

## Derecho Civil

# La capacidad jurídica de la mujer casada

Por el Profesor L. JULIOT DE LA MORANDIERE,

Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de París.

El notable jurista L. Juliot de la Morandière, hoy decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de París, dictó, en Lima la interesante conferencia, cuya traducción del francés publicamos a continuación. Relator de la Comisión constituida por el Gobierno de su país para redactar el proyecto de ley que modificó las reglas del Derecho Civil sobre la capacidad jurídica de la mujer casada, nadie podía tratar con más autoridad el tema objeto de dicha conferencia.

**Xavier Kiefer-Marchand.**

---

El Derecho francés adquirió considerable prestigio con el Código de Napoleón. Actualmente, se tiende a presentarlo muchas veces como un Código algo envejecido, superado por la evolución moderna. Sin embargo, esto no es cierto. Francia es —y creo que éste es su rasgo dominante— el país de la medida y del equilibrio. Lo que ha constituido la belleza del Código Civil, no es únicamente su forma tan sencilla, tan concreta, tan asequible para todos, sino también su moderación y su sentido tan profundo de las realidades. Fué, esencialmente, una obra de transacción y de rectificación. A fines del siglo dieciocho, el poder del Estado, los restos del sistema feudal, la reglamentación directa del comercio por las corporaciones, etc., pesaban fuertemente sobre los espíritus. Se ansiaba libertad. La Revolución fué una explosión de individualismo. Naturalmente, como sucede con todas las revoluciones, se cometieron muchos excesos. Se creyó que la palabra mágica de “libertad” bastaría para resolverlo todo. Se constató muy pronto que la libertad absoluta engendra la licencia. Fué necesario restaurar la seguridad. Esta fué la obra de Napoleón. El Código Civil

es una transición. Conserva la esencia de las conquistas de la Revolución; proclama los derechos del individuo a la libertad y a la propiedad. Pero, redactado por hombres que habían pertenecido a la práctica jurídica del Antiguo Régimen, se inspiró profundamente en las costumbres tradicionales de Francia: continuó la obra de los grandes jurisconsultos de los siglos diecisiete y dieciocho, principalmente Domat y Pothier. Y es porque sus raíces estaban profundamente arraigadas en las más fuertes tradiciones del pueblo que ha logrado conservarse hasta nuestros días.

Pero, naturalmente, si nuestro Código sigue siendo la armazón, y la firme armazón de nuestra organización civil, esta ha seguido los progresos de la evolución. La vieja casa ha sido y no deja de modernizarse. Pero, Francia no considera necesario abandonar las bases sobre las cuales ha construido su morada. Queda convencida que es posible lograr el progreso social necesario sin renunciar por ello a los principios de la libertad civil. Tiene un anhelo de progreso y de adaptación, pero desconfía de los cambios bruscos que originan trastornos. Su experiencia, más que milenaria, le enseña que en el fondo no hay nada muy nuevo bajo el sol; que las pasiones de los hombres son siempre las mismas; que el problema se discute siempre entre dos grandes instintos: el individualismo que lleva al hombre a exaltar su propia personalidad para su propio interés; y el instinto social, que sólo considera el interés de los grupos y que tiende a sacrificar los intereses individuales a los intereses comunes. La verdad se encuentra en el equilibrio. El derecho francés trata de lograrlo en todas las actividades.

Esto lo vamos a comprobar con motivo del problema que hoy nos interesa y que voy a desarrollar a continuación: la capacidad civil de la mujer casada en el Derecho francés. No hablaré del papel de la mujer en la vida pública, ni de sus derechos políticos. Soy un civilista y deseo permanecer en un terreno que conozco. Pero, tal como lo concibo el tema de las relaciones jurídicas entre los esposos es ya bastante amplio.

Es un tema del cual puedo hablar con cierta competencia. En efecto, fui relator de la Comisión constituida por el Gobierno Francés para redactar el proyecto de ley, presentado al Senado en 1932 por el Sr. René Renoult, Ministro de Justicia, y que, en parte, se ha convertido en la ley del 18 de febrero de 1938, que ha modificado profundamente las reglas de nuestro Código Civil.

Se trata de una cuestión de interés general, ya que el problema se plantea en todos los países. En todas partes se modifica el papel de la mujer, pues la evolución de las costumbres es paralela en todas partes. Los diarios nos han informado hace poco que es la Reina de Inglaterra y no el Rey quien ha colocado la primera piedra del nuevo Palacio de la Corte Suprema de Justicia, en Ottawa. Y, para justificar su iniciativa, la Reina se expresó en estos términos: "No es tal vez impropio, dijo, que la ceremonia de hoy sea presidida por una mujer, puesto que, en una sociedad civilizada, la situación de la mujer descansa sobre la ley. Y Canadá puede enorgullecerse de ser un país donde reina el derecho". Estas palabras tuvieron gran repercusión entre los feministas del mundo entero. En efecto, el Derecho tiende, en la actualidad, a reconocer a la mujer una situación más franca, más in-

dependiente, más de acuerdo con el verdadero papel que ésta desempeña en la sociedad.

Y, precisamente, esta tendencia del derecho moderno se afirma en nuestros dos países: en el Perú y en Francia. Hemos modificado nuestros textos sobre este punto; ustedes en vuestro código de 1936, y nosotros por nuestra ley del 18 de febrero de 1938.

