

**LIMITACIONES A LA CAPACIDAD DE OBRAR
DE LA MUJER CASADA EN EL DERECHO HISTÓRICO ESPAÑOL.
ESPECIAL REFERENCIA A LAS LEYES 54 A 61
DEL ORDENAMIENTO DE TORO Y A SU PROYECCIÓN***

Por la Dra. D.^a María José MUÑOZ GARCÍA.

Universidad de Extremadura.

S U M A R I O

- I. JUSTIFICACIÓN DEL OBJETO DEL TRABAJO
- II. DELIMITACIÓN DEL TEMA DE INVESTIGACIÓN
- III. ESTRUCTURA DE LA OBRA
- IV. MÉTODO SEGUIDO
- V. FUENTES UTILIZADAS
- VI. EXTRACTO DE LAS CONCLUSIONES

* La lectura y defensa de la Tesis Doctoral, que aquí se reseña, tuvo lugar el 3 de noviembre de 1989 en esta Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura, y obtuvo la calificación de APTO CUM LAUDE por unanimidad, habiendo sido su director el Prof. Dr. D. Joaquín RAMS ALBESA, y su tutor el Prof. Dr. D. Carlos DÍAZ REMENTERÍA.

I. JUSTIFICACIÓN DEL OBJETO DEL TRABAJO

Dos fueron los principales motivos que influyeron en la elección del tema «Limitaciones a la capacidad de obrar de la mujer casada en el Derecho histórico español. Especial referencia a las Leyes 54 a 61 del Ordenamiento del Toro y a su proyección», de un lado, mi propia inquietud, compartida y alentada por mi Director, el profesor RAMS ALBESA, por los temas relativos a la capacidad jurídico-privada de la mujer en general y de la casada en particular, a raíz de las sucesivas reformas llevadas a cabo en nuestro país, tras el artículo 32 de la Constitución de 1978, que otorga, en palabras del Profesor LACRUZ BERDEJO, «el *certificado de defunción* a la tradicional superioridad del marido, al declarar en su apartado primero, que *el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica*», del mismo modo a como había ocurrido en otros Ordenamientos europeos de nuestra Área cultural y jurídica. Baste citar aquí, la reciente Ley de 23 de diciembre de 1985, en Francia, la cual, junto a las Leyes de 18 de febrero de 1938, de 22 de septiembre de 1942, 13 de julio de 1965, 4 de junio de 1970, y 11 de julio de 1975, han suprimido para el Ordenamiento vecino, el principio de la incapacidad de la mujer casada. O, la Ley Fundamental de Bonn de 1949, la cual, junto con las Leyes de 18 de junio de 1957, y 14 de junio de 1976, han conseguido el mismo efecto en la República Federal Alemana.

El segundo motivo que impulsó la elección del tema se sitúa concretamente, en el ámbito de la Historia del Derecho privado y de sus Instituciones, y tiene un aspecto práctico y otro teórico.

Por lo que se refiere al primero, no puede desconocerse el importante y trascendental lugar, que el Ordenamiento de Toro de 1505 tiene en la

Historia del Derecho privado y en especial en la Historia del Derecho civil.

En la evolución histórico-jurídico-privada, de las instituciones que se estudian en este trabajo y de la mayoría de las instituciones civiles, es el Cuaderno de Toro, un cuerpo legislativo casi completo de Derecho civil, que, aún siendo asistemático, es la más pura expresión del Derecho castellano. De las 83 Leyes que contiene el Ordenamiento de Toro, a excepción de la primera, que reitera el orden de prelación de fuentes de Alcalá, las restantes tratan de instituciones de Derecho privado, constituyéndose así durante siglos en la base del Derecho civil específico de Castilla.

Las Leyes de Toro regulan instituciones tradicionales que todavía hoy dan propio carácter a nuestro Derecho, como la mejora o el retracto troncal, e incluso se puede decir que a partir de ellas, los términos del Fuero Real y de las Partidas, en instituciones como la sociedad de gananciales, se interpretan en la línea de dichas Leyes. Salvo cuando tratan instituciones nobiliarias, como los mayorazgos, estas Leyes introducen rasgos y técnicas de Derecho común, por lo que, al ser Derecho material, abren de par en par el Derecho castellano vivo a las influencias, al menos técnicas, del Derecho común.

La publicación del Cuaderno de Toro supuso una revitalización del Fuero Real y de las Partidas, porque al remitirse a ellos se estaba produciendo la Recepción práctica del Derecho común, se estaba reconociendo y asumiendo, como Derecho tradicional castellano.

Desde el ángulo teórico, es indudable el interés que para la Historia del Derecho privado tiene un estudio que concatene desde la perspectiva histórica y desde la jurídica a la vez, y de forma exclusiva, la condición de la mujer casada, puesto que los trabajos hasta ahora realizados, no han logrado atender de manera específica y concreta, la situación jurídico-privada de la mujer casada en el Derecho histórico, ya que tratan de cuál ha sido, cuál es o cuál debiera ser la situación de la mujer en general, y en las diversas esferas del Derecho, de la Historia, de la Sociedad, de la Economía, de la Moral, etc...

Para evitar todas estas generalidades he realizado este estudio, el cual

me llevó a delimitar su campo, ateniéndome a un *status* concreto de la mujer, *la casada*; en una esfera concreta del Derecho, *el Derecho civil*; en una época determinada, *la de vigencia ininterrumpida de las Leyes de Toro*; y en unos territorios determinados, *los de la Corona de Castilla en el siglo XVI*.

II. DELIMITACIÓN DEL TEMA DE INVESTIGACIÓN

El objeto de la investigación, como acabo de señalar, pretendió centrarse en el análisis de las Leyes de Toro que regulan de forma específica las limitaciones a la capacidad de la mujer casada, y más concretamente las Leyes 54 a 61, que referencian de manera especial instituciones propias del Derecho civil: aceptación y repudiación de herencia, contratos y cuasicontratos, renuncia a los gananciales, fianza y obligación mancomunada y, sobre todo, licencia marital, licencia judicial y ratificación marital como medios de completar la limitada capacidad de la mujer casada.

