer, salvo pacto en contra y mientras ella no recabe para sí la administración (art. 49 ap. 1).

Se ha mantenido por tanto un sistema de prevalecencia marital en la administración de los bienes matrimoniales, comunes y privativos de la mujer, si bien cabe el pacto en contra y el recurso judicial en caso de peligro familiar por mala administración. Este recurso se otorga con carácter general cualquiera que sea el cónyuge administrador para privarle de las facultades de administración por resolución judicial "si en su ejercicio incurriere en culpa grave o negligencia habitual con notorio perjuicio de los intereses familiares" (art. 50).

En cuanto a la extensión de las facultades de la administración comprende no sólo los actos de índole administrativa propiamente dicha sino que también el cónyuge administrador, normalmente el marido, tiene poderes dispositivos si bien con limitaciones análogas a las del art. 1413 del Código civil. Dispone la Compilación en este punto que "el cónyuge administrador, por sí solo puede enajenar los bienes comunes; mas para actos de disposición voluntaria sobre inmuebles y establecimientos mercantiles necesitará el consentimiento del otro cónyuge, o en su defecto, aprobación de la Junta de Parientes y, en otro caso, autorización judicial" (art. 50).

En materia de administración la Compilación no se ha orientado hacia un criterio de parificación para mantener el principio tradicional de la administración marital. Sin embargo además de la participación en la administración que se otorga a la mujer, ya examinada (art. 48 ap. 2) y precisamente como consecuencia de la misma se reconoce a la mujer el mismo poder que al marido para los actos que realice como administradora, es decir por aquellos actos de administración que realice "para el buen gobierno del hogar". En esto se aprecia una notable diferencia con el sistema del Código civil en que la mujer no puede obligar los bienes gananciales sin consentimiento del marido (art. 1416), fuera de los gastos diarios usuales para el consumo de la familia (art. 62). En Aragón se reconoce la responsabilidad de los bienes comunes frente a tercero de buena fe, tanto por los actos de administración del marido como por la gestión de la mujer "que legalmente administre" (art. 42).

No sólo puede obligar la mujer los bienes comunes en sus actos de administración "para el buen gobierno del hogar" sino que al igual que el marido podrá obligarlos en el ejercicio de una "industria, comercio o profesión" (art. 42). En este precepto se revela la función más amplia que se prevé a la actividad de la mujer en relación con los actos patrimoniales ya que responden directamente los bienes comunes.

En defecto de bienes comunes la Compilación ordena la responsabilidad solidaria de los cónyuges por "las atenciones legítimas de la familia y las particulares de cada cónyuge", si bien en la relación interna contribuirá cada uno por mitad (art. 43 ap. 1 en relación con el 41 núm. 1.º).

Igual responsabilidad solidaria en defecto de bienes comunes, recaerá sobre cada cónyuge "por las restantes deudas comunes que contrajo", "pero podrá repetir del otro la mitad de lo pagado, si demuestra que la deuda redundó efectivamente, en utilidad común" (art. 43 ap. 2).

Vemos en estos preceptos un sistema de responsabilidad frente a terceros con perfiles más modernos que el del Código civil. Para los terceros de buena fe, bastará que se trate de deudas normales en los gastos del hogar para que respondan no solamente los bienes comunes, sino los particulares de cada cónyuge, solidariamente, sin perjuicio de establecer después en la relación interna entre los cónyuges una acción de regreso para resarcirse por la mitad de lo pagado con bienes privativos en todo caso en que se demuestre la utilidad común de la deuda.

A pesar de las diferencias con el Código civil en la administración de bienes comunes por la mujer, en la situación ordinaria del matrimonio no se ha seguido la corriente moderna de parificación de los cónyuges. Pero en cambio, en las situaciones anómalas del matrimonio por ausencia, interdicción etc. del marido las soluciones de la Compilación son notoriamente más progresivas que las del Código civil y mucho más simples frente a la complejidad que caracteriza la materia en el Código civil.

El precepto fundamental de la Compilación prevé que "las funciones de administración de la comunidad pasan íntegras a la mujer, cuando el marido resulte incapacitado o desaparezca de su domicilio, aún dejando representante, y en los demás supuestos del art. 1441 del CC" (art. 48 ap. 3).

A esta norma general se añade una especial para el caso de ausencia según la cual "el cónyuge del declarado ausente podrá disponer libremente de sus propios bienes. Si el ausente fuera el marido, la esposa ocupará la posición de aquél respecto del patrimonio conyugal" (art. 7).

Según la Compilación por tanto, cuando el marido resulte incapacitado, desaparezca de su domicilio aun dejando representante, cuando se declare la interdicción civil del marido o sea declarado prófugo o rebelde en causa criminal o se halle impedido para administrar, se transferirán a la mujer íntegras las funciones de administración de la comunidad (art. 48 ap. 3 en relación con el 1441 CC).

Todas las situaciones de imposibilidad legal o de hecho en que se encuentre el marido para administrar permitirán a la mujer recabar las mismas funciones de administración del marido, sin más que justificar la situación de que se trate, y sin que procedan otras limitaciones que las resultantes de la Compilación, por lo que no se aplicará el Código civil en cuanto permite a los Tribunales imponer las limitaciones que estimen convenientes (art. 1441)⁸¹.

Si las situaciones de imposibilidad del marido para administrar dan lugar a la separación de bienes, terminando el régimen de comunidad, como es sabido, en el sistema del Código civil no obstante la declaración igualitaria que confiere a la mujer "idénticas facultades y responsabilidad que el marido" cuando ejerce la administración (art. 1442), existe sin embargo la fundamental diferencia de la licencia judicial que se impone a la mujer en este caso de separación de bienes (o de transferencia administrativa), para los actos de disposición de inmuebles o de valores públicos o de créditos de Empresas o Compañías mercantiles (art. 1444), que ya examinamos.