Veremos, a continuación, que el espíritu dentro del cual se ha verificado la reforma es el mismo: espíritu de conciliación entre la tendencia tradicional que preconiza el respeto de la familia, base de la sociedad, y el movimiento moderno, que desea asegurar a la mujer la independencia necesaria.

---

Para darnos cuenta exacta del cambio realizado, es necesario recordar cuál fué el estado de derecho anterior.

Este estado podía resumirse en la fórmula siguiente de nuestro artículo 213: "El marido debe protección a la mujer, la mujer obediencia al marido". Fórmula que reproducía el artículo 175 del Código Civil peruano de 1852. "La mujer debe obediencia al marido". La organización familiar estaba, por consiguiente, basada en el principio autoritario, o totalitario como se diría hoy día.

Los juristas discutían sobre el origen y el fundamento de esta subordinación de uno de los esposos al otro. Algunos espíritus desconfiados, misóginos, solteros empedernidos o maridos víctimas de desgracias conyugales, han pretendido que la mujer había sido asimilada por el Código al menor de edad y al loco y sometida a la tutela de su marido, porque necesitaba protección; es un ser débil, incompetente para los negocios y, al tratar de ella se habla de "infirmas sexus" y aún de "imbecilas sexus", resucitando, de esta manera, viejos textos, escritos en un pésimo latín. Este razonamiento parece inexacto; si fuera cierto que la mujer, porque es mujer, necesita protección y debe ser puesta bajo tutela; ¿por qué no se procede de igual manera con la mujer soltera o viuda?

La verdad es que la subordinación de la mujer al marido se explica históricamente por la noción de la cohesión familiar. La unión del hombre y de la mujer constituye la base de la familia; ésta forma una sociedad que dá lugar a una comunidad de intereses morales y económicos. Para que exista y prospere, debe ser fuerte, fuertemente unida. Por esto se ha pensado que la cohesión familiar impone la necesidad de una autoridad, la necesidad de un jefe. La naturaleza quiere que este jefe sea en principio el marido, porque él es el más fuerte, es él quien, en el mundo primitivo, (y, a pesar de nuestra aparente civilización, ¿acaso estamos tan lejos de esa época?) defendía con las armas la vida de la familia, aseguraba su subsistencia, discutía los negocios, etc.. Era, además, la antigua tradición del derecho costumbrista francés, inspirado él mismo, en gran parte, en los antiguos conceptos germánicos. "Por costumbre, escribe uno de nuestros antiguos autores, la mujer está en poder del marido". Se admite, aún, un derecho de corrección para el marido; este puede "castigarla razonablemente, sin estropearla". Sin embargo, aún tratándose de esa época, hay que hacer reservas. En las provincias del sur de Francia, en las

provincias donde regía el derecho escrito, donde existía una influencia de las tradiciones más liberales del derecho romano, no se admitía un poder marital tan absoluto: la mujer no se hallaba sujeta a una incapacidad general. Y, en todas partes, los hábitos moderaban la rigidez de las costumbres. La mujer tiene de hecho una influencia considerable, muchas veces preponderante, en el hogar. Recuerden lo que dijo Molière, al referirse a Chrysale, en "Las Mujeres Sabias":

Ha recibido del cielo cierta bondad de alma  
Que le hace desear todo lo que desea su mujer.

En tiempos de la Revolución, época de individualismo, de libertad, se produce una reacción contra la fuerte organización familiar. Se admite el divorcio, se otorgan derechos a los hijos naturales y se piensa suprimir el poder marital. Era lo que pretendía hacer el proyecto de Código Civil, presentado, en 1797, por Cambacérés.

Cuando se redactó el Código de 1804, se volvió a las ideas tradicionales. Se consagra, por el contrario, en términos precisos, el poder marital y el deber de obediencia de la mujer. Ustedes saben que, en los últimos años de la Revolución, se había producido un relajamiento total de las costumbres, la sociedad estaba destrozada. El Consulado desea restablecer el orden. La influencia personal de Bonaparte no fué extraña a esta actitud. Este militar tenía una idea bastante simplista de las relaciones entre el marido y la mujer. "La mujer, decía, es la propiedad del marido como el árbol frutal, que produce los frutos, es la propiedad del jardinero".

Es así como, durante todo el trascurso del siglo XIX<sup>o</sup>, la mujer casada está legalmente bajo el poder casi absoluto del marido. De esta situación se sacan tres consecuencias importantes:

**1<sup>o</sup>)—La mujer está sometida al marido para el gobierno  
de su propia persona.**

El propio Código lo precisa. La mujer está obligada a vivir con el marido y de seguirlo en cualquier lugar donde le plazca a éste residir. Esta obligación está sancionada de manera severa. Un fallo de la Corte de Chambéry, del 27 de Octubre de 1931, ha admitido, por lo tanto recientemente, que el marido podía obtener "manu militari" el reintegro de su esposa al domicilio conyugal. Sin embargo, las costumbres y la jurisprudencia admitían cierto acomodamiento: si el marido escoge una residencia que pone en grave peligro la salud o aún la dignidad de la mujer, ésta puede negarse a seguirle.