En estrecha relación con ello, surgía la necesidad de aludir a la doctrina de los doctores que comentaron esas ocho Leyes, para, a través de la delimitación de sus comentarios, fijar la atención en la proyección que dicha doctrina ha tenido en la evolución de las instituciones estudiadas hasta la Reforma del Código civil de 1975. Así, he examinado de manera exhaustiva la casi totalidad de los comentaristas a las Leyes de Toro, prescindiendo de la época en que realizaron sus comentarios, ya que son ellos los que, con sus doctrinas, desarrollan, completan, interpretan y perfilan los preceptos legales; construyen, la parte del Derecho civil que nos atañe. He utilizado los comentarios de Diego del CASTILLO, Miguel de CIFUENTES, Juan LÓPEZ DE PALACIOS RUBIOS, Antonio GÓMEZ, Juan de MATIENZO, Alonso de ACEVEDO, Pedro NOLASCO DE LLANO, Juan ÁLVAREZ POSADILLA, Sancho LLAMAS y MOLINA, y José GONZÁLEZ SERRANO, que son —de los que he tenido acceso—, los que se dedican a las Leyes que analizo, porque como es sabido otros doctores que también comentan este Cuerpo legal ni llegaron a hacerlo de forma completa, ni llegaron a estudiar las Leyes que interesan en este trabajo.

Pero, el estudio de las instituciones que regula el Ordenamiento de Toro y de los comentarios a ellas, hubiera quedado falto si hubiera prescindido del tratamiento del tema en el Derecho anterior (romano, visigodo, el de los fueros, y, en la obra legislativa de Alfonso X), porque el período de tiempo en que estos estuvieron vigentes, es obviamente más largo que el comprendido entre los siglos XVI al XIX —porque las fuentes legislativas y documentales de esas épocas históricas nos dan buena cuenta de la situación jurídica de la mujer casada y nos cimentan la regulación plasmada en las Leyes de Toro—, y, porque al tratarse de un trabajo de Historia del Derecho, aunque se refiera en especial a épocas posteriores, es necesario, al menos como antecedente, investigar lo ya acontecido.

Junto al estudio de cada una de las Leyes y de cada uno de los comentarios referidos a ellas, era preciso analizar cada uno de los Proyectos de Código civil que se suceden en el siglo XIX, pues en cada uno de los proyectos de norma que se refieren a estas instituciones se ve claramente reflejada la legislación de Toro y la doctrina de los comentaristas.

Por último era preciso analizar, por el mismo motivo, el Código civil de 1889; así como las Reformas al Código de 1958, 1975 y 1981, dado que hasta ese momento la proyección de las Leyes 54 a 61 de Toro y los comentarios de ellas, era casi lineal y constante. En definitiva, el interés se centró en desentrañar lo que había de Leyes de Toro en el Derecho posterior a ellas, y hasta cuándo han tenido vigencia de manera plena o de manera solapada. Todo ello, como realidad insoslayable del carácter interdisciplinar del tema objeto de estudio, al ser, por un lado Historia del Derecho privado, porque era la regulación vigente desde 1505 hasta 1889 en la materia concreta, y, por otro, Derecho civil, porque era la normativa aplicable desde la promulgación del Código hasta el año 1981.

III. ESTRUCTURA DE LA OBRA

Teniendo presentes todas estas consideraciones, el análisis del tema se ha efectuado tomando como núcleo central de la investigación, las instituciones reguladas en las Leyes 54 a 61 de Toro, y se ha ordenado el trabajo, en tres partes diferenciadas:

Parte primera, titulada «Precedentes históricos del régimen jurídico de la mujer casada hasta el siglo XVI», la cual se dedica al estudio histórico legislativo y documental de los antecedentes de las ocho Leyes de Toro, y que comprende cuatro capítulos:

— El primero, trata de la situación de la mujer casada en el Derecho romano, y analiza su primitiva incapacidad, sus sucesivas limitaciones a la capacidad y su posterior liberación y protección en el Derecho postclásico y en el justiniano.

— El segundo, se dedica al estudio de la mujer casada en el Derecho visigodo.

— El tercero, señala la condición de la mujer casada en el Derecho altomedieval, diferenciando los dos tipos de mujer que habitaban en esa época los territorios que he delimitado, la mujer musulmana y la mujer cristiana, porque cada una vivía sometida a un régimen jurídico distinto.

A su vez, y con respecto a la mujer cristiana, se estudia su condición en los tres sistemas jurídicos que se dan durante esos siglos, sin olvidar que no se encuentran en forma aislada absolutamente rígida y que con el tiempo entremezclan sus distintas orientaciones iniciales: —el de influencia del *Liber Iudiciorum*, el de conformidad con normas consuetudinarias reconocidas y sancionadas por fallos judiciales, y el que se caracteriza por la primacía de sus propios ordenamientos jurídicos de nueva creación y acordes con las necesidades de la repoblación y posterior desarrollo de la vida.

— El cuarto, se destina al tratamiento de la mujer casada en el Derecho bajomedieval, y si bien es cierto que por lo que se refiere a la diversidad jurídica, esta época ofrece un aspecto similar al de la Alta Edad Media, no es menos cierto que debido a la creciente actividad legislativa del Rey y de las Cortes, la decadencia de los diferentes sistemas jurídicos se produce, y acaba imponiéndose la política legislativa real, que va conformando un único ordenamiento jurídico territorial, y que concluye en Toro. Todo ello unido, a la tendencia del Monarca a hacer propias las corrientes del Derecho común.

Parte segunda, titulada «La regulación de la capacidad de obrar de la mujer casada en las Leyes 54 a 61 del Ordenamiento de Toro. Los

comentarios a estas Leyes», y que se consagra a investigar la institución contenida en cada una de esas ocho Leyes de Toro y las glosas y comentarios a ellas de cada uno de los doctores (CASTILLO, CIFUENTES, PALACIOS RUBIOS, Antonio GÓMEZ, MATIENZO, ACEVEDO, NOLASCO DE LLANO, ÁLVAREZ POSADILLA, LLAMAS Y MOLINA y GONZÁLEZ SERRANO), distribuyéndola por capítulos de la siguiente forma:

— El primero, trata de la licencia marital regulada en la Ley 56 de Toro, y de las cuestiones que los doctores apuntan en cuanto al ámbito, la forma y los efectos de dicha licencia.