En la Compilación y por lo que se refiere a la ausencia, la mujer del ausente podrá disponer libremente de sus propios bienes (art. 7) sin que sea de aplicación el art. 1444 CC⁸².

Nada se prevé para el supuesto de separación de bienes por la interdicción civil de marido, lo que ha hecho observar a un destacado foralista aragonés que "es posible que en el proceso de elaboración de la Compilación haya pasado inadvertida la posibilidad de que, establecida una norma especial para la situación de ausencia, pudiera deducirse una solución distinta para otras situaciones similares, como es la de separación de bienes por interdicción del marido"⁸³.

⁸¹ PALÁ MEDIANO estima que el art. 48 ap. 3 de la Comp. rechaza la aplicación en Aragón del art. 1441 CC (RCDI, 1968 p. 385).

⁸² PALÁ MEDIANO afirma rotundamente que el art. 7 "rechaza para la situación de ausencia del marido la aplicación del art. 1444 del Código civil general" (RCDI, 1968, 391).

⁸³ PALÁ MEDIANO, loc. cit. nota anterior p. 391, que advierte que sin embargo las situaciones son idénticas en caso de ausencia y de interdicción.

b) *Compilaciones de Cataluña y Baleares.*

En Cataluña y Baleares, si bien rigen como en todo el territorio nacional los arts. 56 a 66 del CC sobre los derechos y obligaciones entre marido y mujer, por formar parte del Título IV del libro I, de aplicación general (art. 12 CC), sin embargo en las relaciones patrimoniales se observa la influencia de las normas propias de estas regiones forales sobre la institución de la licencia marital. En defecto de pacto, tanto en Cataluña como en Baleares rige como sistema legal el de separación de bienes (art. 7 Comp. Cataluña y art. 3 Comp. Baleares). En este régimen cada cónyuge tiene la plena disposición de sus bienes privativos sin necesidad de la intervención del otro. Así en Cataluña se reconoce a la mujer respecto a los parafernales "el dominio, disfrute y libre administración de los bienes parafernales, pudiendo adquirirlos, enajenarlos, gravarlos, defenderlos en juicio y aceptar y repudiar herencias y legados sin licencia de su marido, el cual no estará obligado a contribuir a los gastos que la gestión y defensa de dichos bienes ocasione" (art. 49 ap. 3 Comp. Cataluña).

Contrasta esta norma con las disposiciones del CC, ya examinadas, que imponen a la mujer la necesidad de la licencia marital o la supletoria judicial para aceptar o repudiar herencias (art. 995), norma de aplicación general cualquiera que sea el régimen matrimonial, así como para los actos dispositivos sobre bienes parafernales o para litigar sobre ellos (art. 1387).

Igualmente en Baleares "tanto el marido con relación a sus bienes privativos, como la esposa respecto a los parafernales, tienen la plena facultad para ejecutar cualesquiera actos o negocios de adquisición, administración, enajenación, gravamen o disposición, y gozarán de plena legitimación activa o pasiva para su gestión y defensa, sin necesidad de que en el ejercicio de tales facultades medie licencia, intervención o consentimiento del otro cónyuge" (art. 4 ap. 2 Comp. Baleares), precepto no sólo aplicable a la isla de Mallorca, sino también a las de Menorca (art. 65 Comp. Baleares), Ibiza y Formentera (art. 66).

El citado art. 49 de la Compilación catalana tiene gran trascendencia en cuanto libera a la mujer casada de la licencia marital y en consecuencia de la autorización judicial supletoria para una serie de actos en relación con los bienes parafernales. Se ha planteado la duda de si para los actos no enumerados se requerirá la licencia marital por aplicación del art. 61 CC, como ocurriría con la contratación. Entre los comentaristas de

la Compilación se sostiene que no deberá aplicarse la exigencia de licencia marital puesto que quien puede lo más puede lo menos y está autorizada por el art. 49 para los actos dispositivos y que por otra parte, en régimen de separación de bienes, que es el legal en Cataluña, no cabe aplicar las limitaciones de la capacidad de la mujer establecidas por el Código al servicio de la sociedad de gananciales. Por estas razones se estima que la mujer catalana sin necesidad de licencia marital puede obligarse y por tanto aceptar el mandato y el cargo de albacea⁸⁴.

IX. CRITICA Y REFORMA DEL CODIGO CIVIL

26. *Crítica del sistema del Código civil.*

No es ocasión de formular un juicio general sobre nuestro Código civil, que ha merecido más censuras que alabanzas. Por lo que atañe a la mujer no fue muy acertado porque en algunos puntos separándose de la tradición jurídica nacional se inspiró más bien en el modelo francés, que resultaba menos favorable para los derechos de la mujer.

Así hemos visto, que mientras la ley 57 de Toro sancionaba en nuestra Patria el derecho de la mujer a recurrir a los Tribunales para obtener la licencia precisa, cuando el marido se la negase sin motivo, nuestro vigente Código se limita a reconocerlo en casos determinados; y aunque la doctrina actual interpreta extensivamente esta facultad, la doctrina menos reciente sostuvo la opinión contraria que ya exponía Comas al demandar hace más de medio siglo la revisión del Código civil, entonces reciente, estimando derogada por el Código la citada ley de Toro y restringida la licencia judicial a los casos en que se concede expresamente⁸⁵.

