

# Capacidad Jurídica de la mujer casada

(Ensayo de Derecho comparado italo-hispano-americano)\*

POR

**DIEGO ESPIN CANOVAS**

*Doctor por la Universidad de Bolonia  
y Decano de la Facultad de Derecho  
de la Universidad de Murcia*

## SUMARIO :

- I. DERECHO DE FAMILIA COMPARADO.
- II. RELACIONES PERSONALES EN EL MATRIMONIO.
  - a) Sistema de la potestad marital (España, Chile, Perú).
  - b) Sistema de la jefatura marital (Italia, El Salvador).
  - c) Sistema de la codirección matrimonial (Méjico).
- III. RELACIONES PATRIMONIALES EN EL MATRIMONIO.
  - A) Elección de sistema económico.
    - a) Libre elección (Italia, España, etc.).
    - b) Elección forzosa entre la separación y la comunidad de bienes (Méjico).
    - c) Régimen legal forzoso de comunidad de ganancias sin posible elección divergente (Perú).
  - B) Régimen legal supletorio.
    - a) Sistema de separación de bienes (Italia, El Salvador).
    - b) Sistema de comunidad de ganancias (España, etc.).
  - C) Licencia marital.
    - a) Abolición de la licencia (Italia).
    - b) Necesidad de la licencia (España).

---

(\*) Conferencia pronunciada en Bolonia en el *Istituto di Diritto Comparato Italo-Ibero-Americano*, dependiente de la Universidad de Bolonia y del Real Colegio Mayor de España en dicha ciudad, el día 5 de abril de 1960.





I

EL DERECHO DE FAMILIA COMPARADO

El Derecho de Familia es uno de los campos más propicios para los estudios de Derecho comparado. La diversa realidad social de la estructura familiar entre unos países y otros, se traduce jurídicamente en una amplia gama de instituciones familiares. La comparación de esas divergencias permite establecer sistemas y graduar las diferencias, situando entre extremas contraposiciones, eclecticismos intermedios, tipos puros y sus variedades.

Por esta susceptibilidad comparativa del Derecho familiar, se habla dentro de su ámbito, con frecuencia, de sistemas: sistemas matrimoniales, sistemas económicos del matrimonio, sistemas de capacidad de la mujer casada. Definidos los sistemas, se muestra la fecundidad del Derecho comparado al permitir contrastar ventajas e inconvenientes de cada uno, estableciendo incluso leyes evolutivas entre los varios sistemas.

En el marco de estos estudios comparativos realizamos este breve ensayo dedicado preferentemente al Derecho italo-español, pero también con algunas referencias al Derecho americano de raíz hispana.

Examinamos, bajo este ángulo comparativo, las relaciones personales y patrimoniales en el matrimonio, destacando en cada uno de estos aspectos la posición de la mujer en relación con el marido.

## II

## RELACIONES PERSONALES EN EL MATRIMONIO

Las relaciones personales entre los esposos se regulan todavía bajo el modelo de fuerte potestad marital en España, Chile, Perú y algunas otras Repúblicas americanas, mientras que la simple jefatura marital es el sistema vigente en Italia y también en El Salvador, Argentina, Brasil; finalmente la completa igualación de derechos entre marido y mujer tiene una manifestación destacada en el mundo latino-americano, en Méjico.

a) En España, rige todavía, después de la reforma de 1958, la potestad marital, por la cual la mujer debe prestar obediencia al marido (art. 57), correspondiéndole también a éste su representación, hasta el punto de que la mujer no puede, salvo excepciones, comparecer en juicio sin licencia de su marido (art. 60). La reforma de 1958, que indudablemente ha favorecido a la mujer, ha sido, sin embargo tímida en este punto, ya que nuestras ideas no son las mismas de hace un siglo cuando se preparaba la codificación civil española. Oigamos en efecto, a dos figuras muy representativas de su época, García Goyena y Benito Gutiérrez. García Goyena al comentar el deber de obediencia de la mujer escribe en sus conocidos Comentarios: «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... la mujer debe obedecer 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» (1); añadiendo respecto a la representación procesal de la mujer

---

(1) I, 73.

por el marido que ésta «como por un común acuerdo de todos los legisladores, viene a ser una verdadera menor de edad» (2).