— El segundo, se dedica a la ratificación marital regulada en la Ley 58 de Toro, y a los comentarios de los autores sobre la confirmación de un acto sin licencia y sobre las clases de ratificación.

— El tercero, se destina a la licencia judicial regulada en las Leyes 57 y 59 de Toro, y a las glosas de los juristas relativas al conocimiento judicial de causa legítima, necesaria y provechosa para la mujer, a la negativa del marido a conceder licencia a su esposa, al ámbito de la licencia del Juez, al hecho de que ésta sea supletoria de la marital, y, al riesgo que puede acaecer en los bienes gananciales ante la ausencia del marido.

— El cuarto, trata de la limitación de capacidad de la mujer casada para contratar y comparecer en juicio, regulada en la Ley 55 de Toro, y de las cuestiones apuntadas por los comentaristas en relación con la incapacidad contractual, rescisoria, liberatoria, cuasicontractual y procesal de la mujer casada sin licencia del marido, así como, a la invalidez de lo actuado por ella o por su procurador sin dicha licencia.

— El quinto, se dedica al estudio de la Ley 54 de Toro, que prohíbe a la mujer casada sin licencia del marido, repudiar herencia o aceptarla sin el beneficio de inventario, y a su vez, le permite aceptarla, aunque no ostente esa licencia, siempre que sea a beneficio de inventario. También se estudian los comentarios de los doctores a esta Ley.

— El sexto, estudia la Ley 60 de Toro y las cuestiones señaladas por los comentaristas acerca de la renuncia de la mujer casada a los gananciales y su exoneración de responsabilidad por las deudas del marido.

— Por último, el séptimo, se consagra a analizar la Ley más extensa en cuanto a la forma y más densa en cuanto al contenido de todas las

que aquí he examinado, la Ley 61; que es, debido a su transcendencia y dificultad, la más ampliamente comentada y la que más polémica ha suscitado entre los doctos juristas estudiados. En ella se regulan las siguientes cuestiones: irretroactividad de la norma, prohibición de afianzar al marido, prohibición de obligarse mancomunadamente con él, responsabilidad uxoria por las deudas contraídas a mancomún con el marido si éstas benefician a la mujer, irresponsabilidad patrimonial uxoria por las mismas si son relativas a su sustento o al de su familia, y su absoluta responsabilidad por las deudas públicas.

Parte tercera, dedicada a la proyección de estas Leyes de Toro, de 1505 a 1975, y que a su vez he dividido en los siguientes capítulos:

— El primero, trata del régimen jurídico privado de la mujer casada desde el siglo XVI hasta el período codificador. Este capítulo, que estudia la regulación de las instituciones objeto aquí de examen, en la Nueva y en la Novísima Recopilación, apenas merece gran consideración debido a que las Leyes de estas compilaciones son literalmente idénticas a las de Toro.

Además, se dedica un epígrafe de este capítulo a demostrar que, debido a la aplicación en Indias del Derecho privado castellano, la capacidad jurídica de la mujer casada en esos territorios, tenía las mismas limitaciones que la mujer casada castellana de la Península.

— El segundo, trata de la Codificación civil, y más concretamente del período de tiempo que transcurre entre la presentación del primer Proyecto oficial de Código civil, en 1821, y la promulgación del Código en 1889.

Es éste uno de los capítulos más primordiales en el conjunto del trabajo que he realizado, porque en lo que se refiere a los medios jurídicos que la mujer casada tiene a su alcance para completar la limitación de capacidad, y los campos de actuación en los que puede o no puede intervenir con licencia o sin ella, la regulación que en el siglo XIX, pretenden llevar a cabo los distintos Proyectos de Código, y lleva a cabo la Ley de Matrimonio civil, es la regulación de las Leyes 54 a 61 de Toro y la doctrina de los comentaristas a ellas.

Se ha dividido este capítulo en cinco grandes epígrafes que se corres-

ponden con el estudio pormenorizado de cada uno de los Proyectos de Código oficiales, el de 1821, el de 1836 y el de 1851; y con la Ley de 1870. En ellos, se hace un estudio detallado de cada uno de los proyectos de artículos y de los artículos de la Ley de Matrimonio civil, que aspiran a regular o regulan en el caso de la Ley de 1870, las instituciones normativizadas en las ocho Leyes de Toro objeto de este trabajo.

Asimismo, se destina un epígrafe, al tratamiento de la jurisprudencia del Tribunal Supremo desde su creación hasta la promulgación del Código civil, fragmentando también su análisis por materias, para de este modo llegar a comprobar que durante todo el siglo XIX, y a través de la Novísima Recopilación, era efectiva la aplicación del régimen jurídico de la mujer casada regulado en las Leyes 54 a 61 del Ordenamiento de 1505.

— El tercer capítulo de esta parte, último del trabajo, se ha consagrado al sucinto estudio de los artículos del Código civil que regulan la aceptación y repudiación de herencia, la contratación y comparecencia en juicio, la renuncia a los gananciales, la fianza y obligación mancomunada, y la potestad doméstica de la mujer casada, como claro exponente de que el Código, en cuanto a las limitaciones a la capacidad de obrar de la mujer casada, enlaza con la legislación anterior y por tanto se separa del ejemplo francés. Y, de que hasta las Leyes de Reforma del Código civil de 24 de abril de 1958, 2 de mayo de 1975 y 7 de julio de 1981, no se deroga de forma sustantiva el transcendental principio regulado en las Leyes 54 a 61 de Toro: el sistema de licencia marital; y no se consagra el fundamental principio de equiparación de los cónyuges.