⁸⁴ Según FIGA FAURA, (La Compilación en sus conexiones con el Código civil en "Comentarios a la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña", Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona, Barcelona 1961, p. 123-125), "de triunfar el criterio contrario la mujer podría constituir hipoteca por deuda propia pero no podría contratar el préstamo que se trata de garantizar".

A la misma conclusión de inaplicación de la licencia marital en Cataluña llega GASSIOT (Comentarios a la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña, Barcelona 1962 p. 66), quien afirma que "primero por la ley de matrimonio civil y luego por el art. 61 del Código civil, la mujer catalana quedó privada de poder disponer de los parafernales sin la intervención del marido. Ha recobrado ahora su libertad contractual, en virtud de este art. 49 de la Compilación, siendo ponderado como un gran triunfo de la conciencia jurídica catalana".

⁸⁵ COMAS, La revisión del Código civil, II p. 157 ss. esp. p. 162, Madrid 1895.

Fue en esto retrógrado el legislador de 1889, por haber seguido en acertada frase de Sánchez Román, la ley de matrimonio civil de 1870, cuyo "artículo 49 con alguna diferencia de redacción, ofrece el propio sentido negativo tácito" del actual art. 61⁸⁶. Dicha ley de matrimonio civil sigue a su vez, en este punto, al Código francés, en el que no se concedía un recurso judicial expreso, con carácter general, aunque la doctrina francesa entendía, antes de las recientes reformas, que como no cabía suponer que la autoridad marital pudiese degenerar en despotismo, podría la mujer recurrir a los Tribunales en los casos de abuso de poder por el marido⁸⁷.

Por otro lado, también es justo reconocer que el Código dio forma a las ideas corrientes en su época. García Goyena, principal autor del proyecto isabelino de Código civil de 1851, muy tenido en cuenta en la redacción del vigente Código, expone claramente su pensamiento al comentar el art. 58, análogo al actual 57: "yo entiendo que debe competirle (al marido) el derecho de castigar moderadamente a la mujer, en cuanto sea necesario para mantener el buen orden de la familia, del que es responsable; al que se impone una obligación, se le conceden los medios necesarios para desempeñarla". Y añade: "si el marido, más fuerte por su sexo, y como jefe y cabeza de la familia, por la ley debe proteger a la mujer, síguese que ésta deba obediencia al marido. Es un homenaje tributado al poder protector, y una consecuencia necesaria de la sociedad conyugal que no podría subsistir si uno de los esposos no estuviera subordinado al otro"⁸⁸. Y comentando la representación procesal por el marido, dice que "bajo el aspecto legal, la mujer casada, como por un común acuerdo de todos los legisladores, viene a ser una verdadera menor de edad"⁸⁹.

Benito Gutiérrez, cuya clásica obra es el exponente del derecho anterior al vigente Código, escribe en 1862 lo siguiente: "una legislación que no haga la condición de la mujer más dura de lo que consiente la naturaleza, ni que le sea más favorable de lo que conviene a su debilidad, será la medida justa de sus derechos en la sociedad, y así nos parece que en lo general nuestras leyes han resuelto éste problema": aludiendo tam-

⁸⁶ SÁNCHEZ ROMÁN, V-1.º p. 624.

⁸⁷ V. p. ej. BAUDRY-LACANTINERIE, *Personne*, III, n.º 2161 pág. 709 ed. it.

⁸⁸ GARCÍA GOYENA, I, 73.

⁸⁹ GARCÍA GOYENA, I, 75.

bién, no sólo a la debilidad del sexo femenino, sino a "la mayor prudencia que es lícito atribuir al sexo masculino"⁹⁰.

Estas son las ideas corrientes en la segunda mitad del pasado siglo en que por fin se va a llevar a efecto nuestra codificación civil. En nuestra patria el movimiento feminista europeo del siglo XIX apenas había tenido resonancia. Bajo los regímenes políticos más dispares se había estructurado la familia sobre la misma base de la autoridad marital, sin que ello despertara protestas. Con pocos años de diferencia el Proyecto isabelino de 1851 y la ley de matrimonio civil de 1870, coinciden en proclamar el deber de obediencia de la mujer.

Publicado el Código civil y ya en este siglo, empiezan a sonar voces en defensa de la mujer. Posada publica su obra "Feminismo", ya en 1899. Dos ilustres historiadores disertan en 1912 en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, invocando los derechos de la mujer. Hinojosa, con carácter general trata de "La condición civil de la mujer en el derecho español antiguo y moderno"; y Ureña, sobre un punto más concreto habla de "Una tradición jurídica española: la autoridad paterna como poder conjunto y solidario del padre y la madre". Hinojosa censura duramente al Código civil por no haber tenido en cuenta los cambios legislativos ocurridos ya en el extranjero cuando se publica nuestro Código (leyes inglesas, Proyectos de Código alemán y de Código suizo) que respondían a la evolución económica ocurrida en todos los países y que en parte eran conformes con las tradiciones patrias⁹¹.

Las censuras a nuestro Código en esta materia de capacidad de la mujer han ido aumentando al correr de los años, sin duda por no representar sus preceptos las ideas sociales comunmente admitidas sobre el tema.

El progresivo aumento del nivel cultural de la mujer ha venido a poner más de manifiesto lo infundado del sistema del Código civil. Por esto, el movimiento feminista ha ido aumentando en los últimos años. Incluso bajo regímenes políticos dispares ha encontrado igual resonancia. Así la constitución republicana de 1931 declara que el matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos (art. 43), aunque este precepto no llegó a desarrollarse fuera de la ley catalana de capacidad de la mujer casada, hoy derogada.

