

## La Mujer en la Legislación Española

por el Dr. CESAR FERNANDEZ ARCE

---

### Antecedentes.—

La situación y los derechos de la mujer han estado sujetos a muchas variaciones debido a una serie de factores que, en las distintas épocas y en los diversos territorios, han influido sobre la evolución del Derecho español.

Dice acertadamente De Castro que "En el antiguo derecho español no se ve una línea clara ni una dirección dominante; junto a disposiciones que presuponen la plena capacidad jurídica de la mujer casada, hay otras que la niegan, en especial para librar al marido de responsabilidad por los actos de la mujer" (1).

Pero se puede afirmar que en las antiguas leyes se encuentran muchas muestras de la limitación de la capacidad negocial, particularmente de la mujer casada.

El autor antes citado, dice al respecto:

"El Fuero Real, desviándose de la legislación de Partidas, había dispuesto que la mujer no pudiese "hacer deuda sin otorgamiento de su marido". Las Leyes de Estilo restringen el precepto a "las deudas en que no se le sigue a la mujer algún pro", a semejanza de los menores. Las Leyes de Toro parecen partir también de la incapacidad de la mujer al decir: "La mujer durante el matrimonio, sin licencia de su marido, como no puede hacer contrato alguno, asimismo no se puede apartar ni desistir de ningún contrato que a ella toque". (2)

Sin embargo, en general, se reconoció a la mujer, capacidad plena para contratar sin licencia de nadie, sin más limitación en Cataluña y Castilla que el del Senado Consulto Velejano de obligarse por otro, limitación que los juristas no consideraban odiosa, sino favorable a la pro-

---

(1) De Castro y Bravo, Federico. Derecho Civil de España. Parte general. Tº. II. Vol. 1. Madrid, 1952, p. 255.

(2) De Castro, op., cit., p. 255.

pia mujer y que, en la práctica, desaparecería con facilidad renunciando ésta a semejante privilegio (3).

Castán, enjuiciando esta etapa, dice que hasta las leyes de Toro no se encuentra una regulación sistemática del predominio del marido en la familia; que, sin embargo, no era arbitrario, puesto que las mismas leyes señalaban a la mujer la facultad de recurrir al juez en los casos de abuso y también para solicitar licencia para todo aquello que no podía hacer sin licencia del marido (4).

La incapacidad propiamente dicha de la mujer casada no ha existido en el Derecho español hasta los tiempos más recientes (5).

#### Legislación vigente.—

El Código civil español vigente, contrario al precepto establecido por la Constitución de la pasada República, que consignaba en su art. 43, que el matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos; que negaba el principio de la autoridad marital y que, anteriormente, en su art. 25, decía que el sexo no podía ser fundamento de privilegio jurídico, prescribe la existencia de una potestad marital, al igual que las legislaciones forales de Aragón, Cataluña, Mallorca y Navarra, con una serie de atribuciones que a continuación exponemos (6):

**Primero:** La exigencia de un debido acatamiento a la voluntad del marido en los casos de discrepancia y conflicto, siempre —claro está— que no lastime tal obediencia, la personalidad jurídica de la mujer (art. 57).

**Segundo:** Designar el domicilio conyugal que la mujer debe aceptar salvo los casos en que exista motivo justificado de denegatoria y que el marido traslade su residencia a ultramar o a país extranjero. En tales casos decidirán los Tribunales (art. 58).

**Tercero:** Representa a la mujer, quien no puede, sin su licencia, comparecer en juicio por sí, o por medio de Procurador. Esta representación comprende tanto los actos judiciales como los extrajudiciales. Sin embargo, la mujer puede, sin requerir esta licencia, defenderse en juicio criminal, demandar o defenderse en los pleitos con su marido o cuando se le hubiere concedido habilitación (arts. 60 y 61).

---

(3) García Gallo, Alfonso. Curso de Historia de Derecho Español. Tº II, Vol. 1 ps. 89 y ss. Madrid, 1942.

(4) Castán Tobeñas, José. Los derechos de la mujer y la solución judicial de los conflictos conyugales. Pág. 154. Madrid, 1954.