La mujer casada adquiere, en principio, la nacionalidad del marido, puesto que es el marido quien va a fijar la clase de vida del hogar, sus relaciones, sus gastos. El marido puede vigilar la correspondencia de su mujer, hacerse entregar por la administración de correos las cartas a ella dirigidas.

Si la mujer desea ejercer una profesión, necesita la autorización del marido. El artículo 4<sup>o</sup> del Código de Comercio dice que ella no puede ser vendedora pública, ejercer el comercio, sin el consentimiento-

to del marido, y se discute para saber si, negándola el marido, la mujer puede solicitar la autorización judicial.

### 2º)—La mujer es jurídicamente incapaz.

La mujer no puede verificar acto alguno sin la autorización del marido, ningún acto jurídico (Art. 182, del C. C. del Perú, de 1852 y art. 217 del C. C. francés). Esta autorización le es necesaria para actuar ante la justicia, ya sea como demandante, ya sea como demandada; le es también indispensable para contratar, vender, comprar, arrendar, etc..., cualquiera que fuera el contrato. Y la autorización debe, en principio, ser escrita y especial para cada acto.

De hecho, era imposible, sin embargo, no tener en cuenta el papel esencial que la mujer desempeña en el hogar. Para los gastos ordinarios, para la compra de víveres, vestidos, para la contratación de la servidumbre... No se puede exigir que la mujer obtenga cada vez una autorización escrita del marido. En ciertos Códigos, como el Código Colombiano (art. 192) se presume la autorización del marido para la compra al contado o al crédito de muebles destinados al uso ordinario del hogar. En el Código Civil francés no existe ningún texto al respecto. Pero la jurisprudencia había suplido al silencio de la ley con la famosa teoría del mandato tácito. La ley permite al marido constituir como mandataria a su mujer. Ahora bien, el marido obligado, en principio, a mantener a su mujer, estará considerado, para el cumplimiento de su obligación legal, como habiendo conferido a su mujer el mandato de efectuar por su cuenta los gastos de manutención. Sabemos, por lo demás, que existe una diferencia entre la teoría de la autorización presunta y la del mandato tácito. Según la primera, es la mujer, autorizada es cierto, pero es la mujer que ejecuta el acto y que es responsable de él; de acuerdo con la segunda, la mujer actúa a nombre del marido: es, por consiguiente, éste, en principio, y éste sólo que será responsable (art. 190 del C. C. peruano).

Fuera del caso del mandato tácito, si la mujer ejecuta algún acto sin la autorización del marido, el acto es nulo, de una nulidad relativa, que puede hacer valer tanto el marido como la mujer. Sobre este punto también, la jurisprudencia había corregido los inconvenientes que este sistema podía presentar para los terceros: si la mujer actúa haciéndose pasar por soltera o viuda, comete una falta que compromete su responsabilidad, de acuerdo con el famoso artículo 1382 del C. C.. De manera que, por vía de reparación, es castigada con la acción de nulidad; lo mismo sucede con el marido si éste ha sido cómplice de la falta.

### 3º)—El régimen normal de los bienes de los esposos lleva consigo la misma subordinación de la mujer al marido.

El régimen normal, en Francia, el de los casados sin contrato de matrimonio previo, era el régimen de la comunidad legal. Este régimen se caracteriza por dos rasgos esenciales: 1º) comprende, al lado del patrimonio que sigue siendo propio del marido o de la mujer, la existencia de un patrimonio común que, al disolverse el matrimonio, será dividido por partes iguales entre los dos esposos. La composición de

este patrimonio varía, desde luego, según el país. En el Perú, sólo comprendía los gananciales, es decir los bienes adquiridos, por los esposos, durante el matrimonio a título oneroso o provenientes de su trabajo. En Francia, fuera de los gananciales, muebles o inmuebles, comprende todos los muebles que los esposos poseían el día del matrimonio o que llegaran a su poder más tarde, cualquiera que fuera su origen. 2º) El marido tiene los poderes más amplios sobre estos tres patrimonios: es el dueño, no sólo de su propio patrimonio, sino también del patrimonio común, del que puede disponer como le plazca, por lo menos a título oneroso, estándole solamente prohibida la donación. Además es el administrador de los bienes propios de su mujer, tiene el goce de ellos; sólo le están prohibidos los actos de disposición. Hay que agregar que toda deuda del marido es deuda de la comunidad; todo acreedor que ha tratado con el marido puede embargar indistintamente los bienes de éste o los bienes comunes.

Sin embargo, ciertas reservas podían hacerse a este sistema absoluto.

En primer lugar, por el contrato de matrimonio los esposos pueden adoptar un régimen distinto; reducir, por ejemplo, la comunidad a los gananciales; adoptar otro régimen que excluya la comunidad: es así como podían adoptar el régimen de la separación de bienes: no hay patrimonio común, cada uno administra libremente sus bienes; sin embargo, la mujer separada de su esposo no tiene capacidad para enajenar sus inmuebles sin autorización, (art. 1449). En cuanto a los muebles, el texto de la ley le dá el derecho de enajenarlos, pero la jurisprudencia no lo ha entendido de esta manera; lo ha interpretado en función de la regla según la cual la mujer tiene el derecho de administración. Hace una distinción: la enajenación de los muebles es permitida a la mujer, si se trata de un acto de administración, por ejemplo de la venta de las cosechas; pero, la venta de un bien mueble sigue prohibida a falta de autorización, si se trata de un acto de disposición; por ejemplo: la enajenación de valores bursátiles.