IV. MÉTODO SEGUIDO

El criterio metodológico que destaca en la presente investigación es el «exegético». Por ello, el trabajo realizado puede aparecer como reiterativo en el examen de todas y cada una de las instituciones jurídicas que se plantean: en las diferentes épocas, a través de los distintos doctores, y en los diversos proyectos de norma y normas materiales que se han estudiado.

Para la realización de este estudio, he utilizado como método, el análisis exhaustivo de las disposiciones de Toro y de los grandes comentarios que sobre ellas realizaron los doctores de la época moderna, y los juristas de siglos posteriores, para así poder llegar a determinar el alcance de los mismos, como única forma posible de precisar los conceptos y contenidos, porque la redacción de los autores, aunque clara y brillante, es repetitiva, lo que produce que el análisis individual de cada institución se haga a veces arduo, e incluso que en ocasiones se interpreten los criterios a través de otros que partían de distinto punto.

Junto al método exegético y al normativo-deductivo, como método eminentemente histórico-jurídico, se han utilizado otros instrumentos o perspectivas, que ayudan a explicar el verdadero sentido del trabajo: el recurso al análisis comparativo, dirigido a cotejar entre sí las normas o proyectos de normas, e instituciones de los distintos momentos históricos; y el auxilio al estudio semántico de fijación del significado de la norma jurídica, del proyecto de norma y del comentario del jurista, en el contexto en el que nacen.

Sin duda se me puede objetar el exclusivo análisis de los comentaristas castellanos, y que no realice el de los glosadores y postglosadores del *ius commune*, verdadera fuente de inspiración de CASTILLO, CIFUENTES, PALACIOS RUBIOS, Antonio GÓMEZ, MATIENZO, o ACEVEDO. Las razones fundamentales por las que excuso su examen son: por una parte, que sus argumentos, en la materia que me ocupa, al ser la *communis opinio*, son seguidos y citados insistentemente por los doctores castellanos e incorporados a su pensamiento jurídico, luego, la doctrina de los autores castellanos representa de manera puntual esa *communis opinio*. Y, por otro lado, que los comentaristas castellanos refieren excelentes observaciones del Derecho tradicional, y dado que este estudio se proyecta en el tiempo, he considerado más conveniente fijar la atención sobre las citas del antiguo Derecho castellano, porque en los Discursos Preliminares de los Proyectos de Código del siglo XIX, de la Ley de Matrimonio civil, y en la Ley de Bases del propio Código civil, se alude con persistencia a la fuente de inspiración en que todos ellos procuran fundamentar los textos: el Derecho histórico castellano.

Desde esta perspectiva, constituye el centro de atención de la inves-

tigación, las Leyes 54 a 61 de Toro, las cuales, a través de una depuración jurídica de su texto, y de las opiniones de los comentaristas, me ha llevado a trazar la evolución casi lineal de su regulación y de su doctrina, hasta nuestros días.

V. FUENTES UTILIZADAS

La fuente legal principal utilizada ha sido, lógicamente, las Leyes de Toro de 1505. Junto a esta fuente normativa, y con similar significación para el trabajo realizado, he acudido a los comentarios a dichas Leyes, a la literatura jurídica.

En consideración a la índole de la investigación, además he recurrido a las fuentes documentales, tanto publicadas como inéditas, así como a trabajos y monografías sobre el matrimonio, la familia y la posición que en una y otra institución ocupaba la mujer, para llegar a conocer la situación real, la auténtica realidad social en que la mujer casada vivía y actuaba, a veces lejana a las disposiciones legales y desde luego, siempre desconocedora de la doctrina jurídica.

Dentro de las fuentes documentales publicadas que he utilizado, tengo que hacer especial mención de los Proyectos de Código civil de 1821, 1836 y 1851, porque aunque no sirven para conocer esa auténtica realidad social de la mujer casada, sirven para afirmar la proyección histórica de las leyes de Toro, y que el texto de los mismos, aun siendo meros proyectos de norma, reflejan en su contenido y en su literalidad, el espíritu y la forma de las normas de 1505.

Junto a esta documentación publicada, me han sido de gran utilidad, otros documentos editados, tales como colecciones diplomáticas, colecciones de fórmulas jurídicas y formularios notariales, porque me han aportado datos referidos a las actuaciones que realizaban las mujeres casadas y a la manera de llevarlas a cabo. Así como, los documentos inéditos, del Archivo General de Simancas especialmente, que me han permitido confirmar si en la práctica la mujer casada actuaba como el Derecho le permitía o si su actuación se alejaba de la normativa vigente.

En cuanto a las fuentes bibliográficas, hay que señalar que, aunque

la condición jurídica o la situación histórica de la mujer en general, son temas cada vez más estudiados en los últimos años, sin duda debido a la tan aireada liberación de la mujer, y aunque han sido numerosos los trabajos que han ido apareciendo, y que en su mayoría se han consultado, son muy pocos los realizados desde la doble perspectiva histórica y jurídica a la vez, en lo que se refiere a la mujer casada en concreto.

VI. EXTRACTO DE LAS CONCLUSIONES

Las principales conclusiones extraídas de la investigación llevada a cabo sobre las limitaciones a la capacidad de obrar de la mujer casada en el Derecho histórico estudiado, pueden resumirse de la siguiente manera:

La mujer en Derecho romano clásico no tiene capacidad jurídica. Normalmente es *alieni iuris*, como hija está bajo la *patria potestas*, y como esposa bajo la *manus mariti*. Cuando por carecer de una u otra, es persona *sui iuris* se la somete a la *tutela mulieris* debido a la debilidad y fragilidad del sexo, y no goza de capacidad. Al contraer matrimonio, si éste se acompaña de la *conventio in manu*, la mujer abandona su familia y entra a formar parte de la de su marido, sometiéndose directamente a la *potestas* del marido si él es *sui iuris (loco filiae)*, o quedando bajo el mismo poder doméstico a que su marido esté sometido si él también es *alieni iuris (loco neptis)*. Cuando el matrimonio se constituye *sine manu*, la mujer casada se libera, se la considera persona *sui iuris*, y por ello capaz. No está bajo la absoluta potestad de su marido, y aunque limitada en su capacidad por razón de matrimonio, es protegida y hasta favorecida por la legislación, de los posibles abusos del marido, como único gestor y administrador de la sociedad conyugal.