También el Fuero de los Españoles de 1945 aún sin aludir de modo

⁹⁰ BENITO GUTIÉRREZ, Códigos o estudios etc., I, 166.

⁹¹ Discurso cit. pág. 549.

expreso al problema declara que "la ley ampara por igual el derecho de todos los españoles, sin preferencia de clases ni acepción de personas" (art. 3.º).

Este precepto según el que fue ilustre Presidente del Tribunal Supremo Profesor Castán "indudablemente equipara, como regla general, la condición jurídica de uno y otro sexo de una manera implícita. Claro resulta, por consiguiente, que la desigualdad de la condición jurídica sólo regirá tratándose de supuestos concretos en los que esté excluida la aptitud de la mujer o se condicione su capacidad", añadiendo también que esta orientación "tiene un reflejo en muchas disposiciones modernas de tipo administrativo o social, que amplían los dominios de la capacidad de la mujer"⁹².

En estos últimos años la campaña feminista indudablemente ha aumentado entre nosotros⁹³. Ciertamente que la reforma del Código civil por ley de 1958 y la ley de 1961 ya citada, dieron respuesta positiva a esta campaña feminista en algunos puntos, ya indicados anteriormente, pero los principales problemas de las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges han quedado sin abordar siquiera en las citadas leyes, por lo que subsiste vivo el problema de una revisión más profunda de nuestro Código fundamental de Derecho privado.

27. *Revisión de ideas.*

Toda reforma legislativa ha de tener unos principios orientadores. En nuestro caso creemos que debe inspirarse de una parte en las enseñanzas de la Iglesia, de otra en la actual realidad social. Lo primero porque se trata de una materia, el matrimonio, en que el aspecto moral y religioso predomina sobre el puramente civil, no sólo en lo que atañe al aspecto sacramental sino incluso en los aspectos civiles, en que la propia

⁹² CASTÁN, Los derechos de la mujer etc. p. 163.

⁹³ En 1952, el primer Congreso Nacional de Justicia y Derecho de Falange celebrado en Madrid se ocupó de esta cuestión aprobando una amplia serie de conclusiones favorables a los derechos de la mujer. Tanto este Congreso como la encuesta de A B C de finales de 1953 pusieron de relieve el interés público que había despertado esta materia. Numerosas conferencias, y artículos en Revistas técnicas se han ocupado también de la misma en estos años y el Presidente del Tribunal Supremo le dedicó el Discurso de apertura de los Tribunales del año 1954. La opinión dominante en estos trabajos se manifestó en favor de una revisión del ya viejo Código civil, pero en general predominó una tónica de ponderación que puede decirse aleja este movimiento feminista de los que en otros momentos y países se caracterizaron por su extremismo.

Iglesia reconoce al Estado competencia legislativa, porque en definitiva, ningún aspecto matrimonial ni el más crematístico puede ser considerado como un puro contrato civil; tiene siempre como base una relación moral, que reconocen fuera de toda idea confesional, incluso los mismos partidarios del matrimonio laico. Claro está que como para la sociedad española, la moral se identifica con la moral cristiana, es evidente que el punto de vista moral a que hemos de atender, no puede ser otro que el de la Iglesia. ¿Cuál es su enseñanza?

Es preciso, para evitar confusiones, tener en cuenta, ante todo, que fue la Iglesia la que elevó la dignidad de la mujer fuera y dentro del matrimonio. Al oponerse a la concepción de la mujer como esclava, de largo predominio en el paganismo, realizó una verdadera revolución ideológica. En Roma, al final de su evolución y por influjo cristiano, hemos visto que tiene la mujer casada una posición independiente. Pero siempre quedan residuos de la moral pagana, como la más benigna consideración del adulterio del marido, que la Iglesia ha rechazado siempre con la más firme energía. Y entre los bárbaros hubo todavía más diferencia entre la situación que tenía la mujer, hasta la cristianización de esos pueblos y la que le proporcionó la Iglesia.

Pero dentro de la dignificación de la mujer en el matrimonio cristiano es indudable que la posición tradicional de la Iglesia ha sido en favor de la autoridad del marido. El texto más invocado ha sido el de S. Pablo "el marido es cabeza de la mujer como Cristo es cabeza de la Iglesia"⁹⁴.

También se aduce que no fue creado Adán para Eva, sino ésta para aquél. Y que es el hombre y no la mujer, imagen de Dios. En la glosa medieval se decía que "como el agua salió del costado del Señor, así Eva salió del de Adán". Se citan numerosos textos de la patrística en favor de la autoridad del marido. Con lo que se ha querido a veces enfrentar la doctrina de la Iglesia con legítimas aspiraciones feministas.

No cabe, sin embargo, la confusión y ya desde la Encíclica "*Casti Connubii*", en que Pío XI, el 31 de diciembre de 1930, sienta la doctrina sobre todos los aspectos del matrimonio entre cristianos, está bien clara la posición de la Iglesia. El Sumo Pontífice después de condenar el feminismo, que quiere sustraer a la mujer a sus funciones naturales en el matrimonio, y de exaltar su dignidad dentro del hogar afirma que, "la igualdad de derechos, que tanto se amplifica y exagera, debe, sin duda al-

⁹⁴ Ep. Efesios, 5, 23.

guna, admitirse en cuanto atañe a la persona y dignidad humana y en las cosas que se derivan del pacto nupcial y van anejas al matrimonio, porque en este campo ambos cónyuges gozan de los mismos derechos y están sujetos a las mismas obligaciones; en los demás ha de reinar cierta desigualdad y moderación, como exigen el bienestar de la familia y la debida unidad y firmeza del orden y sociedad domésticos, Y si en alguna parte, por razón de los 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 necesidades y exigencias de estos tiempos, teniendo siempre en cuenta la natural y diversa índole del sexo femenino, la pureza de las costumbres y bien común de la familia; y esto contando siempre con que quede a salvo el orden esencial de la sociedad doméstica, el cual ha sido establecido por autoridad más excelsa que la humana; esto es, por la divina, no pudiendo, consiguientemente, cambiarse ni por públicas leyes ni por privados gustos”⁹⁵.