En el sur de Francia, existe todavía el régimen dotal, (que se halla combinado en el código del Perú): los bienes de la mujer comprenden dos categorías: los bienes parafernales, que la mujer administra como si existiera el régimen de la separación de bienes; y los bienes dotales, que son entregados al marido, quien tiene sobre ellos los más amplios poderes de goce. Pero, tratándose de inmuebles, éstos no pueden ser enajenados por ninguno de los esposos.

Otra reserva: la ley francesa otorga a la mujer una hipoteca legal sobre los inmuebles del marido y de la comunidad. En la práctica, basándose sobre este hecho, se hacía intervenir a la mujer en ciertos actos del marido. Este no podía vender un inmueble o hipotecarlo sin que la mujer renunciara a su hipoteca o subrogara al tercero en su rango privilegiado; prácticamente el consentimiento de la mujer era, por consiguiente necesario.

---

A pesar de estos atemperantes, la situación de la mujer seguía siendo una situación esencialmente subordinada.

Pues bien, las críticas contra este sistema se hacían cada día más vivas. No mencionaré las críticas esencialmente técnicas que repro-

chaban, no sin cierta razón, a las reglas del Código de ser a veces un poco contradictorias.

Pero, las críticas más graves eran de orden social.

La institución del poder marital, con todas sus consecuencias, es una institución que tuvo su razón de ser en los siglos pasados. Correspondía aún a la clase de vida de la primera mitad del siglo XIX<sup>o</sup>. En esta época, en efecto, los esposos, en gran mayoría, dedicaban sus actividades al trabajo doméstico. Cuando no poseían cierta fortuna, era el marido que aseguraba la vida del hogar por medio de su profesión, o bien eran ambos esposos quienes trabajaban en común en la misma explotación agrícola, en el mismo pequeño negocio: sus intereses se hallaban confundidos. La instrucción se hallaba poco desarrollada entre las mujeres; aún en los matrimonios más acomodados, sólo el hombre podía representar en el exterior la asociación conyugal, mezclarse a la vida de los negocios, contratar, etc..

Pero, desde medio siglo, una evolución rápida y bastante profunda se ha producido. Los usos se han transformado.

Para los matrimonios poco fortunados, la revolución industrial ha tenido graves consecuencias. El desarrollo prodigioso de la industria y del comercio, la concentración de la mano de obra en los grandes centros urbanos, han dado lugar a un aumento del trabajo femenino. Las fábricas reclaman obreras, tanto mujeres casadas como solteras; los matrimonios que viven en las grandes ciudades no pueden, por otra parte, contentarse con el salario del marido: la mujer tiene que ejercer una profesión distinta. Y esto es cierto tratándose de la pequeña clase media, de la clase de los empleados: la mujer del pequeño funcionario buscará también una situación como mecanógrafa, empleada en un gran almacén, empleada de correos o se ocupará de un pequeño negocio.

Para los matrimonios más privilegiados, el mismo fenómeno existe. Otros cambios se producen, además, para ellos mismos. En primer lugar, cambio en la composición de las fortunas. Estas, eran, a principios del siglo XIX<sup>o</sup>, esencialmente inmobiliarias; actualmente, en Francia por lo menos, comprenden tanto muebles, como valores bursátiles e inmuebles. Ahora bien, en la organización del régimen de los bienes, la ley había tomado precauciones para la protección del patrimonio de la mujer, pero estas precauciones se habían tomado tratándose de inmuebles. Todo se encuentra, por lo tanto, modificado por el notable incremento de los valores muebles. Cambio en la educación de las mujeres: en las clases acomodadas, la instrucción de la mujer adquiere una importancia considerable. En nuestras Universidades, el número de las alumnas es casi igual al de los hombres. La mujer que posee diplomas trata de utilizarlos. Tenemos cada día mayor número de mujeres que ejercen la medicina, la abogacía, que trabajan en la administración pública. La guerra de 1914-1918 dió un gran desarrollo a este movimiento; lo mismo sucede hoy día. Cuando los hombres van a luchar, las mujeres los reemplazan.

En estas condiciones, la incapacidad de la mujer parece un anacronismo. La mujer desempeña, cada vez más, trabajos distintos del que desempeña su marido, y con los recursos que le proporciona este trabajo contribuye a las cargas del hogar. ¿Porqué el marido sólo ten-

dría la libre disposición de estos recursos; porqué podría despilfarrar a su antojo y sin control lo que su mujer ha ganado? La mujer posee instrucción: abogada, médica, funcionaria, se ocupa de los asuntos de los demás, ¿porqué, entonces, no podría ocuparse de sus propios asuntos? ¿Porqué se encontraría a merced de un marido, tal vez poco apto él mismo para los negocios? La necesidad de la autorización marital ya no se justifica. En los matrimonios poco unidos, esto ya no constituye una fuente de dificultades: aumenta las desavenencias conyugales. En los matrimonios unidos, dá lugar a complicaciones y a gastos: si la mujer desea realizar, en interés del hogar, una operación ventajosa, el notario, el banco exigirán la autorización marital, lo que dará lugar a la redacción de escritos y al pago de gastos; si el marido está ausente o en viaje, la operación no podrá realizarse.

