

# El sujeto del Derecho: El sexo <sup>(1)</sup>

(Continuación)

Entre los germanos la mujer, según opinión de muchos tratadistas del derecho, se hallaba sujeta a *perpetua tutela*. Paul Viollet, por ejemplo, afirma «que la mujer germánica se halla en tutela perpetua»: *la femme germane est en tutelle perpetuelle*. (2). Letourneau, después de proclamar «que la mujer germana tiene ciertos derechos pecuniarios», añade: «que ello no obstante, siempre se le considera más o menos, en menor edad». *La femme germanique avait donc certains droits pecuniaires; mais elle n'en restait pas moins toujours plus ou moins mineure*. (3). Nuestro ilustre Hinojosa sostiene igual criterio que Viollet cuando afirma «que entre los germanos la mujer vivía constantemente bajo la potestad del padre, o, a falta de éste, de los parientes más cercanos, cuando era soltera o viuda, y por virtud del matrimonio pasaba a la del marido». (4). El erudito catedrático Sr. Minguijón, está de acuerdo también con Viollet y con Hinojosa, y, al efecto, escribe lo siguiente: «El derecho germano sujetó de nuevo a la mujer a tutela perpetua.» (5). El marido podía repudiar, empeñar y ven-

(1) Véanse los números 18 y 20 de esta Revista.

(2) *Histoire du droit civil française*. Lib. II, cap. V-I (287), pág. 312. París, 1905.

(3) *La condition de la femme dan les divers races et civilisations*. Capítulo XIX-II, pág. 466. París, 1903.

(4) *Discurso en la Academia de Ciencias Morales y Políticas*. Pág. 523. Madrid, 1912.

(5) *Historia del Derecho Español*. Cuaderno 5.º Zaragoza, 1923. Página 16.

der a la mujer en caso de necesidad, y aun castigarla corporalmente hasta darla muerte, mediante justa causa.

Sin embargo, por el espíritu guerrero del pueblo germánico, la mujer, dentro de la familia, gozaba de gran consideración y ascendencia. Quizá esta consideración ha hecho afirmar a uno de nuestros más preclaros historiadores del derecho, el Sr. Pérez Pujol, «que el poder marital era poder de protección y no de acción (1), y que Letourneau manifestara que «certains droits lui étaient reconnus; certains lois la protégeaient», «y que los viejos germanos, aquellos que habían creado la mitología de la raza, no despreciaban al sexo femenino» (2).

Este estado de protección marital, nacido del reconocimiento de esos derechos de los que nos habla Letourneau, donde se refleja más es en la familia germánica. La fortuna de la mujer casada la constituía la *dote*, equivalente a nuestras antiguas arras, y que era el precio satisfecho por el marido a los padres o parientes de la mujer por la cesión de la potestad sobre ella. Esta dote era designada por los padres con el nombre de *dos y pretium*, denominación esta última que ha dado origen a la doctrina de los que consideran el matrimonio germánico como una especie de compra, contra cuya teoría se levanta Huber diciendo: «No parece que pueda dudarse que, aun en tiempo de Tácito, se sabía distinguir entre la compra de un caballo y la celebración del matrimonio». Para los que siguen esta última doctrina este *pretium* no tiene otra significación que la compensación del valor económico de la hija y la indemnización a los padres de los gastos que hicieron para educarla y criarla, pues no cabe duda que en la familia germana la mujer era considerada como algo digno de veneración dentro de la autoridad que correspondía al marido en la esfera familiar. Así se explica que nos haya dicho Tácito (3) que Veleda y Aurinia fueron veneradas como númenes, y que César, sabedor de los augurios de las mujeres germánicas, obligase a Ariovisto a que combatiese antes de la época que aquellas mujeres habían señalado como más conveniente para obtener las victorias.

(1) *Historia del Derecho Español*. Explicaciones de cátedra tomadas por sus discípulos A. G. B. y A. A. B. Pág. 162

(2) Obra citada. Pág. 472.

(3) *Germania*, X.