(5) Rianza y García Gallo, Manuel de Historia del Derecho Español, No. 550, ps. 657 y ss. Cita de Castán, op., cit., p. 153.

(6) Las legislaciones forales que particularmente no mencionamos obedecen a que coinciden con el Derecho común.

**Cuarto:** La titularidad en el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos comunes no emancipados, respecto a sus personas y bienes. (art. 154)

**Quinto:** El derecho de administrar la sociedad conyugal, salvo estipulación en contrario (art. 59). Este precepto legal se halla confirmado por los arts. 1357, respecto de la dote y 1142 en cuanto a la sociedad de ganancias.

**Sexto:** La facultad de representar a la mujer y de concederle autorización para la ejecución de determinados actos. (7)

Sin embargo, existen dos excepciones:

a) Unas son de carácter legal, tales como las consignadas en el art. 63 y que no son del caso transcribir.

b) Otras son de índole judicial y funcionan en todos aquellos casos en que el marido sobrepasándose a sus atribuciones, abusa de su derecho. En tales casos la mujer puede recurrir a los Tribunales.

c) Según el art. 44 de la Legislación foral de Aragón, la mujer casada no necesita licencia del marido para aceptar una sucesión.

Ante tales derechos del marido, ¿cuál es la situación de la mujer casada?. Antes de enjuiciarla, expondremos los derechos que la legislación le atribuye, siguiendo para tal efecto, el articulado del Código Civil.

### EFFECTOS PERSONALES

**Primero:** Sin consentimiento del marido puede defenderse en juicio criminal, demandar y defenderse en los pleitos contra su marido. (art. 60, 2ª parte).

**Segundo:** Pedir el depósito judicial en caso de intentar o haber intentado demanda de divorcio, querrela de amancebamiento o acción de nulidad del matrimonio. (art. 1880 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

**Tercero:** Igualmente, sin licencia del marido puede:

- a) Otorgar testamento (art. 63);
- b) Ejercer los derechos y cumplir los deberes que le corresponde respecto a los hijos legítimos o naturales reconocidos, que hubiese tenido de otro, y respecto a los bienes de los mismos. (art. 63)
- c) Lo mismo respecto de los hijos ilegítimos de la propia familia. (arts. 114 y 143).

---

(7) Arts. 60 a 63, 995, 1053, 893 y 1716.

**Cuarto:** En Aragón no requiere tampoco de esta licencia marital para aceptar herencias (art. 44). En Navarra igualmente, para aceptar herencias o adquirir a título oneroso bienes muebles o inmuebles. Sin embargo, una Resolución de 24 de mayo de 1905 estima que rigen en Navarra respecto a este punto, las disposiciones contenidas en el art. 61 del Código Civil, conforme a lo preceptuado en el art. 12, párrafo 1º del mismo.

### EFFECTOS PATRIMONIALES

**Primero:** Puede administrar la sociedad conyugal si así lo estipuló con su marido. (art. 59). También le corresponde la administración de los bienes parafernales, salvo pacto en contrario realizado ante Notario (art. 1384). Además, según el decreto-ley de contrato de trabajo de 26 de enero de 1944, art. 58, se admite la posibilidad de que la mujer administre los productos de su trabajo. Y, finalmente, por causas excepcionales que consigna el Código Civil, puede también desempeñarla en reemplazo del marido; estos casos son según el art. 1441:

- 1o.—Siempre que sea tutora de su marido, con arreglo al art. 220.
- 2o.—Cuando pida la declaración de ausencia del mismo marido con arreglo a los arts. 183 y 184 (8).

**Segundo:** Por influjo del régimen matrimonial aceptado, la mujer puede, a tenor del art. 1413, impugnar las enagenaciones o convenios que sobre los bienes gananciales haga el marido en fraude de sus derechos.

**Tercero:** Puede exigir del marido garantías sobre sus bienes dotales como hipotecas, depósitos e hipotecar los parafernales cuya administración (art. 1348) o precio (art. 1390), haya recibido del marido.

**Cuarto:** Sin licencia del marido puede realizar actos jurídicos relacionados con el consumo ordinario de la familia (art. 62). Igual en la legislación foral de Navarra (caps. V, tit. I, lib. VI y XIV, tit., XII, lib. III).