Pío XII afirmó claramente que “en su dignidad personal de hijos de Dios, el hombre y la mujer son exactamente iguales”⁹⁶.

Finalmente el Concilio Vaticano II ha reiterado la doctrina de la Iglesia en los siguientes términos: “El reconocimiento obligatorio de la igual dignidad personal del hombre y de la mujer en el mutuo y pleno amor evidencia claramente la unidad del matrimonio confirmada por el Señor”. “La familia es escuela del más rico humanismo. Para que pueda lograr la plenitud de su vida y misión se requiere un clima de benévola comunicación y unión de propósitos entre los cónyuges y una cuidadosa cooperación de los padres en la educación de los hijos”⁹⁷.

La Iglesia salvaguardando aquellas propiedades y fines del matrimonio, que son esenciales al mismo, no se opone a la concesión de derechos civiles a la mujer. Si la unidad y firmeza del orden y sociedad domésticos imponen “cierta desigualdad y moderación”, las declaraciones conciliares de igual dignidad de los cónyuges obligan a revisar la estructura napoleónica de nuestro Código civil.

Si la enseñanza de la Iglesia permite, pues, una ponderada revisión de los derechos civiles de la mujer, de otra parte las condiciones sociales y

⁹⁵ Pío XI, *Casti connubii*, núms. 47 y 48.

⁹⁶ Mensaje a las mujeres alemanas de 21 de octubre de 1945.

⁹⁷ Constitución de la Iglesia en el mundo actual de 7 de diciembre de 1965, núms. 49 y 52.

económicas de nuestro tiempo aconsejan una revisión de los textos legales, ya anticuados, que no responden al momento presente.

Sobre estas bases, de la moral cristiana y de nuestras costumbres, exponemos los principios que a nuestro juicio, deben presidir la revisión del Código.

28. Principios para una reforma del Código civil

1) Relaciones personales.

Si el siglo XIX se inspiró, por influjo de ideas napoleónicas, en la superioridad del marido en las relaciones conyugales, consagrando el deber de protección de éste para la mujer y su correlativo deber de obediencia de la misma, el siglo actual, especialmente desde la última contienda bélica, se orienta decididamente hacia la equiparación conyugal. Como fecundo y a la par doloroso fruto de la guerra, la humanidad busca nuevas fórmulas de convivencia que en la esfera internacional se concretan en la Carta de las Naciones Unidas cuyo preámbulo al reavivar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, afirma también de modo expreso "la igualdad de derechos de los hombres y de las mujeres", junto a la de las naciones, grandes y pequeñas, como ya recordábamos antes.

Rechazada toda discriminación entre los sexos y abandonadas viejas ideas de una mayor fragilidad del sexo femenino (*levitas animi*) así como de su correlativa de superioridad del hombre, es evidente que la proyección de una consideración ideológicamente igualitaria para ambos sexos ha de repercutir en la más estrecha asociación humana posible, en el matrimonio. La futura y ya retrasada reforma de nuestro Código civil, en este punto, no puede ignorar este sentir universal y también español de la igual dignidad moral de los cónyuges que rechaza viejos textos napoleónicos ya desechados en su originaria versión traspirenaica.

Sin embargo, el matrimonio, como toda organización humana, necesita una dirección, que en el supuesto de divergencias en el interior del organismo ha de encontrar el medio idóneo para superarlas de forma armónica y eficiente. Partiendo de una diarquía matrimonial, la divergencia puede superarse o bien con un radicalismo diárquico dando paso inmediato al recurso judicial dirimente, o bien con mayor moderación en el juego diárquico, estableciendo un primer grado decisorio con preva-

lencia marital y un segundo grado en que definitivamente se confíe a la autoridad judicial la decisión dirimente.

El primer sistema, que vemos implantado en algunos países como ya se expuso, en aras del más riguroso sistema igualitario, no admite posible prevalencia marital, teniendo que acudir inmediatamente al Juez ante la menor divergencia conyugal imposible de resolver por las propias fuerzas idealistas de los cónyuges en su búsqueda de armonía y bien familiar. Este sistema que quiere ser rígidamente congruente con el principio del que parte, tiene sin embargo el grave inconveniente de conducir demasiado fácilmente a los cónyuges al plano de la contienda judicial en el que perdida la intimidad familiar pueden provocarse enconos y cuestiones enojosas.

Para evitar estos inconvenientes se trata de introducir un grado intermedio de resolución de divergencias confiando al marido un poder decisorio, si bien concediendo al propio tiempo a la mujer el recurso a la vía judicial. Se busca en este sistema no sólo evitar una excesiva intromisión judicial en la vida familiar sino también dar mayor agilidad a la necesidad de una decisión. Pero preventivamente cabe imponer al marido el deber de buscar una solución armónica a través de un acuerdo conyugal que evite todo recurso judicial.