Y llegó a ser tan general la consideración que se le tuvo a la mujer en este pueblo, que el marido la miraba como compañera de sus trabajos, y ella le acompañaba hasta en las guerras, curándole las heridas recibidas y llevándole alimentos para reponer sus quebrantadas fuerzas. Tácito nos dice al efecto (1) «que desde los carros formando círculos, y que los germanos llamaban *carrago*, las mujeres presenciaban las hazañas de sus maridos ; los alentaban con sus aplausos, los contenían con sus gritos, con el llanto de sus hijos, y más de una vez sus exhortaciones a las huestes que ya cejaban les hicieron volver cara al enemigo y ganar la victoria..»

Como prueba de la gran influencia de la mujer en la sociedad germánica, podemos decir con Procopio (2) «que las mujeres de los ostrogodos increpaban y escupían a sus maridos al entrar Belisario en Rávena, por haberse dejado vencer de tan débiles enemigos». Por eso, sin duda, aquel poder ejercido sobre la mujer y conocido con el nombre de *mund*, no fué tan tirano ni déspota como la *manus* de los romanos, significando no sólo poder de protección, sino también boca, explicándose así que en algunos países, después de tener lugar la invasión, se decía que estar bajo la protección del Rey era *esse in sermone vel in verbo regis*.

En el orden económico-familiar, la fortuna de la mujer casada estaba formada por la dote, por la llamada *morgengabe* y por las pocas ropas, alhajas, vestidos y demás enseres que aportaba al matrimonio. La dote era, como ya hemos dicho, el precio de compra, en el sentido antes expuesto, del marido a la mujer, institución jurídica muy parecida a nuestras antiguas arras. La *morgengabe*, donación de la mañana, era el regalo otorgado por el marido a su mujer al día siguiente de haber contraído matrimonio, como prueba de su virginidad, y el cual regalo consistía en diez esclavos, diez esclavas, 20 caballos y varias joyas y adornos hasta el valor de 1.000 sueldos. En caso de disolución de matrimonio, la mujer recobraba los bienes aportados, y algunas veces aquéllos que constituían la dote y la *morgengabe*. Los bienes de la mujer se confundían, durante el matrimonio, con los del marido, quien, a pesar de su autoridad y potestad omnímoda, se consideraba como

(1) *Germania*, VII y VIII.

(2) *Goticæ Historiæ*. Lib. II, pág. 301. Edic., Gracio.

administrador de los inmuebles, de los que no podía disponer sin el consentimiento de su mujer. Por lo mismo, y por el carácter colectivo de la propiedad familiar germana, la mujer tampoco podía disponer de los bienes propios.

En la sociedad de gananciales tenía lugar la división de los bienes que la constituían, y que habían sido adquiridos por título oneroso. Esta división era consecuencia del concepto que se tenía de dichas adquisiciones, las cuales se suponían hechas en colaboración, por ambos esposos, excluyéndose de esta partición aquellos bienes que el marido adquiría en la guerra, bien por sí o por medio de sus esclavos, haciendo también suyos, el marido, los que obtenía con el trabajo de los siervos, aunque éstos fuesen propiedad de la mujer, en atención a que era responsable de los daños causados por los mismos. Hacía suyos estos bienes en compensación a la responsabilidad de daños que tenía.

Claro es que no todos los pueblos de raza germánica tenían en sus leyes los mismos principios jurídicos. Varios casos de esta diferenciación pueden citarse. Mientras en algunas leyes germanas y como consecuencia de la tutela del sexo, correspondía al padre la facultad de prestar el consentimiento para casarse a sus hijos, en las leyes visigóticas semejante facultad era común al padre y a la madre, y los dos podían, indistintamente, ejercerla. Otro tanto ocurre en materia de repudiación y de divorcio, en las que el derecho germánico evolucionó en sentido progresivo, dando a la mujer una mayor libertad. Los antiguos germanos tenían el derecho absoluto de poder repudiar a sus mujeres; mas para evitar los abusos que en este sentido cometían los esposos, las leyes bávaras dispusieron: «que cualquiera que repudiase a su mujer por *pura envidia*, pagaría cuarenta y ocho sueldos oro a los parientes y devolvería la dote y todos los bienes de la mujer» (1).