El Cristianismo favorece la consideración social de la mujer e influye decisivamente en la visión que de ella existe en las épocas postclásica y justiniana. Al declarar a la esposa «compañera y no sierva» se eleva su estimación como persona humana, su papel en el matrimonio, colocando a los cónyuges en un plano de igualdad. Pero esta idea, al ir unida a la noción de marido como cabeza de la mujer, conforme a la tradición bíblica de que la mujer nació del varón y fue creada para que éste no

estuviera solo, hace que a la vez se tenga a la mujer sometida al marido, aunque no a modo de servidumbre, sino «como la Iglesia a Cristo».

Al desaparecer la *tutela mulieris* y la *manus mariti*, mejora la condición jurídica de la mujer, y aunque ésta se someta a una especie de tutela del cabeza de familia, limitando su capacidad de actuación a la obtención del consentimiento del marido, se justifica en su propia protección y en las exigencias de la unidad familiar que el marido dirige y gobierna.

El Derecho visigodo aún, en cierto modo, las limitaciones romanas y la apertura que supone la doctrina cristiana. Y, en este sentido, si bien limita la capacidad de la mujer casada en beneficio de la relación matrimonial y familiar, a la vez, la dota de una esfera de actuación dentro de la comunidad conyugal que le permite disponer libremente, en pequeña cuantía, de los bienes consorciales, «la potestad de las llaves».

En los diversos sistemas jurídicos altomedievales, la mujer casada necesita el «otorgamiento» del marido para poder actuar. Debido al fenómeno de la repoblación y a las continuas incursiones militares de los maridos, se determinan en los distintos Ordenamientos locales, situaciones ocasionales en las cuales pueden las mujeres casadas actuar sin dicho «otorgamiento», si bien es verdad que son negocios de poca importancia: «de menos de cinco sueldos o un maravedí» y «de fechos mugeriles».

Durante el período de integración, ni en las normas legales ni en los documentos de aplicación bajomedievales se aprecia que la situación de la mujer casada empeore con respecto a la leve liberalidad ostentada en la época anterior. Si bien las circunstancias sociales y económicas han cambiado, y es el marido el que directa e inmediatamente rige el consorcio conyugal y familiar, las limitaciones a la capacidad de obrar de la mujer casada son las mismas, no se acentúan las restricciones, aunque ahora, debido a la Recepción justiniana, están reguladas positivamente de forma detallada en toda obra legislativa de Alfonso X y en especial en las Partidas Cuarta, Quinta y Sexta.

La normativa que surge a raíz de la Recepción romano-canónica, es la que sirve de base, a las instituciones reguladas en las Leyes de Toro y que son el objeto central de este estudio. Las Leyes 54 a 61 del Ordenamiento de Toro, al regular los principios y las instituciones esenciales

relativas a la capacidad de obrar de la mujer casada, se convierten en el texto legal fundamental hasta la Reforma del Código civil de 1975.

A su vez, durante el siglo XVI, y como comentarios al Cuaderno de 1505, se va formando toda una doctrina jurídica de las instituciones allí contenidas. Los doctores a través de sus comentarios a las Leyes que estudio, van formando con base en el Derecho común, la teoría sobre la capacidad jurídica de la mujer casada, la cual con escasas modificaciones, influye de manera decisiva en la legislación, e incluso en la dogmática jurídica del siglo XIX.

La Ley 56 de Toro regula la licencia marital como sistema de carácter general, y requisito indispensable para la válida actuación de la mujer casada. La razón de ser de esta institución jurídica, desarrollada por vez primera en el Derecho castellano (no instaurada dado que en los Fueros ya existía el sistema de otorgamiento) es la necesidad que tiene de ella la mujer casada para completar su capacidad jurídica, y, en consecuencia, actuar eficazmente. La mujer casada, limitada en su capacidad de obrar para no perjudicar la sociedad conyugal y familiar, obtiene con la licencia del marido el instrumento que la libera de esa restricción de capacidad.

Los comentaristas a la Ley 56 de Toro fijan el concepto de licencia marital, su ámbito, forma y efectos. Exponen, en una palabra, la teoría jurídica de esta institución.

A falta de licencia marital, las Leyes 58, 57 y 59 de Toro regulan otros medios jurídicos capaces de suplir la autorización del marido: la ratificación marital y la licencia judicial supletoria. Por primera vez son normativizadas estas dos instituciones en el Derecho histórico, y como la licencia marital, son elaboradas dogmáticamente por los doctores en su concepto, clasificación, ámbito, efectos y excepciones. Con licencia marital, ratificación del marido o licencia judicial, la mujer casada es capaz y puede actuar judicial y extrajudicialmente.

Además de regular las instituciones generales e indispensables para la capacidad de obrar de la mujer casada, el Ordenamiento de Toro de 1505 en las Leyes 54, 55, 60 y 61, regula esferas concretas de su actuación jurídica. Mientras en las Leyes 56 a 59 se recogía la limitación general

de capacidad de la mujer casada y el medio o los medios jurídicos a su alcance para completar esa capacidad limitada, en las otras cuatro Leyes anteriormente mencionadas, se especifican las materias o los campos de actuación en los que puede actuar la mujer casada con licencia o sin ella, y aquellos otros en los que no puede actuar ostente o no dicha licencia.

La Ley 54 de Toro, regula la aceptación o repudiación de herencia por parte de la mujer casada. Determina su incapacidad, para repudiar todo tipo de herencia, y para aceptarla sin el beneficio de inventario, cuando no tiene la licencia del marido. Así como, su capacidad para aceptar una herencia declarada a beneficio de inventario, aunque no cuente con dicha licencia, ya que en ningún caso esa aceptación perjudicará al marido, a los hijos, o incluso a ella misma.