En todas partes, la antigua subordinación de la mujer al marido parece una molestia. Se hará observar que el movimiento de emancipación riesga de destruir la cohesión familiar. ¿Acaso ésta, desprovista de jefe, no irá al garete? La objeción es seria. No hay que proceder a la ligera. Por esto mismo, veremos que ha sido gran preocupación tanto del legislador francés como del legislador peruano, actuar cautelosamente para no trastornar la organización familiar. La objeción no es, sin embargo, decisiva. La fuerza de la familia descansa, ante todo, sobre la unión de los esposos y no sobre la sumisión de uno u otro. Es el sentido general de la evolución tradicional. El Cristianismo ha levantado la condición de la mujer; para él, la mujer posee igual alma, igual destino que el hombre. La conclusión lógica es que, de acuerdo con los usos, la mujer debe ser la compañera, la igual del hombre, y no su subordinada.

Por esto, el movimiento es casi general.

Si lanzamos una mirada a las distintas legislaciones del mundo, se verá que todas o casi todas han mejorado la condición jurídica de la mujer.

Algunas han llevado muy lejos la reforma y suprimido el poder marital sobre la persona y la incapacidad jurídica tratándose de los bienes de la mujer casada: adoptan un régimen de separación de bienes, dejando a la mujer una independencia completa. Así sucede en Inglaterra, desde los "actos" de 1870 y 1862; también en los Estados Unidos; en Rusia desde la promulgación del Código de la U. R. S. S. En los Países Escandinavos, las leyes de 1874, 1920 y 1927 han suprimido el poder marital, la incapacidad de la mujer, y han adoptado un régimen interesante del que tendré ocasión de hablarles más adelante. En Méjico, el artículo 172 del C. C. ha suprimido el poder marital y la incapacidad de la mujer. Lo mismo sucede con el reciente Código Civil Chino.

En otros países se ha suprimido la incapacidad jurídica de la mujer casada, pero se ha estimado que era necesario mantener una autoridad que tuviera un poder de decisión dentro del matrimonio; el marido sigue siendo el jefe de la familia: es la solución adoptada por el código alemán, el código suizo, el derecho italiano, (ley de 1919), el derecho polaco (ley de 1921) y la ley rumana de 1932.

En Argentina, el marido sigue siendo el jefe de la unión conyugal, pero, desde la ley del 22 de setiembre de 1926, la mujer ha recobrado una capacidad muy amplia.

En algunos países, se ha conservado el antiguo sistema: Bolivia, Bélgica, Brasil, Chile, Ecuador, Holanda, Portugal, Servia, Venezuela. Sin embargo, el movimiento de emancipación ya se ha iniciado en algunos de estos países. En 1910, Portugal suprimió de su ley la palabra "obediencia" de la mujer al marido. En Bélgica, la ley del 20 de Julio de 1932 ha restringido sensiblemente la incapacidad de la mujer. El nuevo Código del Brasil, aunque coloca a la mujer dentro de la categoría de los incapaces, trata de darle una situación equivalente a la del marido: el marido debe solicitar su concurso para la realización de varios actos importantes.

La evolución es, por consiguiente, casi general. No podía, pues, dejar de tener influencia sobre el derecho francés.

---

En Francia, se procedió, en primer lugar, por medio de reformas parciales.

Una ley del 6 de febrero de 1893 había devuelto a la mujer separada de su esposo el pleno ejercicio de su capacidad civil.

Hay que señalar, principalmente, la ley del 13 de julio de 1907 sobre el libre salario de la mujer. Se tenía en cuenta la protección del salario de la mujer que trabaja como obrera, pero la ley se extiende a toda mujer que ejerce una profesión distinta de la de su marido. Esta ley ha tenido por objeto resolver que, cualquiera que sea el régimen matrimonial, la mujer podrá cobrar sola todos los productos de su trabajo y disponer de ellos a su antojo, gastarlos o ahorrarlos. Tiene sobre ellos los mismos derechos que el marido tiene sobre los bienes comunes; los administra libremente y dispone de ellos; la donación únicamente le está prohibida. Pero, al disolverse el régimen, estos bienes "reservados" a la administración de la mujer caen dentro de la comunidad y se dividen, con éstos, entre los esposos.

La tercera ley parcial que conviene mencionar es la ley del 10 de Agosto de 1927, modificada después por un decreto-ley del 12 de noviembre de 1938. Esta ley ha resuelto que, en principio, la mujer que se casa conserva su nacionalidad, a menos que manifieste, de manera expresa, su deseo de adquirir la de su marido.

Todas estas disposiciones preparaban la reforma. En el mismo año de 1927, el Ministro de Justicia nombraba una comisión con el fin de que redactase un proyecto de ley suprimiendo el poder marital y la incapacidad de la mujer. El proyecto sólo fué remitido al Senado en Junio de 1932: comprendía, además de la supresión mencionada, la revisión completa de los regímenes matrimoniales. Este proyecto ha dado lugar a la ley del 18 de febrero de 1938. Pero, esta ley ha realizado una reforma menos radical. Se ha limitado a modificar los textos relativos a las relaciones personales de los esposos y a la capacidad de la mujer; pero el Parlamento se negó a modificar el régimen matrimonial.

