

El sujeto del Derecho: El sexo ¹¹

(Continuación.)

II.—PRINCIPIO GENERAL DE INFERIORIDAD DE LA MUJER EN LA ESFERA DEL DERECHO PRIVADO.—ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y EVOLUCIÓN DE SU CAPACIDAD JURÍDICA.

A pesar de la gran influencia que en los tiempos modernos ejerce la mujer en la vida de relación, y, de consiguiente, la tendencia a igualar su capacidad con la del hombre, bien puede afirmarse que como principio general, y salvas raras excepciones (2), a la mujer, jurídicamente hablando, «se la considera inferior al hombre».

Por eso, sin duda, y teniendo en cuenta las razones o causas que acabamos de indicar, ha dicho el civilista Sr. Valverde «que los modernos Códigos civiles inspíranse, por lo general, en los viejos prejuicios de la inferioridad de la mujer», legítima resonancia de textos clásicos muy prestigiosos como aquel tan expresivo de Ulpiano *quia major dignitas est in sexu virili* (3), a pesar de lo cual, y como advierte muy acertadamente el joven maestro Sr. Castan, «en derecho privado ha desaparecido la antigua incapacidad general por razón del sexo, si bien subsiste en la mayor parte de las legislaciones la incapacidad por efecto del matrimonio. Tanto

(1) Véase el número 18 de esta Revista, perteneciente al mes de Junio de 1926.

(2) Así sucede, por ejemplo, cuando por incapacidad del marido es tutora, o cuando por ausencia de aquél ejerce la administración de las fincas.

(3) Obra y tomo citado, pág. 284.

en una como en otra esfera—continúa diciendo el Sr. Castan—se advierte en todos los países un gradual y siempre progresivo avance en el reconocimiento de los derechos de la mujer» (1).

De este progreso son elocuente testimonio, en Francia, la ley de 7 de Diciembre de 1897, que ha otorgado a las mujeres la capacidad para ser testigo en toda clase de actos; en Italia, la ley de 17 de Julio de 1919, que admite a las mujeres, de la misma manera que al hombre, en el ejercicio de todas las profesiones y a ocupar todos los empleos públicos, excluyendo solamente, a no admitirlos expresamente la ley, aquellos que implican poderes públicos jurisdiccionales o el ejercicio de derecho o potestad política, o que atañen a la defensa militar del Estado; el Código del Brasil de 1919 da un avance hacia la igualdad de ambos sexos, haciendo a la mujer incapaz, por razón de matrimonio, para ciertos actos; el Código ruso soviético declara «que el sexo no ejerce influencia en la capacidad civil de las personas, y el alemán y el suizo asignan a los dos sexos la misma condición jurídica, si bien la mujer, en la esfera del matrimonio, conserva cierta inferioridad con respecto al hombre.

En nuestra patria, recientes disposiciones jurídicas, que ya estudiaremos, han modificado el antiguo sentido de la capacidad de la mujer, sin duda porque va abriéndose ancho campo la teoría feminista y se va acentuando la verdadera misión de aquélla en la sociedad (2), pues hoy, aunque es muy cierto, como afirma Francos Rodríguez, «que los hombres hacen las leyes para la totalidad de los pueblos adjudicando siempre la mayor parte a su lote» (3), no es menos cierto que, como afirma Dangennes, «sea cual fuese la sorpresa que a la mujer le reserve el porvenir, no deberá olvidarse nunca que el progreso, en su marcha, es una fuerza que hay que secundar, so pena de que la violencia de su encontrado curso nos derribe» (4). Y el progreso empuja hacia la igualdad jurídica del

(1) *Derecho civil*. Contestaciones al programa de oposiciones a Registros de la Propiedad, pág. 78. Edit. Reus. Madrid, 1926.

(2) *Misión social de la mujer*, por María Pérez de Mendoza. Edit. Saper. Valencia.

(3) *La mujer y la política española*, cap. I, pág. 15. Madrid, 1920. Edit. Pueyo.

(4) *La mujer moderna*. Edición española.

hombre y de la mujer, aunque no en su totalidad, porque no son iguales las condiciones físicas y fisiológicas de ambos sexos.

Ahora bien : ¿por qué distintas consideraciones ha pasado la mujer a través de la Historia? Veámoslo.

En Roma, la condición jurídica de la mujer varía mucho según nos fijemos en la época anterior o posterior al Emperador Justiniano. Desde luego podemos afirmar que la condición jurídica de la mujer está subordinada en Roma al concepto jurídico de la familia imperante en una época determinada.

La *familia*, y téngase en cuenta que hablamos de la familia romana, ha dicho Rossbach, citado por Ihering (1), «en sentido general, designa el conjunto de la casa doméstica, y en su sentido más limitado sólo el patrimonio o la familia sola». «La casa y cuanto la compone, toda la comunidad doméstica, forma la familia», añade Von Mayt» (2).

Pero esta casa no está formada por núcleos independientes y aislados. Todos cuantos integran la casa se hallan entre sí íntimamente unidos y sujetos a una autoridad suprema : el *pater-familias*, quien, como verdadera y única persona *sui juris*, no tenía superior alguno dentro de aquella familia. Este poder, en el orden personal, se ramificaba en tres órdenes, o se manifestaba de tres maneras : 1.º Poder dominical sobre los esclavos. 2.º Poder paterno, que actuaba sobre los hijos. 3.º Y poder marital, que se manifestaba en la autoridad sobre la mujer, que principiaba en el matrimonio.