#### Estado de la Opinión Pública.

Existe una marcada tendencia por mejorar la situación de la mujer casada ampliando los derechos que actualmente posee.

Con tal motivo, y por iniciativa de Mercedes Fórmica —quien logró atraer la atención de muchos profesionales del Derecho hacia el tema de la capacidad jurídica de la mujer—, es que el Diario "A B C", de Madrid, abrió en los primeros meses de 1954, una encuesta, recibiendo una serie de opiniones favorables al mejoramiento de la mujer.

(8) Después de la Ley de 8 de setiembre de 1939, reformadora de la ausencia, la referencia que hace el Código a los arts. 183 y 185, debe entenderse respecto de los arts. 181 y 189.

Ese mismo año, con motivo de la apertura de los tribunales, el Presidente de la Corte Suprema de España, Doctor José Castán Tobeñas, tomó como materia de su discurso inaugural este mismo tema con el rubro de "Los derechos de la mujer y la solución judicial de los conflictos conyugales", en el que expuso brillantemente la necesidad de revisar las normas reguladoras de su situación jurídica en la esfera del Derecho Privado. Pero cree que la actual situación legislativa y social no es tan injusta con el sexo femenino.

En un aparte expresa que la reforma de los textos legales referentes a la condición y derechos de la mujer lleva consigo, en España, no pocos problemas previos como el carácter de la reforma, si debe ser orgánica y unitaria, sentando así las bases de un Derecho Civil, conciliando la tradición nacional con las exigencias de la época actual; o si por el contrario, debe ser parcial, lo que acarrearía gravísimas dificultades poniendo en peligro los principios fundamentales del Código en su conjunto.

Otro problema sería el de saber si llegado es el momento de realizar la reforma general y sistemática del Código.

Particularmente estima que, de momento, procede la reforma de aquellos preceptos legales que, sin estar en estrecha relación con el sistema general del Derecho de familia español, afecten a la capacidad civil de la mujer.

Termina exponiendo concretamente los puntos principales que deben considerarse en la situación jurídica de la mujer española frente al Derecho Civil.

Serrano Suñer, ocupándose del problema, expresa que, en cuanto a España se refiere, el problema social de la mujer y su situación en la vida real, han dejado atrás las disposiciones del viejo código civil. Por eso postula su reforma. Considera, empero, que no todas las deficiencias o inconvenientes que se denuncian se deben atribuir exclusivamente a él, pues también interviene la ignorancia o la pereza de quienes no supieron usar oportunamente los arbitrios que allí se conceden para adaptar el régimen patrimonial del matrimonio a las circunstancias concretas de cada caso a través de las capitulaciones matrimoniales, de los bienes parafernales no entregados al marido, etc. (9).

Por su parte Joaquín Calvo Sotelo estima que lo que a la mujer le acontece en el Código Civil no es sino un reflejo de lo que sucede en la total vida española. Recalca que es hora de hacer a la mujer una parte al menos de la justicia que se disputa(10).

Alfonso García Valdecas dice que si revisamos la situación de la mujer casada en el Código Civil español, encontraremos la supervivencia de principios anticuados sobre la potestad marital —remembranzas del Derecho romano—, junto a la presencia viva de otros de origen cristiano que dan su verdadera fisonomía al matrimonio. Descendiendo luego al campo de los ejemplos, cita el artículo del Código Civil que dice que el marido es el representante de su mujer; y manifiesta que esta representación legal es

(9) A, B, C; diario madrileño de 1º dic. de 1953, ed. matutina, pág. 3.

(10) Id., del 9 dic. 1953, pág. 37.

diferente de todas las otras representaciones legales, ya que éstas se basan en que la persona del representado tiene una incapacidad natural como el menor de edad o el loco, o penal como el condenado. Pero la mujer no tiene esa incapacidad natural. Si muere el representante de un incapaz hay que nombrarle otro, pero si muere el marido no se nombra otro representante a la viuda; ésta recobra su plena capacidad. El marido —continúa— por ejemplo, no puede aceptar la herencia como representante de su mujer, sin el consentimiento de ésta, ni tampoco puede, sin su consentimiento, pedir la partición de bienes. Pero lo típico del representante legal es que suple un consentimiento del representado, que éste no puede dar. En cambio, la casada puede dar su consentimiento y es esencial que lo dé.