Entre los escandinavos, en un principio, el divorcio estaba permitido únicamente al hombre, pero más tarde se acabó por autorizarlo también a la mujer, alegando como razón «la de que ningún cónyuge puede ser obligado a vivir en compañía de otro contra su voluntad». Declaración esta última, como sostiene Letourneau, memorable y que honra a los que la formularon, ya que reconoce y

(1) *Leyes bávaras*, XIX-I.

proclama la independencia conyugal de ambos esposos; es decir, la igualdad de derecho en el matrimonio, rompiendo así con la práctica invariablemente seguida en el resto del género humano, desde los tiempos más antiguos hasta nuestros días» (1).

La participación de la mujer en los bienes de la comunidad matrimonial fué también evolucionando por distintas graduaciones al compás de la conversión, a derecho escrito, de las antiguas costumbres escandinavas. En Island, Suecia y Noruega, según el escritor Darest (2), se estableció la sociedad de gananciales, mediante pacto expreso de los futuros esposos, pacto que, en caso de inexistencia, se presumía en Islandia existente a los tres años de celebrado el matrimonio, y en Noruega por el consentimiento tácito y por el transcurso de un lapso de tiempo, que variaba según las leyes, pues el mismo Darest nos dice que para mediar la presunción de existencia de dicho pacto se necesitaban treinta años de matrimonio, según la ley de Borgonting; veinte, según la de Gulating, y solamente un año según la de Frotating. Pero en las leyes de Dinamarca y en la de Vestrogotia, la comunidad matrimonial se presumía siempre por ministerio de la ley.

Se ha considerado a esta comuidad matrimonial o conyugal como una verdadera sociedad de gananciales. Y en realidad de verdad, esta consideración no carece de fundamento, porque si bien es cierto que una ley vestrogotia (3) obligaba a la mujer al pago de las deudas contraídas durante el matrimonio en la misma extensión que al marido, no lo es menos que a la disolución de dicho matrimonio la mujer participaba en las ganancias obtenidas, recibiendo la mitad en Dinamarca y la tercera parte en Suecia, Noruega e Islandia. Y a pesar de absorber en un principio el marido toda la potestad económico-familiar hasta el extremo de obtener como tutor la administración de los bienes de la sociedad conyugal, podía la mujer, no obstante y con el fin de atender a las nece-

(1) Obra citada, pág. 467.

(2) En un hermoso trabajo que publicó en el *Journal des Savants*, en los meses de Septiembre de 1880 y Agosto de 1881, titulado *Anciennes lois Suedoises de Danemarch, de la Norvege et de l'Islande*.

(3) Véase a Beauchet en sus trabajos publicados en la *Nouvelle Revue Historique du Droit*, titulados *Du Mariage dans le Droit Islandais*, 1885, y la *Loi de Vestrogothie*, 1887.

sidades diarias de la familia, adquirir y obligarse por pequeñas cantidades, que en Dinamarca no podían pasar de cinco sueldos y de un *hore* en Noruega y medio en Islandia. Quizá pudieramos afirmar que en estos preceptos se encuentra el origen de la doctrina jurídica que inspira al artículo 62 de nuestro Código civil, como que el contenido de este mismo artículo y del 65 del mismo Código tienen un remoto precedente en aquellas leyes visigóticas, y especialmente en las de la antigua Suecia, que declaraban igual nulidad, la cual podía reclamar el marido dentro del mes de haberse otorgado dichos actos, pasado cuyo plazo quedaba convalidado, por una ficción jurídica, lo que en un principio tenía vicios de nulidad por falta de capacidad subjetiva contractual.

¿Y no será también este precepto quizás, el origen histórico de la teoría de los actos anulables?

La doctrina jurídica acerca de la tutela, sufrió igualmente una transformación progresiva en favor de la mujer.

Ya sabemos que la mujer se halló en un principio sujeta a tutela perpetua. No podía, pues, tener representación tutelar alguna. La tutela sobre sus hijos no le era permitida. Pero este principio sufrió modificaciones posteriores, y es en Escandinavia, según las *Leges Barbarorum*, donde en defecto del padre la tutela se confiere a la mujer o a la madre. Consecuencia de esta concesión es la obligación por parte de la madre tutora de rendir cuentas, anualmente, de su administración a los más próximos parientes del menor, y en caso de contraer nuevas nupcias, el deber de practicar la partición de bienes con los hijos del anterior matrimonio. También evolucionó el derecho de la mujer para contraer matrimonio en un sentido o principio de mayor libertad, a su propia voluntad, pues en la ley de *Vestrogotia* la viuda puede contraer matrimonio por sí y sin el consentimiento e intervención de los parientes, administrar sus bienes, y solamente para el caso de enagenación necesita el consentimiento de aquellas personas que hubiesen ejercido la tutela.