Por el matrimonio y mediante él se constituía la familia romana, matrimonio que tenía lugar de dos maneras : *con manus* o *sin ella*, es decir, *in manu mariti* o *sine manu mariti*. La primera fórmula del matrimonio anulaba por completo la personalidad de la mujer, ya que la *manus* era la primera expresión del símbolo y del instrumento del poder del *pater-familias*. En tal sentir, la mujer nada significaba en lo que pudiéramos llamar esfera del derecho marital. Una mujer así, formando parte del matrimonio, en nada se distinguía su condición jurídica de la condición jurídica de los

(1) *El espíritu del Derecho romano*. Trad. esp., tomo II, cap. III, secc. 2.ª, pág. 176.

(2) *Historia del Derecho romano*. Trad. esp. de Rocés, libro I, sec. 2.ª, pág. 144. Edit. Labor.

esclavos y de los hijos de familia. Su situación era tanto más triste cuanto grave. Por eso algunos, sin duda, ya por hacer honor a la santidad del matrimonio, como por rendir justo homenaje de simpatía al sexo débil, han puesto en duda, repetimos, si el marido podía dar su sujer *in mancipium*, ya para venderla, ya por *noxæ datio*, aunque reputadísimos autores, como Ihering, se inclinan por la afirmativa ante la realidad de la práctica que admitió la venta aparente de la mujer.

En el matrimonio *sine manu*, la mujer gozaba de una relativa independencia con relación a su marido, pero dependía, al menos en el orden patrimonial, del padre o del tutor. Por eso se ha dicho muy bien que la mujer en Roma siempre estaba supeditada o se hallaba sujeta a un poder, pues o dependía de la autoridad marital, o ya de la paterna y otras veces de la tutelar. Y en el matrimonio *sin manus* la dependencia de la mujer lo era del padre, y en una forma tan absoluta que cuando había conflicto de poderes o de autoridad (entre el marido y el padre) triunfaba la potestad paternal.

Pero esta primitiva situación de la mujer romana fué modificándose gracias a la renovación del ambiente social y a la influencia que vino ejerciendo, al menos, en el orden moral. ¿Pruebas? Abramos la Historia de Roma y contestará por nosotros. Lucrecia influye poderosamente en la expulsión de los Reyes; Virginia ocasiona la caída del Decenvirato; la madre de Coriolano hace que su hijo deponga las armas; la mujer de Licinius Stolo motiva la entrada de éste en el Consulado; lo mismo sucede con Atanagilda, esposa de Tarquino el Viejo. Caton, a pesar de su gran autoridad, se estrelló, por causa de las mujeres, cuando trató de abrogar la ley *Apia*. Un pasaje de Cicerón proclama que *ille liber cui mulier imperat, cui legis imponit, prescribit, jubet, velat* (1); y Plutarco atribuye a Caton aquellas palabras según las cuales «en Roma, que dominaba al mundo entero, las mujeres eran las que gobernaban a los hombres» (2). A esta influencia se debió la posterior concepción del matrimonio que se basaba en una relación sagrada, dando lugar a que del mismo dijera Cicerón que era *prima so-*

(1) Cicerón : *Parad.* 6, 2.

(2) *Reg. Apoph.* Cato. 3.

cietas in ipso conjugio est, próxima in liberis, deinde una domus, communia omnia, y a que se definiera de esta manera, harto sabida de todos: *Consortium omnis vitæ, divini et humani, juris communicatio individuum vitæ consuetudinem continens*.

De ahí que en tiempo de los Emperadores cambiaran las cosas; y es el insigne Ortolan el que a este cambio dedica las siguientes palabras: «El poder marital casi no existía ya; el uso no era un medio de adquirirle; la ocupación era un medio raro, y la conarreación no se usaba mas que entre los Pontífices» (1).

Pero a este cambio cooperó también la consideración de la mujer y su situación en el llamado matrimonio «libre». En este matrimonio el derecho matrimonial se desarticula del derecho filial, y, formando rama independiente y teniendo vida propia, en él, la mujer ya no es la subordinada al marido como en el matrimonio *in manus*, sino la compañera.

La mujer ya no cambia de familia agnaticia ni sufre *capitis diminutio* alguna. Así es que, si antes del matrimonio era persona *sui juris*, dentro del matrimonio continúa siéndolo. Aquí el marido tiene sobre la mujer la potestad patria del *jus gentium* que se ejerce con dulzura y con respeto, no dando al marido otro derecho que el de la *comunidad de vida*, hasta el punto que si aquélla es sustraída por un tercero, aunque fuese su padre, el marido puede interponer el *interdictum de uxore exhibenda ac ducenda*, interdicto cuyo principio formula Hermogeniano en estos términos: *De uxore exhibenda ac ducendam pater etiam, qui filiam in potestate habet, ac maritu recte convenitur* (2).

Véase, pues, cómo va transformándose en sentido progresivo, para la consideración de la mujer, el derecho del pueblo romano.

JOSÉ M.^a MENGUAL.

Notario.

(Se continuará.)

(1) *Historia de la legislación romana*. Trad. esp. de Pérez de Anaya y Pérez Rivas. Resumen de la época de los Emperadores, pág. 748.

(2) L. 2-D. De lib. exhib.