La Ley 55 de Toro, trata la limitación de capacidad de la mujer casada para obligarse judicial y extrajudicialmente. Especifica algunas de las actuaciones que no puede realizar sin licencia marital, y la invalidez de lo que lleve a cabo sin el requisito exigido; y, si bien es verdad, que algunos de los contratos son específicamente tratados en otras Leyes (en la Ley 61, la fianza y la obligación mancomunada), la generalidad de ellos le están prohibidos por la Ley 55.

La mujer casada sin licencia marital no puede celebrar contratos, rescindir contratos llevados a cabo con anterioridad al matrimonio, liberar obligaciones y cuasicontratar. Además, la mujer casada sin licencia de su marido no puede comparecer en juicio por sí o por medio de procurador.

La doctrina que se forma al comentar esta Ley, incluye la mayor parte de las obligaciones a las que la mujer casada no puede acceder si no es con la licencia precisa para completar su capacidad. Son los doctores los que, examinando cada una de las formas de adquirir, van indicando cuáles puede realizar la mujer casada con licencia y cuáles puede llevar a cabo sin dicha licencia (testar o ser testigo, donar, dotar, etc.). También señalan los casos en que la mujer casada aún no teniendo la licencia marital, puede comparecer en juicio (delitos, causas de separación o divorcio, etc.).

Consagrado en Fuero Real III, 3, 1, 2, y 3, el carácter legal de ganancialidad como régimen económico matrimonial, en las Leyes de Toro no

se regula de forma explícita el sistema de gananciales. Sin embargo, implícitamente se presupone en la Ley 60, al eximir a la mujer casada que renuncie a ellos, de pagar las deudas que el marido hubiere contraído durante el matrimonio. Esta exención de responsabilidad es posible que sistemáticamente no ocupe el lugar idóneo en el conjunto del Ordenamiento (dado que las seis Leyes anteriores y la posterior son las concretas del tema de trato), pero las Leyes de Toro, al ser asistemáticas no tienen un orden de materias determinado, y en realidad la del régimen de ganancialidad podría ir encuadrada tanto en el lugar que ocupa como en otro cualquiera.

Todos los doctores que comentan la Ley 60, recuerdan la regulación del régimen de gananciales en el Derecho anterior, y examinan el momento preciso en el que la mujer casada puede renunciar a los bienes gananciales, y así no responsabilizarse de lo actuado por su marido durante el tiempo que dure el matrimonio.

Una de las Leyes de Toro que más ampliamente ha sido tratada a lo largo de la Historia, ha sido sin duda la Ley 61, que regula la fianza y la obligación mancomunada de la mujer casada. Esta norma, no menciona la necesidad de licencia marital, a diferencia de las Leyes 54 y 55, que como acabo de exponer, prohibían ciertas actuaciones a la mujer casada sin el requisito de la licencia, pero se le permitían, si obtenía el consentimiento marital o la autorización del Juez.

La Ley 61 prohíbe de manera absoluta, que la mujer casada afiance al marido, y de manera relativa, que se obligue mancomunadamente con él.

La prohibición de afianzar al marido es regulada por primera vez, y de forma directa en Toro.

En Derecho romano, la mujer casada tenía prohibido interceder en general y afianzar al marido en particular, a través, respectivamente, del Senadoconsulto Velejano y de la Auténtica *si qua mulier*, consecuencia de la coexistencia y complemento que se daba a los principios de «protección y prohibición» de la mujer. Se establecía la prohibición de interceder y por tanto se limitaba su campo de actuación, pero a la vez con ello, se la protegía de los perjuicios que por falta de conocimientos en asuntos jurídicos pudieran afectarla.

En Derecho castellano, la prohibición de afianzar la mujer casada a su marido, nunca fue regulada específicamente hasta 1505.

En algunos Fueros locales y en aplicación del Senadoconsulto Velezano, se regula la prohibición de afianzar en general por parte de la mujer, con tres excepciones en lo referente a la mujer casada: si tiene el consentimiento del marido, si la obligación es menor de cinco sueldos o de un maravedí, y, si es panadera o de «bohon», que en esos casos puede afianzar a un tercero.

En Partidas V, 12, 2 se dice «... que muger ninguna non pueda entrar fiador por otri...», por lo que también se refiere al Senadoconsulto Velezano. Dentro del término «otri» se puede incluir al marido, pero no se recoge en concreto la prohibición especial de afianzarle, es decir, la Auténtica de Justiniano. Es la Ley 61 de Toro la que inserta la prohibición específica de afianzar al marido.

El hecho de prohibir a la mujer casada afianzar tanto al marido como a los terceros se consideraba un beneficio para ella, al cual podía renunciar siempre y cuando ante fedatario público se diera por conocedora del beneficio al que renunciaba y declarara que lo hacía sin ningún tipo de coacción (Partidas V, 12, 3, razón tercera). Esta renuncia al Senadoconsulto Velezano, a la Novela de Justiniano, a las Partidas y a las Leyes de Toro, debió de llegar a ser tan habitual que se convirtió en una fórmula jurídica, continuamente utilizada en la práctica de todos los documentos públicos que las mujeres otorgaban durante la Edad Media y la Edad Moderna en aplicación del Derecho castellano.

Aunque como fórmula jurídica y como ocurría con otras fórmulas de renuncia de documentos medievales, podría pensarse que las mujeres en realidad no renunciaban, y simplemente era una cláusula de estilo para evitar la aplicación del Derecho romano-justiniano, sostengo, que tal renuncia existía de hecho y que por tanto aún siendo una ley prohibitiva y por ello irrenunciable, en aquella época la concepción de norma de Derecho público y necesario no se conocía, y se renunciaba a ese tipo de leyes: porque existen documentos de aplicación en que claramente se incluyen esas palabras, y porque la mayor parte de los comentaristas de las Leyes de Toro hablan de *«la práctica constante que existía, y por la cual, aunque las leyes concedían a las mujeres el beneficio de no poder obligarse, sin*

embargo, ellas tenían la facultad de renunciar de este favor, siempre que sabedoras de él quisieran renunciarle».