Esta necesidad de tener en cuenta la unidad familiar, esencial al mismo matrimonio, ha sido formulada como límite al principio de igualdad conyugal, como vimos, en la Constitución italiana, habiendo dado lugar a numerosos debates entre los juristas de este país sobre cuál sea el *prius* si la igualdad conyugal o la unidad familiar, que en general se resuelve en favor de esta última consideración, sin que todavía se haya arbitrado una estructuración legal que desarrolle el precepto constitucional por la dificultad de encontrar la fórmula ideal.

Hemos visto que todavía se mantiene una jefatura marital, adecuada a las ideas de nuestro tiempo como ocurre en Francia después de la reforma de 1965 y en Portugal en su nuevo Código civil en vigor desde 1967; en cambio otros países desconocen la idea de jefatura, como Bélgica desde la reforma de 1958.

La revisión de nuestro Código civil deberá proclamar los principios de equiparación moral de los cónyuges, que les obliga a intentar armonizar sus criterios individuales, y de unidad familiar, que impone el sacrificio de uno de los criterios en caso de imposible armonización, en aras del bien familiar. A falta de acuerdo podría confiarse al marido la decisión preva-

lente en primer grado con el recurso judicial a la mujer en caso de peligro familiar.

Fuera del supuesto de desacuerdo conyugal, la equiparación moral de los cónyuges ha de traducirse en una adecuada coparticipación en el gobierno del hogar y en la autoridad sobre los hijos. La ley hará bien en abandonar la determinación de la coparticipación a la costumbre y usos sociales, como tan acertadamente ha hecho la Compilación aragonesa de 1967 respecto a la autoridad familiar de los padres (art. 9).

Especialmente es de aplaudir en la norma aragonesa su flexibilidad al remitir a los usos sociales y familiares el ejercicio de la autoridad de los padres "conjunta o separadamente", como ya expusimos.

Esta norma dirigida a la autoridad de los padres sobre los hijos menores es susceptible de generalización en relación con las facultades legales de la mujer en la administración del patrimonio común y "buen gobierno del hogar" como expresa la misma Compilación (art. 49 ap. 2) que ya examinamos.

Puede confiarse según creemos la coparticipación de la madre en la diarquía matrimonial a los usos sociales, manteniendo un poder de decisión primaria en el marido en caso de desacuerdo y en última instancia la decisión judicial dirimente. Esta solución tiene en cuenta tanto algunos precedentes históricos patrios como la reciente Compilación aragonesa (arts. 9, 48 y 50).

2) *Autoridad sobre los hijos.*

Resulta evidente después de lo expuesto que la autoridad sobre los hijos comunes en el matrimonio no puede relegar a la mujer al plano de autoridad subsidiaria para los supuestos de fallecimiento o incapacidad del padre. Nuevamente aquí consideramos que dentro de la equiparación de los cónyuges es una fórmula adecuada la consagrada en la Compilación de Aragón que acabamos de recordar, que confiere la autoridad sobre los hijos a sus padres "conjunta o separadamente según los usos sociales y familiares", con poder decisorio del padre en caso de divergencia. Igual que en las relaciones personales entre los cónyuges, el poder decisorio en favor del marido deberá estar contrapesado con el recurso judicial cuando la mujer estime gravemente perjudicial la decisión marital para el bien del hijo.

3) *Supresión de la licencia marital.*

El principio de equiparación moral de los cónyuges, si bien en aras de la unidad de dirección, es compatible con la decisión primaria otorgada al marido en el sentido expuesto, no requiere forzosamente que la mayor parte de los actos patrimoniales que realice la mujer tengan que obtener el consentimiento marital a través de la institución de la licencia, consagrada en el Código napoleónico en términos muy rígidos que pasaron a nuestro Código civil. Hemos visto que por el contrario, en nuestro Derecho foral aún dentro de la aplicación de las normas del Código en las relaciones personales de los cónyuges, se rechaza expresamente la venia marital para actos que en el sistema del Código se precisa. Recordemos lo que ocurre con la aceptación de la herencia que exige licencia en el Código (art. 995) y no la precisa en Aragón (art. 137 Comp.), ni en Cataluña (art. 49 ap. 3 Comp.). Y en otros ordenamientos como el italiano que mantuvo en el Código civil de 1942 la institución de la autoridad marital en la fórmula atenuada de la jefatura familiar, sin embargo prescindió de la licencia, que había sido abolida ya en 1919 todavía en vigor el Código de 1865.

No estimamos pues necesaria la sujeción de la mujer al consentimiento marital para la casi totalidad de sus actos de gestión patrimonial como acontece en nuestro Código de forma anacrónica.

Además de innecesario estimamos que la supresión de la licencia dotará al tráfico jurídico de los cónyuges de mayor seguridad jurídica en defensa de los terceros de buena fe, evitando incluso posibles confabulaciones de los cónyuges que promuevan la anulación de contratos otorgados por la mujer casada sin la licencia marital. La evolución de algunos aspectos de nuestro sistema contractual como el registral y el notarial nos inclina a mantener esta solución que armonizaría más fácilmente estos ordenamientos con el sistema general básico del Código civil⁹⁸.