La gran preocupación consistía en no destruir las tradiciones y en no disminuir la fuerza de la familia. Vamos a constatar esta preocupación al tratar de los tres puntos principales siguientes: gobierno de la persona de la mujer, capacidad jurídica de la misma, régimen de los bienes.

### A)—Gobierno de la persona de la mujer

La ley francesa de 1938, como lo hizo el Código Peruano de 1936, suprimió el poder marital y el deber de obediencia de la mujer. Sin embargo, los artículos 161, 162 y 168 del Código Peruano declaran que el marido dirige la sociedad conyugal y, principalmente, resuelve todo lo relativo a la economía del hogar. Es la solución adoptada por los códigos alemán y suizo. Se estima que, para los asuntos comunes, se necesita un jefe, alguien que resuelva en última instancia, para mantener la cohesión familiar. En Francia, en el curso de la discusión parlamentaria, se había propuesto la inserción de un artículo declarando que el marido es el "jefe de familia". Pero, después de discutida, fué rechazada esta propuesta, pues se estimaba que consistía en restablecer de manera indirecta el poder marital. Este desaparece. La mujer tiene el libre gobierno de su persona, de sus relaciones, de su correspondencia; puede solicitar un pasaporte, documentos administrativos, presentarse a exámenes, concursos, escoger su médico, etc.

Sin embargo, se consideró que algunas prerrogativas debían dejarse al marido, en interés de la familia. Y, para precisar esto se resolvió admitir la expresión marido, jefe de familia, pero insertando esta expresión, de manera incidental, dentro de otra frase entre dos comas. No se trata de un principio general, jurídico, del cual se pueda deducir consecuencias distintas de las que están formalmente expresadas por la ley.

Estas prerrogativas son las siguientes:

1º)—El marido, jefe de familia, tiene el derecho de escoger la residencia del matrimonio. Observareis que ya no se dice que la mujer debe seguir al marido donde a éste le plazca residir. Los esposos deben vivir juntos, pero, en caso de desacuerdo es necesario que uno de ellos resuelva donde van a vivir. Será, pues, el marido quien resolverá esta situación. Pero, este derecho no será soberano. En caso de abuso, la mujer podrá recurrir al Tribunal contra su decisión. No se sabe, por lo demás, exactamente cual pueda ser la decisión del Tribunal: ¿deberá contentarse con autorizar a la mujer a tener distinta residencia, o puede resolverse que la residencia escogida por la mujer será la residencia del matrimonio?

Existe otro caso en el cual la mujer puede ser autorizada a tener un domicilio distinto: es cuando se halla en instancias de divorcio o de separación de cuerpos. La ley de 1938 ha modificado, por otra parte, los antiguos artículos 236 y 238. Según ellos, el juez debía señalar a la mujer una residencia distinta, que no debía abandonar durante el juicio. En adelante, los esposos se encuentran en pié de igualdad: el Juez los autoriza a tener una residencia separada, pero cada uno escoge libremente esta residencia, pudiendo el juez resolver que es el marido quien deberá residir fuera del hogar que había sido hasta entonces el hogar conyugal.

2º)—El domicilio del marido, sigue siendo el domicilio legal de la mujer.

3º)—Se ha dejado al marido cierto control sobre el ejercicio por su mujer de una profesión separada. Según las disposiciones primitivas del Código Civil, la mujer no podía ejercer una profesión sin el consentimiento, por lo menos tácito, de su marido (solución del art. 173 del C. C. peruano). Desapareciendo el poder marital y la incapacidad jurídica de la mujer casada, era consecuencia lógica que la mujer ya no necesitaba de este consentimiento. Sin embargo, se ha pensado que podía existir cierto peligro al conceder sobre este punto una libertad completa, ya que el hecho de escoger una profesión interesa tanto a la economía como a los intereses morales del hogar. Por esta razón se ha admitido que, en principio, el marido podría oponerse al ejercicio de una profesión por la mujer (art. 206). El resultado será por consiguiente, casi el mismo que anteriormente. Antes de 1936, la mujer podía escoger una profesión; actuaba válidamente puesto que el marido no se oponía, se presumía que la mujer actuaba con su consentimiento; pero en cualquier momento el marido podía retirar este consentimiento. Desde 1938, si escoge una profesión, la mujer actúa por sí misma, sin ninguna autorización aún tácita; pero, también, en cualquier momento el marido puede oponerse a que ejerza su profesión. Se dirá que esto se reduce a lo mismo... sin embargo, no es exactamente así. En efecto, antes de 1938, como se presumía la autorización marital, los actos de la mujer, por lo menos bajo el régimen de la comunidad, obligaban tanto al marido como a la mujer; desde la nueva ley, sólo obligan a esta última. Es el motivo por el cual, tratándose de las profesiones comerciales, se ha dejado intacto el artículo 4º del Código de Comercio. Para estas profesiones la autorización marital es siempre necesaria. Se ha pensado que la mujer comerciante sólo obtendría crédito si los acreedores podrían eventualmente intentar una acción contra el marido. De lo contrario, podrían temer que el marido, jefe de la comunidad, proceda a sustraer a su acción la mayoría de los bienes que constituyen el patrimonio aparente del hogar.

El marido, como jefe de familia, está obligado a mantener a la mujer y al hogar (comparar con el art. 164 del C. C. peruano).