Benito Gutiérrez, escribe en 1862 que «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 este problema» (3).

Congruentemente con estas ideas el Código penal de 1870 a propósito del delito de lesiones que las mujeres causaren a sus maridos se refiere a éstas con la expresión de «mujeres desobedientes» (art. 603, n.º 3).

La reforma de 1958 pudo atenuar, a mi juicio, ese deber de obediencia y suprimir la representación procesal, sistema propio de los incapaces, así como la licencia para comparecer en juicio, sin abandonar por eso el principio de jefatura marital.

En cambio el balance de la reforma española es favorable a la mujer en otros puntos; se considera el adulterio de ambos cónyuges en igualdad de condiciones, como causa de separación matrimonial (art. 105) al suprimir la antigua diferencia que exigía que el adulterio del marido fuese con escándalo público o menosprecio de la mujer, diferencia mantenida en cambio en Italia (art. 151, ap. 2). Otra igualación es operada al suprimir la antigua causa de pérdida de la patria potestad de la mujer viuda que pasase a segundas nupcias (art. 168), que ahora conserva igual que el marido binubo; según el Código italiano, decide el tribunal sobre la educación de los hijos y administración de sus bienes, que pueden corresponder a la mujer viuda que pasa a nuevas nupcias o no (art. 340). También para el nombramiento de tutor testamentario se otorgaba preferencia al nombrado por el padre, mientras que ahora se prefiere al designado por aquel de los padres que hubiere ejercido últimamente la patria potestad (art. 209 ref.). Durante la tramitación de los juicios de separación o nulidad matrimonial se ha suprimido el *depósito* de la mujer mayor de edad, mientras que para la menor de edad se mantiene una custodia, con espíritu y denominación más adecuados; se regula la continuación en el uso del domicilio común que puede corresponder a la mujer igual que al marido, según el interés familiar, cuestión hoy día trascendente (arts. 67 y 68).

En los países americanos está en vigor la potestad marital en Chile, cuyo código civil la define incluso, como «el conjunto de derechos que las leyes conceden al marido sobre la persona y bienes de la mujer» (art. 132); también en el Perú, que ha conocido ya cuatro codificaciones civiles (la

(2) I, 78.

(3) Códigos o Estudios fundamentales, I, 166.

de 1836, de Bolivia, la de 1851 de Castilla, la de 1852 y la de 1936), aunque en la última (consecuencia de la Constitución de 1933), influida por ideas feministas, se suaviza la potestad marital.

b) En Italia la potestad marital es más atenuada, tanto por la supresión en el Código de la mención del deber de obediencia, «alquanto cruda», como dice Barassi (4), como por la abolición de la licencia marital en 1919, ya indicada. Sin embargo, es mantenida expresamente la tradición latina de jefatura familiar del marido (art. 144), de la que son consecuencia para la mujer, llevar su apellido (que en España sólo el uso social consagra, pero sin expresión legal), participar de su condición civil y seguirle adonde fije su domicilio, como acontece en España. Resulta, pues, en el orden personal un sistema muy próximo al español, si bien suavizada la aspereza del deber de obediencia, por lo que la doctrina sigue hablando de este deber (5) al que correlativamente se corresponde como en España un deber de protección del marido, que comprende el tener consigo y asistir a la mujer (art. 145), deber independiente del recíproco de alimentarse los dos esposos.

Entre otros países de latino-america, El Salvador, por virtud de modificaciones operadas en el viejo Código de 1860, suprimió la potestad marital por ley de 1902, manteniendo una jefatura del marido análoga a la vigente en Italia (art. 182, ap. 2).

c) Finalmente, el sistema de igualdad jurídica fué implantado en Méjico por la ley sobre Relaciones familiares de 1917, derogando la potestad marital impuesta por los códigos de 1870 y 1884. El nuevo sistema pasó al Código federal de 1928, según el cual «el marido y la mujer tendrán en el hogar, autoridad y consideraciones iguales» (art. 167), dirimiendo el juez los posibles desacuerdos (art. 168).