De ello concluye en que la idea de la representación de la mujer por el marido aparece como un instrumento técnico deficiente e impropio para expresar y servir de unidad del matrimonio.

Finalmente, opina que el marido y la mujer representan en el Derecho conjuntamente la familia cuando la vida familiar fluye armoniosamente. Si la armonía se rompe, entonces ningún derecho escrito es capaz de restablecer la unidad. Pero cuando éso ocurre, tampoco se ve la justificación de dar una preferencia jurídica previa a la posición y a los derechos del marido (11).

Juan Vallet de Goytisolo considera que la reforma del Código Civil no es de necesidad urgente. Sin prisa, aunque sin pausa, deben realizarse los trabajos preparatorios orientados a una profunda interpretación de la historia jurídica española y a un cuidadoso examen de las necesidades actuales.

Estima que lo que es necesario e inaplazable es cuidar las bases funcionales de nuestro Derecho, pues es sintomático que varias leyes que aún no cuentan ni siquiera cinco años de vigencia se hallen mucho más necesitadas de revisión que el viejo Código Civil.

Así mismo considera reformables los artículos referentes a la incapacidad para ser tutora, que no es sino un residuo histórico; lo mismo aquéllos que sancionan la incapacidad de la mujer para ser testigo de los testamentos; en tercer lugar, las diferencias de régimen económico matrimonial adoptado por los esposos debían corresponderse correlativamente con un distinto régimen de disposición de los parafenales, e incluso en orden a la sucesión mortis causa. Y, por último, debería establecerse la posibilidad de modificar el régimen económico conyugal durante el matrimonio —como lo admiten las legislaciones forales—; debería aceptarse en cuanto no fuera en perjuicio de los derechos de terceros (12).

---

(11) *Id.*, *Id.*

(12) *Id.*, del 12 dic. 1953, pág. 23.

Y para terminar con esta larga exposición permítasenos anotar una última, la del Profesor Royo Martínez, que expresa:

“Sin compartir la extrema posición feminista en cuanto que la preeminencia del varón en la dirección de la familia parece ser imprescindible, no cabe duda, de que nuestro Código necesita profundas correcciones en orden a la capacidad de obrar que a la mujer casada reconoce. De justicia es añadir que en la realidad, de la vida familiar española de nuestros días se hallan moralmente atemperadas las consecuencias de las normas más rigurosas del Código Civil, sobre la situación de la mujer casada, y que tales reglas, salvo casos excepcionales de matrimonios mal avenidos, no resultan opresoras ni contrarias a deseos femeninos de mayor independencia, ni depresivas para la mujer en la estimación social. La reforma es de desear, en primer término, para que las leyes reflejen la realidad de la vida matrimonial en supuestos y circunstancias normales, y en segundo lugar para que se eviten las demasiadas duras consecuencias que produce la regulación contenida en nuestro Código en supuestos y circunstancias anormales” (13).

### Apreciación crítica.—

La mujer, en términos generales, dentro de la legislación española, goza de capacidad civil. Entre las restricciones de la personalidad jurídica no se encuentra incluida; el art. 32 del Código Civil dice que la minoridad, la demencia o imbecilidad, la sordomudez, la prodigalidad y la interdicción civil constituyen restricciones de la personalidad jurídica.

Pero nuestra afirmación se tambalea cuando observamos que el art. 1263 la coloca en la relación de personas que no pueden prestar consentimiento. Dice el mencionado artículo que no pueden prestar consentimiento los menores no emancipados, los locos o dementes, los sordomudos que no sepan escribir y las mujeres casadas en los casos expresados por la ley; parece por tanto, que se trata de una escala de incapacidades y que lo limita la actividad jurídica de la mujer casada es también una incapacidad. Por lo demás, el artículo 1264 parece también confirmar esta tesis.

Empero el art. 1263, al referirse a la mujer casada, lo hace a manera de excepción porque establece que la mujer casada no podrá prestar consentimiento “en los casos expresados por la ley”.