4) *Supresión de la incapacidad procesal.*

Sin necesidad de repetir lo ya expuesto sobre la verdadera incapacidad procesal de la mujer casada, propugnamos su supresión, haciendo des-

⁹⁸ Cf. el art. 169 ap. 3 del Regl.^o notarial de 1944 modificado por Decreto de 22 de julio 1967 y el art. 94 del Regl.^o hipotecario de 1947 modificado por Decreto de 17 de marzo 1959.

aparecer en el ámbito procesal este vestigio de una situación social completamente superada en orden a la capacidad de la mujer. Punto que merece mayor reflexión es en cambio el referente al de la representación legal de la mujer por el marido en la esfera procesal. Si el fundamento de esta representación es el mismo que el de la necesidad de licencia marital para la comparecencia de la mujer, debe rechazarse esta otra manifestación inadecuada de la incapacidad procesal de la mujer que la asimila al menor. Sin embargo en cuanto que pueda suponer para la mujer una mayor facilidad de comparecer en juicio, podría defenderse esta representación procesal, siempre limitada por la posibilidad para la mujer de hacerla cesar mediante su simple comparecencia personal en juicio o por algún otro medio idóneo.

5) *Elección de residencia familiar y domicilio legal.*

Una manifestación del principio de equiparación de los cónyuges puede ser el de elección de residencia efectiva del matrimonio. Es lógico que el lugar en que habrá que cumplir el deber de convivencia que a ambos se impone sea objeto de deliberación y acuerdo entre los cónyuges y no decisión unilateral del marido.

Buena prueba de lo poco razonable de una decisión unilateral es que tanto el Código francés como el nuestro y cuantos siguieron aquella directriz tuvieron que arbitrar un recurso judicial para que la mujer se eximiera en ciertos casos del deber de seguir al marido al domicilio señalado por él mismo, si bien la formulación de los casos en que procedía el recurso judicial variaba en unos Códigos y en otros. Impracticable el sistema de decisión unilateral inapelable, en las reformas recientes o bien se confía al marido todavía la facultad de fijar la residencia con un recurso judicial en favor de la mujer, como en Francia, o bien la facultad marital es sólo en defecto de acuerdo, y con recurso judicial por motivos legítimos para que el Juez autorice a la mujer a elegir otra residencia, como en Bélgica.

La elección de la residencia familiar deberá ser de común acuerdo aunque en su defecto, se otorgue al marido como decisión primaria, según venimos propugnando, la facultad decisoria compensada con la posibilidad para la mujer de obtener la fijación judicial de otra residencia por causa justificada.

Nos hemos referido a la residencia familiar y no al domicilio, para

mantener la distinción entre ambas nociones, ya que si para la convivencia familiar es necesaria la unidad del hogar no lo es para el ejercicio de profesiones o cargos públicos. Esta distinción se impone como consecuencia indeclinable desde el momento en que se consagra la igualdad de la mujer para el ejercicio de funciones públicas como se hizo en nuestro Derecho por virtud de la ley de 1961. Por virtud del derecho que se reconoce a la mujer de desempeñar cargos públicos ésta puede tener un domicilio legal por razón del cargo, que puede resultar distinto del que le asigna la ley de enjuiciamiento civil, que es el del marido (art. 64 LEC).

La distinción ha sido establecida en Bélgica, según expusimos, y a nuestro juicio deberá ser introducida en nuestro ordenamiento para el desarrollo de la citada ley de 1961.

6) *Régimen económico.*

El punto quizá de mayor divergencia del Derecho civil en el ámbito nacional es el del régimen económico del matrimonio, pues mientras en las provincias regidas por el Código civil se aplica la sociedad de gananciales como régimen legal, en las provincias de fuera, perviven una variedad de pactos matrimoniales, muchas veces ligados con la sucesión hereditaria, de una riqueza extraordinaria de matices. Sabido es que para buscar la aproximación a las regiones forales nuestro Código civil permitió las capitulaciones matrimoniales, pero tal posibilidad ha quedado en letra muerta en el Código civil al no ser costumbre otorgar capitulaciones fuera de aquellas regiones forales.

Tanto por esta consideración de una efectiva aproximación de todas las regiones como por conveniencias de seguridad del tráfico jurídico quizá fuera factible y conveniente establecer con ámbito nacional un régimen primario de bienes al que quedarían sujetos todos los matrimonios españoles y que permitiría dar una regulación a los problemas más generales que en nuestra época se plantean.

En todo caso, bien con ese carácter de régimen general o limitado al ámbito del Código civil, es evidente que en lugar de la regulación legal de la dote, inexistente en la práctica, es más interesante establecer un régimen legal adaptado a las costumbres y necesidades actuales de la sociedad española que tenga en cuenta las modificaciones importantes experimentadas desde los años decimonónicos hasta este último tercio del siglo en que vivimos.

Si bien la ley de 1958 ya examinada, abordó la protección del patrimonio ganancial de la mujer frente a posibles peligros de mala administración marital, el supuesto contemplado en la reforma de nuestro régimen legal de gananciales es sumamente limitado, debiendo de replantearse la cuestión con una perspectiva mucho más amplia y generosa para la mujer.

La reforma de 1958, restringida a ciertos actos dispositivos sobre los bienes gananciales, no aborda el problema en sus raíces más profundas sobre la conveniencia de modificar el régimen de gananciales por lo que afecta a la administración de dichos bienes.

La tendencia en el Derecho comparado se inclina con frecuencia en la actualidad hacia la administración separada, dentro del régimen de comunidad, como acontece en Alemania y se preconiza en la reforma del Código francés. Dentro de la comunidad de ganancias, una cosa es el reparto de las que hubieren obtenido los esposos cuando desaparece la comunidad de bienes (ordinariamente por el fallecimiento de uno de los cónyuges), y otra distinta que sea necesario entregar todas las ganancias de la mujer al marido para que éste las administre.

