

# El sujeto del Derecho: el sexo

I. SILENCIO DEL CÓDIGO CIVIL ACERCA DEL «SEXO», COMO PRINCIPIO GENERAL, EN SU ARTÍCULO 32.—DENTRO DE LAS CAUSAS NORMATIVAS DE DERECHO, EL SEXO ¿RESTRINGE O MODIFICA LA CAPACIDAD DE OBRAR?—II. PRINCIPIO GENERAL DE INFERIORIDAD DE LA MUJER EN LA ESFERA DEL DERECHO PRIVADO. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y EVOLUCIÓN DE SU CAPACIDAD JURÍDICA.—III. MODERNAS TENDENCIAS DOCTRINALES. EL FEMINISMO. TEORÍA DE LUIS BRIDEL.—IV. SÍNTESIS DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL HOMBRE Y DE LA MUJER EN LAS DISTINTAS INSTITUCIONES DE DERECHO PRIVADO.—V. NUEVAS CONCESSIONES A LA MUJER EN EL ORDEN DEL DERECHO POLÍTICO : EL ESTATUTO MUNICIPAL

*I. Silencio del Código civil acerca del «sexo», como principio general, en su artículo 32. Dentro de las causas normativas de Derecho, el sexo ¿restringe o modifica la capacidad de obrar?*

Recordemos que el Código civil, al determinar lo que el legislador ha llamado restricciones de la personalidad jurídica, y que para nosotros son estados normativos que determinan en el individuo su capacidad de obrar (1), ha mencionado únicamente, como

(1) Véase el concepto de los estados normativos de derecho en nuestros estudios *Síntesis elemental de Derecho civil*, tomo I. También Ferrara en su *Diritto civile italiano* se ocupa, aunque muy someramente, de estos estados normativos, y entre nosotros, el eminentísimo maestro Sr. Castan, en sus *Contestaciones al programa de oposiciones a Registros* (Derecho civil) inicia esta cuestión, siendo de desear que la desenvuelva en posteriores estudios, con esa competencia que puede con orgullo ostentar y que daría muchísima luz en esta materia.

causas restrictivas, en el párrafo segundo del artículo 32, «la menor edad, la demencia o imbecilidad, la sordomudez, la prodigalidad y la interdicción civil». Para nada ha nombrado otras causas o estados que se traducen en normas jurídicas para el obrar del individuo, entre cuyos estados se ha callado también el del «sexo» como principio general determinante de una posterior serie de relaciones jurídicas productoras de efectos jurídicos, muy diversos en el orden general o en la esfera del Derecho privado.

Y no es que para esas mismas relaciones jurídicas no haya tenido en cuenta la condición sexual del individuo nuestro legislador, no ; esa condición ha sido el eje sobre el cual han girado todas las instituciones familiares, testamentarias y contractuales, como tendremos ocasión de verlo más adelante. Lo que ha sucedido es que el sexo, y sobre todo en una de sus ramas principales, que se ha llamado la mujer, jamás se le ha tenido por sí solo como determinante de esas mismas relaciones, sino que, para concretar sus efectos, se le ha relacionado con otros estados normativos, como la edad, el parentesco, la familia, el matrimonio, etc. Y así vemos al legislador diferenciar a la mujer del hombre en la edad, en el matrimonio, en la patria potestad, en la tutela, en el régimen de bienes matrimoniales, en el período de ausencia previsoria, en la declaración judicial de ausencia, en la capacidad para testar y para testificar, y en otra multitud de relaciones jurídicas que tendremos ocasión de estudiar más adelante.

Y como el legislador, en vez de partir de un principio general, ha descendido a detalles en las distintas instituciones jurídicas, le ha faltado sentar un principio general de capacidad, como lo ha sentado en todos los demás estados normativos, al declarar en dicho artículo 32 «que los que se hallan en cualquiera de las causas allí determinadas son susceptibles de derechos y obligaciones». Bien pudo decir también «que el sexo es un estado jurídico o una causa determinante de derechos y obligaciones, que se producen de una manera distinta según la condición sexual del individuo». Y sentado así, en términos generales, descender luego en forma metódica a regular las relaciones jurídicas consecuencia de aquella declaración general. Pero no lo ha hecho, sino que, por el contrario, olvidando el principio general, ha substraído de la declaración primordial contenida en el dicho artículo 32, un estado normati-

vo de derecho que, por su relación tan íntima con la edad y el nacimiento, tanta importancia tiene en la vida de relación social y jurídica del individuo, cual es el «sexo».

Por eso decimos que el Código civil, en su artículo 32 ha guardado injustificado silencio acerca del «sexo» como estado normativo o causa restrictiva de la capacidad jurídica.

Lo que ha sucedido y sucede también es que el mismo fenómeno psicológico que se da en las facultades anímicas lo encontramos en los estados normativos. Allí, ni la sensibilidad, ni la inteligencia, ni la voluntad actúan sola y aisladamente, sino que se producen en una vida de relación íntima y continua, de tal manera que el individuo, al sentir, por ejemplo, se da perfecta cuenta del estado de sensación, determinándose por un acto de su autónoma voluntad a quererlo o dejarlo ; de la misma manera que todo conocimiento es sentido y querido, o todo estado de voluntad se refleja en el conocimiento del mismo y en la sensibilidad que excita y sobre la cual actúa. Este mismo fenómeno ocurre en los estados normativos de derecho ; y así vemos la edad influir sobre el hombre o sobre la mujer, determinando distintos efectos jurídicos, como vemos que influye el «sexo» en las distintas edades individuales, al igual que en cualesquiera otros estados normativos, produciendo consecuencias jurídicas, muy diversas por suerte.