Así lo entendemos, porque, de lo contrario, no tendrían sentido los arts. 60, 61, 62, 63, etc., al establecer esferas de actividad libre de la mujer casada.

Estimamos que las normas mencionadas no establecen la incapacidad de la mujer casada, porque si así fuera, los actos ejecutados sin el requisito legal del consentimiento marital serían nulos, simple y llanamente, y en consecuencia cualquiera podría impugnarlos, lo que no es así porque conforme al art. 65, sólo el marido y sus herederos podrán reclamar la nulidad de estos actos. A nuestro entender, las antedichas normas tienen una naturaleza prohibitiva, justificada por la necesidad de la unidad de dirección en el hogar que redundaría en beneficio de la comunidad familiar.

---

(13) Royo Martínez, Miguel, Derecho de Familia, pág. 109, Sevilla, 1949.

A pesar de lo antedicho, hallamos en el Código Civil español algunos principios que deben suprimirse, otros reformarse y en fin otros que deben revisarse. Así tenemos que:

**Primero:** Si el art. 56 establece entre las obligaciones recíprocas del marido y mujer, la de guardarse fidelidad, no es justo que la falta de este deber se sancione desigualmente, según sea el marido o la mujer quien lo infringió.

Dice el inciso 1º del art. 105 que constituye causa legítima de divorcio el adulterio de la mujer, en todo caso; y el del marido, cuando resulte escándalo público o menosprecio de la mujer.

No podemos comprender esta diferencia marcada en el tratamiento legal ni cómo el marido adulterando puede dejar de menospreciar a su mujer. Para tal caso, si de menosprecio se trata, muy bien podría también la mujer cometer adulterio sin por ello dejar de seguir apreciando a su marido.

Si se trata de escándalo público, podría, igualmente, la mujer evitarlo. No se diga que las consecuencias del adulterio son diferentes según se trate del marido o de la mujer; ni que ésta, con su falta, puede traer al hogar hijos mal avenidos porque bien sabemos que todo eso, en la actualidad puede evitarse, evitarse inmoral y criminalmente, es verdad, pero es que en ese plano coloca el artículo comentado. Sólo podemos comprender esta disposición situándonos en la época en que fué redactado el Código Civil, en que se estimaba superior al marido...

Si ambos son considerados iguales, jurídicamente, el art. 56 lo decide. De manera pues, que debe desaparecer por otro que establezca la misma causal de divorcio, entendido como separación de cuerpos, por igual falta cometida indistintamente por el marido o la mujer.

**Segundo:** El art. 57 establece que el marido debe proteger a la mujer y ésta, obedecer al marido.

Respecto a la protección marital, creemos que podría modificarse por otra que la estableciera como obligación mutua. Podría por ejemplo, prescribirse que "Los cónyuges están obligados a guardarse recíprocamente fidelidad, asistencia y protección en todas las circunstancias de la vida". Decimos que debe establecerse como obligación mutua, porque unilateralmente da la impresión de que la mujer es considerada incapaz de cuidarse, de protegerse por sí misma, lo que no es muy exacto como tampoco que el marido no necesita del cuidado y protección de la mujer, sobre todo, en especiales circunstancias.

En cuanto a la obediencia de la mujer al marido, nada tenemos que objetar debido a que creemos en su necesidad, siempre que no lastime su personalidad jurídica, como consecuencia de la potestad marital. Bien dice San Pablo: "Las casadas están sujetas a sus maridos, como al Señor; por cuanto el hombre es cabeza de la mujer, así como Cristo es cabeza de la Iglesia". (14). Tal sumisión no niega ni quita la libertad que con pleno derecho compete a la mujer, así por su dignidad de persona humana, como

(14) San Pablo.—Epístola a los Corintios V. 22-23.

por sus nobilísimas funciones de esposa, madre y compañera, ni por ello se obliga a satisfacer los gustos caprichosos del marido, no conformes con la razón ni que tenga que equipararse a los menores.

Es muy interesante la analogía que S.S. Pío XI, hace cuando se ocupa del matrimonio cristiano al decir que el marido representa a la cabeza y la esposa al corazón. Nada más excelente que un corazón cuando sigue la senda que le indica el cerebro. Y nada más desastroso cuando marchan por caminos opuestos (15).