En el derecho de sucesión se marca igualmente la evolución jurídica, siempre progresiva, en favor de la mujer, si bien marchando todo el evolucionismo familiar. Veámoslo.

Tácito apenas habla del derecho sucesorio. En tesis general nos dice : *Heredes tamen sucesores cuique LIBERI : et nullum tes-*

*tamentum. Si LIBERI non sunt, PROXIMUS GRADUS in possessione FRATRES, PATRUI, AVUNCULI* (1).

No existía, pues, el testamento entre los germanos del tiempo de Tácito. Y siendo ello cierto, cabe preguntar : ¿ qué orden se sigue en la sucesión ? En primer término los descendientes *liberi*. Si no existen hijos, el grado más próximo excluye al más remoto. ¿ Pero heredan también las hijas ? Caso afirmativo ¿ en qué forma y porción ?

De que las hijas heredan cosa es que está fuera de toda duda. Tácito emplea la palabra *liberi*, y eset plural no tiene exclusivismos ni excepciones. Lo que dice este ilustre historiador romano es la extensión en que son llamados a heredar y si afecta o no la sucesión a toda clase de bienes.

Si nos fijamos en el carácter colectivo de la propiedad, fundado en el principio de agnación y admitimos este principio en toda su integridad, la mujer no pudo ni debió ser heredera, pues toda transmisión rompería en absoluto la reversión troncal. Sería un medio para pasar los bienes de una familia a otra distinta. Pero las leyes germanas, como todas las antiguas, reaccionaron en un sentido más liberal y amplio, y a la mujer le fueron concediendo paulatinamente derechos que en un principio no tuvo. «Las leyes bárbaras se explican perfectamente como una evolución igual a la de todos los pueblos arios, indios, griegos, romanos y celtas, que continuando en la tierra romana la obra empezada en tiempo de Tácito, prosigue con desigualdad de tiempo y de accidente, pero con igualdad de principio, el empeño de reconocer y asegurar el derecho hereditario de las mujeres (2).

La reacción, pues, aparece en las leyes germánicas, y es su primera manifestación el derecho de propiedad individual en medio de la colectiva que se le reconoce a la mujer en los bienes dota-les. Si a más de esto se admite también a la mujer en los bienes adquiridos por actos intervivos ¿ qué razón hay para excluirla de los actos mortis causa ? ¿ El llamamiento a la sucesión ? No, porque a parte de que Tácito, como hemos visto, nos habla de *liberi* y esta voz no excluye a las hijas, añade : que a falta de *liberi* son

(1) *Germania*, X. X.

(2) Pérez Pujol, *Historia de las Instituciones Sociales de la España Goda*. Tomo I, pág. 552.

llamados *proximus gradus*, y en este orden de suceder tampoco se le excluye a la mujer. Además habla Tácito de hermanos (*fratres*), tíos paternos (*patrui*) y tíos maternos (*avunculi*), y sabido es que todas las leyes en las dichas expresiones, han comprendido los dos sexos.

Pero en donde la evolución hacia el derecho hereditario de la mujer se patentiza más es en las leyes de Vestrogotia (1).

En el Código antiguo los herederos son llamados por el orden siguiente :

- 1.<sup>o</sup> Los hijos y en su defecto *las hijas*.
- 2.<sup>o</sup> El padre y en su defecto *la madre*.
- 3.<sup>o</sup> Los hermanos y en su defecto *las hermanas*.
- 4.<sup>o</sup> Los nietos del hijo y en su defecto los hijos de la *hija*.
- 5.<sup>o</sup> Los sobrinos hijos del hermano y en su defecto los *hijos de la hermana*.
- 6.<sup>o</sup> El abuelo y abuela paterno y en su defecto el abuelo materno.
- 7.<sup>o</sup> La *abuela materna*.
- 8.<sup>o</sup> El tío paterno.
- 9.<sup>o</sup> El tío materno y la tía paterna.