Y como esta influencia armónica que constituye una vida de cooperación jurídica se da de una manera directa, y más entre la edad y el sexo, el legislador ha prescindido el estudiar éste en tesis general, como lo ha hecho con el primero.

Ahora bien : ¿ Dentro de las causas normativas de derecho, el «sexo» restringe o modifica la capacidad de obrar ?

Si nos colocamos dentro de la doctrina o tesis jurídica de los que admiten causas restrictivas o modificativas de la personalidad jurídica o de la capacidad de obrar, no cabe duda que el «sexo» será una causa modificativa o restrictiva, según desde el punto de vista que nos coloquemos o de la posición doctrinal que adoptemos ; pero como nosotros no admitimos ni causas restrictivas ni modificativas, sino estados normativos de derecho, de aquí que conceptuemos el sexo como uno de dichos estados.

Sin embargo, colocándonos desde el punto de vista de la doc-

trina reinante, veamos si el «sexo» es causa modificativa o restrictiva.

Desde luego, lo consideramos como causa restrictiva. Partiendo de una declaración general y primaria de un estado universal de capacidad, el «sexo» no puede modificar esta capacidad, porque toda modificación implica necesariamente una transformación de principios para dar lugar a otros nuevos. Y el «sexo» no es que anule un estado primordial de capacidad para convertirlo en otro estado distinto, no ; lo que hace es ocasional o motivar un estado normativo de derecho, restringiendo o modificando dicha capacidad, pero no jamás *novándola*, como diríamos jurídicamente, y con relación a los contratos ; y en donde no hay *novación* no puede haber modificación. Y como en todos estos momentos jurídicos que se producen por la acción o influencia del sexo, no existen más que preceptos jurídicos que regulan estos momentos, según la distinta situación, de aquí que el «sexo» no sea ni más ni menos que un estado normativo, pero no una causa modificativa ni restrictiva de la capacidad de obrar.

Los autores no hablan del «sexo» como causa modificativa ni restrictiva, sino como un estado normativo propio de la mujer, influenciado por la vida matrimonial o por el matrimonio. Así, por ejemplo, Capitant fundamenta la incapacidad de la mujer en el matrimonio (1). Ferrara, después de hablar de la incapacidad de la mujer que resulta de derecho público, sienta el principio que su posterior incapacidad nace de su condición en el seno de la familia (2). Y Ruggiero, después de sostener el principio general de igual capacidad en el hombre que en la mujer, reconoce la diferencia, la cual nace de la diversidad fisiológica y de la necesidad de mantener la unidad familiar (3).

En nuestra patria, algunos tratadistas hablan del sexo en forma demasiado sintética, considerándolo como causa modificativa de la capacidad de obrar. Así, por ejemplo, Valverde sostiene «que el «sexo» ha sido siempre considerado como una causa modi-

(1) *Introduction à l'étude du Droit civil*, troisième partie, chapitre premier, parr., 5, pag. 187.

(2) *Trattato de Diritto civile italiano*, sezione III, capitolo XI, 104, p. 504.

(3) *Instituzioni di Diritto civile*, II, cap. X, par. 36, p. 301.

factiva de la capacidad de obrar, y en virtud de él, las personas han gozado de distintos derechos, según que hayan sido varones o hembras, hombres o mujeres» (1). Sánchez-Román hace la misma afirmación, y añade: «el «sexo» distingue a las personas en hombres y mujeres» (2). También Clemente de Diego hace algunas consideraciones al sexo en general (3). Pero todos ellos inmediatamente abordan la cuestión del sexo desde el punto de vista de la mujer, la que pasan a estudiar en sus distintas situaciones jurídicas y en sus diversos estados de soltera, casada y viuda, sin estudiar el «sexo» en general. Así ocurre con el ilustre estadista Sr. Castan (4); y algunos, como Demófilo de Buen, sin hablar del sexo entran en el estudio de las distintas situaciones jurídicas en que se puede encontrar la mujer (5).

JOSÉ MARÍA MENGUAL.

Notario.

(1) *Tratado de Derecho civil español*, t. I, cap. 3.<sup>º</sup>, pág. 281.

(2) *Estudios de Derecho civil*, t. II, sec. 1.<sup>a</sup>, cap. 7.<sup>º</sup>, p. 176.

(3) *Curso elemental de Derecho civil*, t. II, lec. 27, p. 133.

(4) *Derecho civil. Contestaciones a los programas de Notarías y Registros*. Creemos que el Sr. Castan, en algún día no lejano abordará esta cuestión, dotando a la ciencia jurídica de un estudio digno de su gran sabiduría.

(5) Notas al *Curso elemental de Derecho civil* de Colin y Capitant. Traducción española Editorial Reus, t. II, vol. II, p. 407.