Así el producto del trabajo de la mujer deberá concurrir a las cargas comunes en primer término, pero en cuanto excediese de dichas necesidades podía ser administrado por ella misma durante el matrimonio. Los argumentos empleados para la reforma del art. 1413, por la ley de 1958, como el de evitar posibles dilapidaciones del marido administrador de los bienes gananciales, sirve igualmente para fundamentar esta nueva reforma, con la ventaja, de que en vez de mantener una administración por el marido con la necesidad del consentimiento de la mujer para los actos dispositivos sobre inmuebles y establecimientos comerciales, cada cónyuge retendría la administración y disposición de los bienes que por su causa hubiesen entrado en la sociedad de gananciales.

Podrá pensarse que entonces los actos dispositivos de la mujer sobre los bienes gananciales podrán dañar al marido, pero lo mismo puede ocurrir ahora con los actos dispositivos del marido que no se refieran a bienes inmuebles o establecimientos mercantiles. Para evitar lo uno y lo otro podría tal vez ser oportuno un amparo judicial para los actos lesivos de la economía doméstica realizados por cualquiera de los cónyuges sobre bienes gananciales administrados separadamente por los mismos.

La mayor justicia de la administración separada de los bienes gananciales se aprecia también respecto a las rentas y frutos obtenidos de los

bienes parafernales que, como gananciales, han de ser administrados por el marido. Estos bienes, que con frecuencia consistirán en dinero, escapan al control de la mujer, que aunque administre sus parafernales hasta obtener sus frutos, habrá de entregarle éstos al marido, quien después de aplicarlos al levantamiento de cargas matrimoniales en lo que sea procedente, queda como administrador del exceso. La mujer está protegida en lo que se refiere al capital representado por los bienes en sí mismos, pero no lo está en lo que atañe a sus frutos, que pueden representar también un capital importante mediante su inversión adecuada.

Esta reserva administrativa a cada cónyuge, en situación de igualdad, de los bienes gananciales obtenidos respectivamente por cada uno, no va en contra de la autoridad marital. En lo administrativo esa separación ya existe para los bienes privativos, sin que la existencia de parafernales entorpezca la autoridad del marido entendida como jefatura razonable. Por otra parte, desde el punto de vista del sistema vigente no se comprende cómo podría compaginarse el deber de obediencia de la mujer con la posibilidad de negar al marido su consentimiento para los actos dispositivos que lo requieran después de la reforma del art. 1413.

En efecto, la ley de 1958, al tratar de modificar el sistema del Código ha puesto de relieve que sus preceptos más significativos carecen de justificación intrínseca y de fuerza moral, como es el caso del famoso deber de obediencia. La reforma, si ha tenido trascendencia es sobre todo por haber marcado el camino de otras reformas más importantes a realizar. En este sentido la juzgamos favorablemente, pero no podemos creer que el problema de las relaciones entre cónyuges, en su doble aspecto personal, al que principalmente nos referimos en este trabajo, y patrimonial, quede resuelto conforme a las ideas hoy imperantes en la sociedad española, y por tanto no debería relegarse a épocas futuras la revisión a fondo de las relaciones conyugales.

INDICE

I. DERECHO ROMANO	7
1. Posición general de la mujer ante el Derecho	7
2. La tutela perpetua de la mujer <i>sui iuris</i>	8
3. La incapacidad testamentaria de la <i>lex Voconia</i>	11
4. La prohibición de abogar por otro ante el Magistrado	11
5. Evolución del Derecho romano bajo el cristianismo	11
6. La mujer casada en Roma	13
II. LAS IDEAS NAPOLEÓNICAS Y SU INFLUJO EN LAS LEGISLACIONES DEL SIGLO XIX	15
7. El Código de Napoleón	15
8. El movimiento feminista en el siglo XIX	17
III. LA EQUIPARACIÓN CONYUGAL EN LAS LEGISLACIONES DEL SIGLO XX	18
9. Breve referencia al Derecho comparado	18
10. Declaraciones internacionales	25
IV. DERECHO ESPAÑOL	26
11. Sistema seguido por el Código civil	26
12. Reforma del Código civil por ley de 24 de abril de 1958 y repercusión en el mismo de la ley de derechos políticos, profesionales y laborales de la mujer de 22 de julio de 1961	26
13. Las relaciones personales entre los cónyuges	27
14. Deber de obediencia de la mujer	27
15. Deber de convivencia en el domicilio elegido por el marido	29
V. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA LICENCIA MARITAL	30
16. Situación de convivencia matrimonial	30
17. La autorización judicial supletoria por negativa marital	31
18. La ley de 22 de julio de 1961 de equiparación jurídica de la mujer al varón en la esfera política, profesional y laboral	32
19. Licencia judicial de primer grado en las situaciones anómalas del marido	34
20. Licencia judicial en la situación de separación de personas	38
21. La licencia marital en el Derecho mercantil	41
22. La licencia marital en el Derecho laboral	47

X640691039

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA



6404232568

VI. REPRESENTACIÓN LEGAL DE LA MUJER POR EL MARIDO	54
23. Representación procesal del marido y licencia marital para comparecer en juicio la mujer	54
VII. RESUMEN EN ORDEN A LA LICENCIA MARITAL	58
24. Poliformismo de la venia marital según las diversas esferas jurídicas	58
VIII. DERECHO FORAL	60
25. Breve referencia a las Compilaciones de Aragón, Cataluña y Baleares	60
IX. CRÍTICA Y REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL	66
26. Crítica del sistema del Código civil	66
27. Revisión de ideas	69
28. Principios para una reforma del Código civil	72
1) Relaciones personales	72
2) Autoridad sobre los hijos	74
3) Supresión de la licencia marital	75
4) Supresión de la incapacidad procesal	75
5) Elección de residencia familiar y domicilio legal	76
6) Régimen económico	77