Las Leyes que beneficiaban a la mujer en general (Senadoconsulto Velejano y Partidas V, 12, 2 y 3), y a la casada en particular (Auténtica *si qua mulier* y Leyes de Toro), al ser posible su renuncia, dejan de producir tal beneficio, y en realidad la equiparan al varón por el hecho de poder obligarse y afianzar. Renuncian en su propio perjuicio, al favor que se les concede. El tratamiento de favor que significaban el Senadoconsulto Velejano, las Partidas, la Auténtica justiniana y las Leyes de Toro, implicaba una discriminación entre el hombre y la mujer, entre los cónyuges, porque la mujer no era sujeto destinatario de la norma en igual condición que el marido, aunque en este caso fuera favorecedora de la mujer.

Por lo que se refiere a la prohibición de obligarse mancomunadamente con el marido, también regulada en la Ley 61, considero que no es una prohibición absoluta, dado que se admite como excepción a la misma, el provecho de la mujer. En esto se diferencia de la prohibición de afianzar, en la cual la Ley es tajante al no admitir esa excepción.

Si la mujer casada se obliga mancomunadamente con su marido, pero se prueba que es en beneficio de ella misma, es válida dicha obligación y por tanto, ella responde.

Cuando el provecho admitido para la mujer en la obligación mancomunada resulta ser el de las cosas necesarias para ella y su familia, se la exonera de responsabilidad, porque se considera responsable de la obligación exclusivamente al marido. Esta parte de la Ley 61 se ha venido apuntando como antecedente directo de la institución denominada en el siglo XIX, «potestad doméstica de la mujer casada», porque aunque ya en Derecho visigodo existía la llamada «potestad de las llaves» y en los fueros locales los llamados «fechos mugeriles», éstos eran los antecedentes remotos de la institución. Es en la Ley 61 de Toro, donde se plasma y desarrolla este pequeño campo de actuación que ostenta la mujer casada sin necesidad de licencia marital ni judicial y de acuerdo con el cual, puede realizar todos aquellos negocios jurídicos que sean necesarios para la vida ordinaria de la familia.

Esta Ley en su última parte, regula una excepción referida a las deudas

públicas, que atañe al contenido completo de la norma, y que determina la responsabilidad de la mujer casada por las obligaciones contraídas a mancomún con su marido, o por el afianzamiento de éste, cuando versen sobre rentas y derechos del fisco regio.

La regulación de las Leyes de Toro al pasar literalmente a la Nueva Recopilación y a la Novísima, permanece vigente de forma íntegra hasta el período codificador. Aunque en el siglo XIX, y en la materia que trato, la influencia de la Filosofía del Código napoleónico se deja sentir, en mayor o menor medida, la base de la regulación de estos institutos en los diversos Proyectos de Código civil, sigue siendo de forma constante, la normativa de Toro, y sobre todo la doctrina de los doctores.

En el Proyecto de Código civil de 1821, el enunciado de alguno de los artículos que regulan los derechos y deberes de los cónyuges, se corresponde con artículos del Código francés de 1804, aunque el contenido se asemeja al Derecho histórico. En los artículos 324 a 323, el paralelismo con las leyes 54 a 59 de Toro es casi total, por lo que, aún con matices de inspiración francesa, el legislador se basa en el Derecho tradicional castellano.

En el Proyecto de Código civil de 1836, los artículos 180 a 189 tratan con originalidad de los derechos y obligaciones de los consortes. Esta originalidad subyace en algunos de los términos utilizados (mutuo, ambos, comunes, recíproco...), los cuales permiten atisbar un ligero alivio en la condición de la mujer casada. Sin embargo, esta presunta liberación de la mujer se descarta en el «duro» artículo 195, que inspirado en el Código francés, concede al marido la administración de todos los bienes del matrimonio.

Por lo que respecta al tema concreto que me ocupa, los artículos 196 a 219 de este Proyecto se paráñgonan con las Leyes 55 a 59 de Toro, a veces de manera literal y a veces con ampliaciones de la doctrina de los comentaristas a dichas Leyes, apartándose así del modelo francés en aras del Derecho castellano.

El Proyecto de Código civil más completo y que más aportó a los trabajos de codificación posteriores, fue sin duda el de 1851. Aunque se ha llegado a decir que la Historia de este Proyecto es la Historia de la

Recepción en España del Código de Napoleón, en realidad su artífice, GARCÍA GOYENA, se esforzó por conciliar leyes antiguas hispanas con los más modernos Códigos extranjeros. En algunas ocasiones, reprodujo fielmente instituciones francesas, pero en otras, se basó en instituciones castellanas, y en los grandes comentaristas de los Cuerpos legales tradicionales.

Los artículos relativos a derechos y deberes de los cónyuges son más restrictivos para la mujer casada que los del Proyecto de 1836.

Los preceptos relativos a la administración del consorcio conyugal están en la misma línea que el Proyecto anterior. Se declara al marido jefe de la sociedad conyugal, y se le atribuye la absoluta gestión y administración de todos los bienes del matrimonio, tanto los comunes como los privativos.

Por lo que respecta a la capacidad concreta de actuación de la mujer casada, en el Proyecto de 1851 no se pueden parangonar ni en la forma ni en el contenido los artículos de este Proyecto con las Leyes de Toro. Los proyectos de norma de GARCÍA GOYENA son copia de artículos del Código de 1804, lo que supone un absoluto empeoramiento de la situación jurídica de la mujer casada. Y, aún hay más, el artículo 987 declara a la mujer casada incapaz para contratar (copiando el art. 1.124 del Código francés), luego de ser persona limitada en su capacidad, pero capaz de actuar cuando completa esta restricción con la licencia del marido, pasa a ser considerada incapaz, a considerársela como un menor de edad y por ello, a declarar al marido su representante legal.