Parece que la evolución en las relaciones personales, va de la absoluta sumisión de la mujer bajo la potestad marital, a la completa igualación de los cónyuges en la participación de la jefatura familiar. Sin embargo esta última etapa, salvo excepciones, no ha sido alcanzada aún por los países latinos, que conservan el principio de jefatura marital, adaptado a las ideas actuales y a la incorporación de la mujer a la vida laboral.

(4) *La famiglia legittima*, 3.<sup>a</sup> ed. Milano, 1947, p. 182.

(5) BARASSI, p. 182, Ruggiero.

## III

## RELACIONES PATRIMONIALES EN EL MATRIMONIO

Los países latinos admiten, generalmente, el principio de libertad de pactos nupciales para regular el patrimonio de los esposos, pero como el uso de estos pactos no es frecuente en nuestra época, tiene más importancia práctica, el estudio del régimen legal previsto en defecto de pacto. De los regímenes posibles (separación de bienes, comunidad absoluta o sistemas intermedios o combinados), encontramos muestras en estas legislaciones, que ofrecen aquí abundante materia comparativa: Italia establece la separación, España la comunidad de ganancias o gananciales, sistema seguido por numerosos países iberoamericanos, con algunas variantes. Con diverso enfoque, el Código mejicano federal de 1928 introduce un sistema de elección forzosa por los contrayentes entre la separación y la comunidad de bienes, sin cuya elección el Oficial del Registro no procederá a la celebración del matrimonio; se desea una efectiva voluntad electiva, eliminando como ficticia la presunción legal que implica un régimen supletorio. En sentido opuesto, en Perú, el Código de 1936, no admite la convención matrimonial, imponiendo como régimen legal obligatorio la comunidad de gananciales, combinada con los bienes reservados de la mujer, adquiridos por su trabajo.

La fundamental divergencia en esta materia, separación o comunidad de bienes, se entrecruza con la cuestión de la licencia marital, proyección en lo patrimonial de la potestad marital sobre la persona de la mujer. En este punto, también difieren las legislaciones, pues en España se conserva la licencia marital para numerosos actos jurídicos, aun después de la ley de 1958, mientras en Italia desapareció en 1919.

Esta diversidad de regímenes legales en defecto de pacto, en los países latino-americanos, exige el parangón del régimen italiano de separación



con la situación excepcional en España en que tiene lugar la separación; asimismo la comparación entre el régimen legal español de gananciales con el convencional italiano de la comunidad.

a) Comunidad en Italia y gananciales en España.

Ambas formas de comunidad coinciden esencialmente en cuanto que están limitadas a las adquisiciones futuras de los esposos a título oneroso, bien a costa de bienes comunes o procedentes del trabajo e industria, y a los frutos y utilidades de todos los bienes, incluso particulares de cada uno, presentes o futuros (arts. 217 it. igual al 1401 esp.). Los derechos de los cónyuges sobre los bienes de la sociedad o comunidad, son iguales cuantitativamente (arts. 227 it. y 1392 esp., salvo pacto de reparto desigual que permite el Código italiano, art. 219), y cualitativamente, lo que se concreta en el derecho a hacer efectiva la respectiva participación al disolverse la comunidad (arts. 227 it. y 1392, 1426 esp. y Sent. T. S. esp. 15 marzo 1945), aunque sin poder disponer de ella antes, a diferencia de la copropiedad romana.

Esta igualación de ambos cónyuges en la titularidad de los bienes comunes y en la participación final en las eventuales ganancias, se rompe en orden a la administración y disposición a título oneroso de los bienes comunes, que está confiada sólo al marido (arts. 220 it. y 1412, 1413 esp.), de acuerdo con su jefatura familiar, aunque en casos excepcionales de imposibilidad del marido (ausencia, etc.), se confían a la mujer tales poderes (arts. 222 it. y arg. 154-159 esp.).