Este orden de suceder en la herencia confirma lo que antes decíamos ; o sea que las palabras *liberi*, *fratres*, *patrui* y *avunculi* no excluyen a la mujer en la sucesión. Lo que sucede es que la postergan en consecuencia con el hombre, pero no la incapacitan ni imposibilitan para ser heredero, faltando éste. Más tarde, y ya en el *Codex retentior* se da un paso más, y la mujer es llamada a la sucesión hereditaria aun concurriendo con los varones, aunque en porción más pequeña.

El testamento aparece más tarde en la Ley Sálica, mediante una especie de institución de herederos por *contrato entre vivos*, llamada *aftomia*, y que en el fondo constituía una donación *mortis causa*, de la que podía ser beneficiada también la mujer, según los términos y vocablos empleados por Ulfilas para fijar el concepto de esta creación jurídica (2).

(1) *Loi de Vestrogothie*, V-143. *Codex antiquior*.

(2) Antiguo y Nuevo testamento. Versión gótica editada en Leipzig en 1843. Epist. de San Pablo a los corintios, I, XV, 50. En el texto se designa con el nombre de *Arb* la herencia ; *Arbja*, el heredero, y *Arbjo*, la heredera.

La capacidad jurídica de la mujer va, pues, en aumento en el pueblo germánico, desde su anulación, en un principio, hasta llegar a una consideración familiar que le confiere un lugar preferente en el seno de la familia, dentro de la cual posee ya un peculio particular que le permite ser término subjetivo en las relaciones jurídicas *intervivos y mortis causa*.

Y ya veremos en otro artículo cómo la progresión siempre ascendente, que con unidad de miras reacciona en favor de la mujer, no pudo tampoco pasar inadvertida al Cristianismo.

JOSÉ MARÍA MENGUAL.

Notario.

(Se continuará.)

# BANCO HISPANO-AMERICANO

**CAPITAL: 100 000 000 DE PESETAS**

Domicilio social: **Plaza de Canalejas, 1. MADRID**      Sucursal del Sur: **Duque de Alba, núm. 15.**

## SUCURSALES Y AGENCIAS

Albacete, Alcira, Alcañiz, Alcoy, Alicante, Almería, Antequera, Aranda de Duero, Badajoz, Barbastro, Barcelona, Béjar, Bilbao, Burgos, Cabra, Cáceres, Cádiz, Calahorra, Calatayud, Caspe, Castellón de la Plana, Cartagena, Córdoba Coruña, Don Benito, Ecija, Egea de los Caballeros, Elda, El Ferrol, Estella, Figueras, Gandia, Granada, Guadalajara, Huelva, Huesca, Jaén, Játiva, Jerez de la Frontera, Jumilla, La Palma del Condado, Las Palmas, Linares, Logroño, Mahón, Málaga, Medina del Campo, Medina de Rioseco, Mérida, Monforte, Motril, Murcia, Olot, Onteniente, Orense, Palma de Mallorca, Pamplona, Plasencia, Pontevedra, Ronda, Sabadell, Salamanca, Sanlúcar de Barrameda, Santa Cruz de la Palma, Santa Cruz de Tenerife, Santander, Santiago, Sevilla, Soria, Tafalla, Tarrasa, Teruel, Torrelavega, Tudela, Tuy, Utrera, Valdepeñas, Valencia, Valladolid, Vélez Málaga, Vigo, Villafranca del Panadés, Villagarcía, Villarreal, Villena, Vivero, Zafra y Zaragoza.

Realiza, dando grandes facilidades, todas las operaciones propias de estos establecimientos, y en especial las de España con las Repúblicas de la América Latina. —Compra y vende por cuenta de sus clientes en todas las Bolsas toda clase de valores, monedas y billetes de Bancos extranjeros. —Cobra y descuenta cupones y amortizaciones y documentos de giro. —Presta sobre valores, metales preciosos y monedas, abriendo cuentas de crédito con garantías de los mismos. —Facilita giros, cheques y cartas de crédito sobre todas las plazas de España y extranjero. —Abre cuentas corrientes con y sin interés. —Admite en custodia en sus cajas depósitos en efectivo y toda clase de valores.

Departamento de Cajas de seguridad para el servicio de su clientela, abiertas desde las ocho de la mañana a las nueve de la noche.

Dirección telegráfica: **HISPAMER**