Pierde esta calidad y las prerrogativas inherentes en determinados casos, enumerados en el art. 213, cuando está ausente, en caso de interdicción, cuando se halla en la incapacidad de manifestar su voluntad, en caso de separación de cuerpos o cuando ha sido condenado a una pena criminal durante el matrimonio.

Agregaré que el marido conserva otros privilegios, independientes jurídicamente de los que hemos indicado. Es así como si los esposos están casados bajo el régimen de la comunidad, el marido es el jefe de ésta; conserva el ejercicio de la patria potestad. Las reivindicaciones feministas pedían la modificación de este último punto, con el fin de dar a la madre derechos iguales a los del padre; pero la ley de 1938 se ha limitado a modificar dos puntos de detalle: los artículos 399 y 600, relativos a los derechos de la madre sobreviviente para designar un tutor, dejando para más tarde a otra ley en proyecto la reforma en conjunto de las disposiciones relativas a la patria potestad.

#### B)—Capacidad de la mujer casada.

El artículo 215 del Código Francés, tal como ha sido modificado por la ley de 1938, proclama que la mujer tiene el pleno ejercicio de su

capacidad civil. Puede, por consiguiente, actuar ante los tribunales y realizar cualquier acto jurídico sin la autorización marital o judicial.

Es el principio que ha adoptado el Código peruano de 1936, en su artículo 172.

Pero, deben hacerse dos observaciones importantes.

La primera se relaciona con los gastos ordinarios del hogar. Haré observar, ante todo, como ya lo indiqué, que, según los códigos peruano y francés, es en primer lugar el marido a quien incumbe el deber de mantener el hogar (arts. 164 del C. peruano y 214 del C. francés). El Código francés dispone que con los bienes cuya administración tiene, la mujer debe contribuir proporcionalmente a los gastos del hogar. Nuestros dos códigos sancionan este deber, al establecer un procedimiento que permite a la mujer (en el Código peruano), al esposo necesitado (código francés) cobrar directamente una parte de lo que se debe al otro, principalmente en cuanto se refiere a sueldos o rentas (art. 166, peruano y 214, francés).

El Código peruano indica expresamente que la mujer tiene el derecho y el deber de atender personalmente el hogar (dentro de los límites fijados por el marido, quien resuelve sobre su economía, art. 161). Y para las necesidades ordinarias del hogar, la sociedad conyugal será representada indistintamente por el marido o por la mujer (art. 169).

La nueva ley francesa no contiene ninguna disposición al respecto. Pero, sus autores han entendido mantener, de esta manera, la vieja teoría del mandato tácito. Teniendo el marido el deber de mantener el hogar, se le presume haber facultado a su mujer para realizar los gastos diarios que impone este deber. Sin duda que esta noción del mandato tácito dá lugar a objeciones, pero funciona perfectamente dentro de la jurisprudencia francesa. Tiene la ventaja de presentar toda clase de garantías para los terceros; es el marido quien, en principio, es responsable y esto es normal puesto que, en general, tiene a su disposición más bienes que la mujer, ya que es él quien fija la clase de vida del hogar y quien determina su residencia. Los Tribunales del Perú admiten, por otra parte, que si el marido no es solvente, la mujer responde de la deuda: antes, decían, en la medida de su enriquecimiento; pero los fallos recientes admiten que la mujer es responsable de toda la deuda que ha contraído.

La segunda observación se refiere a las restricciones a la capacidad de la mujer. Estas serán mencionadas en el segundo acápite del artículo 215. Resultan, ya sea de las limitaciones legales impuestas, tales como las establecidas por el art. 4º del Código de Comercio, ya sea del régimen matrimonial adoptado (art. 172). Vamos a ver que, en la práctica, el régimen matrimonial dá lugar a una reducción considerable de la capacidad de la mujer.

### C)—El régimen matrimonial.

Es principalmente sobre este punto que la discusión ha sido muy viva en el Parlamento francés. En Francia, existe la libertad de las convenciones matrimoniales, siempre que se efectúen ante un notario y antes del matrimonio, puesto que una vez realizado éste no podrá hacerse ninguna modificación. Los esposos pueden adoptar el régimen matrimonial que prefieren. Pero, la mayoría de los esposos, prin-

principalmente entre la gente del pueblo, se casan sin hacer ningún contrato: se casan bajo el régimen legal definido por el Código, régimen que era el de la comunidad de muebles y gananciales. Pues bien, el proyecto de 1932 proponía reemplazar este régimen que, como lo hemos visto, concentra todos los poderes en manos del marido. ¿A qué sirve, en efecto, dar a la mujer una capacidad teórica, si en la práctica no tiene poder sobre ningún bien. El nuevo régimen propuesto, llamado de participación en los gananciales, estaba inspirado en el régimen que se practicaba en los países Escandinavos y en Nicaragua. Es el que ha adoptado la ley Colombiana de 1932. Mientras dura el matrimonio, cada uno de los esposos conserva la libre administración y disposición de todos sus bienes, como si existiera la separación. Pero, al producirse la disolución, todos los gananciales, todas las economías se dividen como si habría funcionado la comunidad, sin que se deduzca el pasivo correspondiente al mantenimiento de la mujer y de los bienes de los esposos. Este régimen está de acuerdo con la capacidad reconocida a la mujer: esta es capaz y puede ejercer su capacidad sobre sus bienes, como si existiera la separación de bienes. No es, sin embargo, un régimen de separación: existe la sociedad conyugal, puesto que debe haber reparto de los gananciales y, durante el matrimonio, cada uno de los esposos tiene un derecho eventual a estos gananciales: de ello, deducía nuestro proyecto que podría oponerse a un acto de disposición hecho por su cónyuge con el propósito de perjudicar este derecho eventual. Se conserva, por consiguiente, lo esencial de la tradición costumbrista, el reparto de las economías y se suprime, al mismo tiempo, la omnipotencia del marido. Este régimen ha funcionado bien en los países donde fué establecido. La experiencia realizada desde varios años en Colombia es concluyente a este respecto. El Parlamento francés ha rechazado, sin embargo, las propuestas que hizo el Gobierno francés para introducir este régimen en nuestra legislación. El proyecto del Ministro Renoult se encontró frente a la oposición de los notarios, esencialmente tradicionalistas; se objetó también que se trataba indirectamente de una separación de bienes, que destruiría la unidad de la familia y que, en la práctica, daría lugar a grandes complicaciones.