La Ley de Matrimonio civil al declarar en el artículo 45, que el marido está facultado para representar en juicio a su mujer, y darle licencia para contratar, está considerando a la mujer casada judicialmente incapaz, y extrajudicialmente limitada en su capacidad, por lo que es el primer texto sustantivo que recoge esa representación legal (aunque parcial) del marido, dado que el Proyecto de GARCÍA GOYENA no tuvo vigencia. El sistema regulado en la Ley de 1870 es bisagra entre el sistema del Derecho tradicional castellano y el del Código napoleónico.

Acoge en el artículo 51 la llamada «potestad doméstica de la mujer casada», aludida ya en el Proyecto de 1851 (art. 1.287), y regulada ahora

como precedente inmediato de los artículos 62 y 1.362 del Código civil de 1889.

Una institución regulada por primera y única vez en el Derecho patrio, es la contenida en el artículo 52 de esta Ley, que trata de la necesidad que tiene la mujer casada de licencia marital o judicial para publicar obras literarias o científicas.

El Código civil de 1889 al derogar la Novísima Recopilación derogará en realidad, en la materia que estudio, las Leyes de Toro, que son las que venían aplicándose, incluso con alusiones directas a ellas, en las Sentencias del Tribunal Supremo. Este Alto Tribunal en sus resultandos aplica las Leyes de la Novísima como Derecho vigente, pero siempre aludiendo directamente, y aclarando que son sus correspondientes Leyes de Toro.

Aunque la Ley de Matrimonio civil se ocupara de estas instituciones, debido a su azarosa vigencia, no fue considerado su Capítulo V, sino a través de alusiones a las Leyes de la Novísima, que regulaban este campo. Por ello, es por lo que hasta la publicación del Código civil se tiene a las Leyes de Toro como las normas aplicables en las actuaciones de la mujer casada.

El Código civil no declara incapaz a la mujer casada, sino limitada en su capacidad, enlazando así con el sistema de la legislación anterior y no con el Proyecto de 1851, como ocurrió en otras materias. Aunque el Código declare al marido representante de su mujer en el artículo 60, y se esté intuyendo en teoría un menor campo de actuación, en la práctica su condición jurídica será idéntica a la del Derecho tradicional castellano, porque la exigencia del requisito de la licencia marital es la misma que existió en épocas anteriores, y por tanto, en las diferentes esferas, su actuación y situación será análoga.

El hecho de que el Código requiera la licencia para completar la capacidad de la mujer casada, está quebrantando el principio de absoluta incapacidad de la misma, está declarándola capaz de actuar con la licencia del marido o con la licencia judicial, y por consiguiente, está determinando que no precisa representante legítimo. Por otro lado, el hecho de que la mujer casada pueda administrar sus bienes privativos, está quebrando

la unidad de gestión y administración de todos los bienes del matrimonio, que ostentaba el marido. Ahora, él la tendrá con respecto a los bienes de la sociedad conyugal, pero no a todos los bienes del matrimonio, no respecto a los parafernales.

Si bien anteriormente he apuntado que, aún dentro de ser un tratamiento de favor para la mujer, la prohibición de obligarse y afianzar, y la posibilidad de renunciar a estas normas prohibitivas, significan una discriminación entre los cónyuges. Al publicarse el Código civil y consecuentemente, al terminar la posibilidad de renunciar a esas leyes beneficiosas para la mujer, ésta, es en alguna medida equiparada al marido, ya que con su licencia puede obligarse y afianzar, sin posibilidad de renuncia, y por tanto, salvado el discriminatorio requisito de la licencia, la norma es la misma para ambos.

Esta tenue e incipiente política legislativa de equiparación podría pensarse que perjudica a la mujer al cesar el trato de favor anterior, sin embargo, la desaparición de un privilegio no debe valorarse negativamente en el tratamiento jurídico de la mujer casada, y ello por la razón de que el parámetro que decide la condición jurídica en la mujer es el de su mera condición de persona. Hay trato desigualitario cuando la norma se dirige específicamente al hombre o a la mujer, hay trato igualitario cuando la norma se dirige a la persona.

Hasta la Ley de 2 de mayo de 1975 no se puede hablar de reforma legislativa en la situación jurídico-civil de la mujer casada desde 1505. La evolución histórica de la capacidad de obrar de la mujer casada había sido notoriamente lineal hasta ese momento. La proyección de las Leyes de Toro fue absoluta en el tema que me ocupa.

La Ley de 1975, al declarar que el matrimonio no restringe la capacidad de la mujer casada, está reconociendo sus posibilidades de actuación y suprimiendo el requisito de la licencia marital. El espíritu de equiparar a ambos cónyuges se manifiesta a lo largo de toda la reforma. Al declarar que ninguno de los cónyuges puede atribuirse la representación del otro si no le ha sido conferida, está suprimiéndose aquella hipótesis del Código civil que declaraba al marido representante de su mujer y a la vez permitía actuar a ésta con su licencia.

Esta Ley supuso para el Ordenamiento jurídico español, el primer gran paso en la liberación de la mujer. La equiparación de los cónyuges representó el inicio del camino en pro de la igualdad de sexos, igualdad que fue declarada como principio fundamental en el artículo 14 de la Constitución de 1978, y que representa el reconocimiento de capacidad a la mujer casada, y por ello, el final de las limitaciones a la misma.

Por último, considero que la situación jurídica de la mujer casada en la evolución del Derecho histórico estudiado, ha sido homogénea, casi lineal y constante desde que se atisban los primeros inicios de Derecho propiamente castellano hasta hace apenas una década. Salvados los cinco años de dudosa vigencia de la ley de Matrimonio civil, que declaraba la representación judicial del marido y por tanto la incapacidad judicial de la mujer casada, en el resto del devenir histórico-jurídico-privado, la mujer es persona capaz judicial y extrajudicialmente; y la casada ve limitada su capacidad para no perjudicar la unidad conyugal y familiar, pero aún así, es capaz para actuar cuando cuenta con la licencia marital o judicial, u otra en ausencia del marido o en incumbencias jurídicamente regladas. El sistema de licencia general, regulado materialmente en las Leyes de Toro, ha regido sin interrupciones la actuación jurídico-civil de la mujer casada hasta 1975.