Si hasta aquí el régimen de la «comunione degli utili e degli acquisti» y de la «sociedad de gananciales» presentan un completo paralelismo, en líneas generales, en cambio en relación con los actos dispositivos a título oneroso (a título gratuito no son posibles: arts. 220 it. y 1415 esp.), la ley de reforma del Código civil español de 24 de abril de 1958, ha introducido una importante modificación, al exigir el consentimiento de la mujer, que separa grandemente ambas regulaciones legales. En efecto en el Código italiano, como antes en el español, el marido puede realizar por sí los actos de disposición a título oneroso, sin contar con la mujer (art. 220 it.), mientras que en el modificado código español se requiere el consentimiento de la mujer «para los actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles» (art. 1413, ap. 1). Esta innovación española era ya exigida en Chile, en que el marido administrador de la comunidad de gananciales, necesita el consentimiento de la mujer para los actos dispositivos, o la supletoria licencia judicial (art. 1749).

Para terminar con el parangón entre ambas comunidades de ganancias, hay que aludir a la liquidación de dicho régimen, pues aquí también encontramos normas distintas en ambos códigos. El italiano permite a la mujer, a la disolución de la comunidad, renunciar a la misma o aceptarla

con beneficio de inventario (art. 227, ap. 2) para liberarse de las deudas, si el pasivo excede al activo; esta irresponsabilidad de la mujer por las cargas de la comunidad es el lógico contrapeso de su no intervención en la administración y disposición sobre los bienes comunes.

El Código español no hace responsable a la mujer de las deudas de la sociedad de gananciales (salvo por los gastos usuales de la familia que ella causare, art. 1385, ap. 2), por lo que solamente los bienes dotales responden de dichas deudas, pero no los parafernales. Por tanto la mujer no tiene por qué renunciar a la sociedad de gananciales al proceder a su liquidación ya que no responde de su pasivo, excepto con los bienes dotales afectos a las cargas matrimoniales (6).

b) Separación de bienes.

El régimen italiano de separación comparado con la separación de bienes en España, se diferencia ante todo por su diverso carácter pues prescindiendo de la separación convencional en la que hay que estar a los términos del pacto, así como de los supuestos de separación judicial (ausencia, divorcio, interdicción civil: art. 1433), la separación como régimen legal excepcional se impone en España con carácter sancionador por la infracción de ciertas prohibiciones matrimoniales (art. 50 en relación con el 45).

Aparte su diverso carácter, en ambos códigos cada cónyuge retiene la administración y disposición separada de sus bienes (art. 50-1.ª esp.), pero en España, por consecuencia de la institución de la licencia marital, afirma la doctrina, ante el silencio legal, que la mujer no puede realizar actos dispositivos sin licencia del marido (7), llegándose a afirmar que también la precisa para obligarse (conforme a los arts. 60 y 61) (8). La licencia, no exigida expresamente por el código en este caso, resulta contradictoria con el régimen de separación absoluta de bienes y por otra parte agrava la situación de la mujer cuando no participa de las ganancias del marido, al necesitar en cambio su licencia. Nuestra doctrina no ha superado adecuadamente la laguna legal.

También difieren los bienes parafernales por la necesidad de la licencia marital en España para los actos dispositivos (art. 1337 esp.), siendo por lo demás su regulación paralela en ambos países conforme a la común tradición romanista.

En América, la República de El Salvador impone como régimen legal de bienes, en defecto de capitulaciones, la separación de bienes con libre administración para ambos esposos sobre sus bienes presentes y futuros y

(6) Espín, *Manual IV*, 188.

(7) Castán, Puig Peña.

(8) Royo, M. Scaévola.

sus frutos (art. 186), sin necesidad de licencia marital para la mujer (art. 189), correspondiendo el sostenimiento familiar al marido y subsidiariamente a la mujer (art. 191).