El Senado resolvió adoptar la primera parte del proyecto Renoult que suprimía el poder marital y la incapacidad de la mujer, pero no quiso modificar, todavía, las disposiciones del Código sobre bienes matrimoniales. La Cámara, con el fin de no demorar la aprobación de la reforma, adoptó el mismo punto de vista. Tal es la base de la ley promulgada en 1938.

Los autores del ante-proyecto no han tenido mucha dificultad para criticar este procedimiento. Teóricamente, es malo cortar un proyecto seriamente meditado, adoptar su primera parte y abandonar la segunda. Se obtienen así deficiencias y contradicciones.

Veamos las deficiencias: El régimen legal sigue siendo el régimen de la comunidad. El marido conserva todos los bienes. La mujer no tiene, por consiguiente, como desarrollar su capacidad. Si desea hacer abrir una cuenta en el banco, éste se lo niega, puesto que la mujer no dispondrá de suma alguna para depositarla en dicha cuenta. La mujer no puede realizar actos sino sobre la nuda-propiedad de sus bie-

nes propios; sólo puede ofrecer a sus acreedores esta nuda-propiedad. Nadie querrá tratar con ella en estas condiciones.

En cuanto a las contradicciones: No se ha querido modificar ningún texto relativo a los regímenes matrimoniales; se ha dejado, sin embargo, subsistir los relativos a la mujer separada de bienes, (artículo 1449). La mujer separada de su esposo tiene, aún, necesidad de la autorización para enajenar sus propiedades (inmuebles) y la controversia subsiste en cuanto a los valores mobiliarios.

Sin embargo, a pesar de sus deficiencias, la ley de 1938 ha marcado un paso decisivo. El poder marital queda suprimido y se ha proclamado la capacidad de la mujer. El germen se encuentra en la ley.

El Parlamento estudia, (1) por otra parte, la revisión de los regímenes matrimoniales. El Senado habría rechazado definitivamente el régimen de participación en los gananciales y habría resuelto conservar el régimen de la comunidad, pero la comunidad quedaría reducida a los gananciales. Queda en duda la cuestión de saber si se dejará a la mujer la administración de sus bienes propios. Es la solución admitida por el Código del Perú. Es la que, a mi parecer, se impone. La mujer ya tiene la libre administración de lo que gana con su trabajo: ha sido declarada capaz; hay que extender esta libre administración a todo su patrimonio.

En el hogar, la verdad se encuentra, en efecto, en la igualdad de derechos. La objeción fundamental que se hacen a las reformas propuestas es que pueden dar lugar a una disminución de la fuerza, de la unión de la familia. Como os lo decía, al iniciar esta conferencia, ésto ha sido la gran preocupación del legislador francés. La evolución de las costumbres impone ciertos cambios: pero, estos cambios no deben ser demasiado rápidos, dar lugar a trastornos y romper inmediatamente con el pasado. Por el contrario, para ser aceptados para adaptarse a las costumbres, deben ser lentos, metódicos y conservar su base tradicional. Por esta razón no debe reprocharse a nuestro Senado, representante de las masas campesinas, de haberse mostrado circunspeto en la materia.

Creo, sin embargo, que nuestro Parlamento hubiera podido, sin inconvenientes, ir algo más lejos, como se lo proponía el Gobierno.

La solidez de la familia no depende del hecho de que uno de los esposos esté sometido al otro, sino de su buen entendimiento. Descansa, ante todo, sobre las tradiciones morales y sociales.

Pues bien, las tradiciones francesas son sólidas a este respecto. Todos los que conocen verdaderamente nuestro país pueden afirmarlo.

Pocas mujeres en el mundo tienen como la mujer francesa un mayor sentido de sus deberes familiares. Me refiero a la verdadera mujer francesa, no a la que nos representa una literatura de vanguardia, sino a la mujer de nuestro pueblo, de nuestra burguesía, de nuestros campos. Esta mujer, cuando su marido o sus hijos defienden a la patria con las armas en la mano, tiene a su cargo la defensa del hogar y de la familia. Es calma, prudente, enérgica: el legislador puede tener confianza en ella. Puede darle legalmente los poderes que muchas veces tiene de hecho. Sabrá utilizarlos para el mayor provecho y para el bien del hogar.

---

(1) Esto era en 1939.