**Tercero:** También nos parece conforme que la mujer debe seguir al marido dondequiera en que éste fije su residencia, como lo prescribe el art. 58, pero podría encerrarse en una fórmula más amplia, de tal modo que la mujer estuviera más protegida. Se podría consignar por ejemplo: Al marido compete fijar y mudar el domicilio de la familia; pero la mujer no está obligada a aceptar la decisión del marido cuando exista justa causa que la impida acompañar a su marido.

**Cuarto:** Debe sustituirse el art. 60 que dice que el marido es el representante de su mujer por otro precepto que diga que el marido es el representante de la sociedad familiar. Sería más exacto.

**Quinto:** Una preferencia que se da al marido por razón de su autoridad y que nos parece debería revisarse es aquella que se establece en el art. 168. Dice el referido artículo que la mujer que pase a segundas nupcias perderá la patria potestad sobre sus hijos a no ser que el marido difunto y padre de estos hijos dispusiese en el testamento que la conservase, porque opinamos que la patria potestad debe ser un atributo común del padre y de la madre y, además porque en principio, no hay mujer que cuide mejor a los hijos que la misma madre.

**Sexto:** Estimamos que durante el matrimonio la patria potestad debe ejercitarse por ambos padres y que, en caso de oposición en un caso dado, debe prevalecer la opinión del padre, salvo en casos de abuso en que se podrá recurrir al juez.

Se podría objetar tal posición sosteniendo que de tal manera los tribunales se verían más atestados de trabajo y que las mujeres siempre en casos de oposición del marido la consideraran como un abuso, y entonces las consecuencias serían graves debido a que la búsqueda de soluciones fuera del hogar traerían por resultado el distanciamiento y la pérdida de la armonía conyugal.

Mantenemos la tesis. Bien sabemos que las gentes no acuden a los tribunales sino cuando se ha hecho inevitable; sólo recurrirían cuando los asuntos fueran de importancia trascendental y el abuso manifiesto.

Es menester que se reconozca a la mujer conjuntamente con el marido, este derecho a ejercer la patria potestad, porque el cuidado y educación de los hijos es obligación de ambos padres y mal podría desempeñarla la madre si no estuviera revestida de la suficiente autoridad.

---

(15) S.S. Pío XII. Encicl. "Casti Connubi"; Colección de Encíclicas y Cartas Pontificias. Buenos Aires, 1944.

Es verdad que en la práctica se confiere a la mujer tal derecho, pero por lo mismo, el Derecho como intérprete de realidades, debe también consignarlo formalmente.

El artículo debatido, —el 154—, dice que el padre, y en su defecto, la madre, tienen potestad sobre sus hijos legítimos no emancipados.

En el aspecto patrimonial, la legislación española la mantiene en buena situación. Ella por ejemplo, puede celebrar libremente la capitulación matrimonial que más le conviniere. Sin embargo, la licencia marital, en este aspecto debería reducirse sobre todo, en los casos en que el matrimonio está regido por el régimen de la separación de bienes; y que, tratándose de los bienes parafernales, no hay razón para que el marido o el juez tengan que dar autorización a la mujer cuando ésta desee enajenarlos o gravarlos. No parece defendible la razón esgrimida en tal defensa. Se dice que los frutos de esos bienes son comunes a la sociedad conyugal, y entonces al marido no le puede ser indiferente el aumento o disminución del capital. Pero esta misma razón se podría utilizar a favor de la mujer respecto a las enajenaciones que el marido hace de sus bienes propios y sin embargo... no requiere de licencia alguna de su mujer..

Por eso debería revisarse el art. 995 que establece que la mujer casada no puede, por sí sola, aceptar ni repudiar herencias porque está bien que el marido tenga interés en que se conserven los bienes de la mujer por los frutos que devengan, que son comunes, mas no, tratándose de derechos simplemente expectatícios, como son las herencias.

Finalmente, entendemos que es factible una reforma del Código Civil respecto de aquellos preceptos legales que, sin alterar el sistema general del *Derecho familiar*, afectan la capacidad civil de la mujer casada española.

---