

EL ORIGEN DE LA POTESTAD MARITAL

Por JAIME LOPEZ RAYGADA.

(Alumno de la Facultad)

ROMA.

La familia en los tiempos históricos romanos aparece bajo la forma Patriarcal.

Existieron en Roma dos grandes divisiones en el matrimonio.

El matrimonio quiritario y el matrimonio libre.

El primero presentaba una característica principal y que urge destacar para nuestro estudio: El Poder Marital es absoluto. La mujer pasa a formar parte de la casa de su marido "es filiae familias loco" y es considerada como una hija respecto de su marido. El marido puede vender y dar muerte a la mujer, incluso cederla por una noche o varias a quien le parezca.

Este matrimonio quiritario, del antiguo derecho romano, tiene tres formas que son: 1º COEMPTIO, el matrimonio por compra. La mujer era adjudicada al marido por el padre. 2º COFARREATIO, en el cual hay ceremonias rituales. 3º el matrimonio por USUS, que surge de la idea de que la hija es un objeto patrimonial, que es propiedad del Padre, y así siendo como una cosa, bien se puede "usucapir", es decir adquirir por prescripción. El marido adquiría por prescripción la mujer con quien convivía maritalmente durante un año; se ven aquí claros germenés del matrimonio por raptó.

Ahora bien, todos estos matrimonios tienen como efecto principal la MANUS MARITI (Poder Marital) que no es sino una de las formas en que se manifiesta el poder del señorío doméstico. Hay aquí un poder omnimodo, en el cual hay todavía una imagen del poder paterno, enraizado con la organización Patriarcal. El marido en este matrimonio toma el lugar del Pater.

Hay discusiones sobre el concepto de la Manus. Se supone por algunos autores que la Manus comportaba un poder sobre los bienes de la mujer, siendo el poder marital surgido del hecho mismo del matrimonio, hubiera o no Manus (Gide). Para otros el origen de la Manus y sus efectos están ligados a la antigua idea del dominio, constituyendo una forma de

propiedad respecto de las personas y bienes de la mujer casada. (1).

Pero el hecho es que, aparte de esta distinción dogmática cuyas consecuencias vamos a observar dentro de poco, el hecho es decimos, que en el matrimonio CON MANUS se producía un derecho que llegaba al de poder prestar y ceder a la mujer; también había un derecho de consecuencia, un derecho de corrección en el que se llegaba a las vías de hecho, pudiéndose dar muerte a la mujer; había también un derecho sobre los bienes que pasaban a poder del marido.

Todos estos derechos como dicho antes eran un reflejo del Poder Patriarcal.

VEAMOS EL MATRIMONIO LIBRE.— Este se origina por una evolución muy característica del formalista derecho romano. Nacido el matrimonio por "usus", mediante el cual se puede adquirir una mujer por prescripción se caracteriza la comunidad matrimonial por la convivencia ininterrumpida. Ahora bien, esta comunidad se puede romper por la "usurpatio" forma cierta de interrumpir la comunidad conyugal, y entonces no se llega a convalidar el matrimonio por "usus", como decimos cuando se ha interrumpido el plazo anual, por la ausencia efectiva de la mujer. Luego aparece la "trinoctium" interrupción simbólica de la comunidad conyugal. Con esto se trata de impedir que se produzca la "Manus Mariti", nada más. **HA NACIDO PUES EL MATRIMONIO SINE MANUS O LIBRE.**

ASI LA MANUS BASE DEL DERECHO MATRIMONIAL ROMANO HA PASADO A LA CATEGORIA DE ACCIDENTAL.

Ahora se reconoce sólo un verdadero poder marital, ya no extensivo a los bienes de la mujer, de aquí que sea posible pensar que verdaderamente la Manus era sólo poder sobre los bienes, ya que al desaparecer esta del derecho matrimonial romano, no sólo no muere la potestad marital, sino que ella se fortifica y cobra su verdadera individualidad, desligándose de sus rezagos patriarcales.

Veamos como opina a este respecto un tratadista de la categoría de Rodolfo Sohm:

"No debe creerse en modo alguno que en los matrimonios libres no existía poder marital. Lejos de ello, es esta precisamente la modalidad de matrimonio que entraña verdadero Poder Marital, el cual no es — como la antigua Manu — simple imagen del Poder Paterno — sino PODER CONYUGAL propio y genuino — En el Matrimonio libre se encierra el PODER MARITAL DE LOS TIEMPOS FUTUROS que representa la antítesis del Poder Patriarcal". (2)

¿En que consiste este Poder Marital que vemos aparecer, ahora definido propio? es un poder que coexiste es verdad con el Poder Paternal, ya que los bienes de la mujer y la persona de la mujer en cierta forma siguen sujetas al Pater. El Poder que surge ahora distinto y claro, diferente del Paternal, teñido de Patriarquía, consiste para el Esposo en exigir que se respete la Comunidad conyugal de su vida. Así dispone en todo lo que compete a su régimen conyugal fija el domicilio, elección que

(1).—Felipe Sánchez Román.—"Estudios de Derecho Civil y el Código Civil.—Historia General de la Legislación Española.—Tomo V.—Derecho de Familia.—Pág. 135.

(2).—Instituciones de Derecho Privado Romano Historia y Sistema.—Rodolfo Sohm.

la mujer comparte ipso jure; provee aquello que toca a la educación de los hijos, al presupuesto familiar, y, finalmente dispone de un gran medio jurídico para hacerse respetar en sus derecho de marido: si un tercero, aun el padre de la esposa, retiene a la mujer, puede el esposo hacer uso de un interdicto para recobrarla: **EL INTERDICTUM DE UXORE EXHIBENDA AC DUCENDA.**

Es verdad, que en los matrimonios libres, alienta ya la familia cognaticia, que elevará la situación femenina. Pero allí está patente y claro el **PODER MARITAL**, definido y distinto al Poder del Pater.

La comprobación que surge, pues, de estos hechos es la siguiente: En el Derecho Romano existió la Potestad Marital.

GERMANIA.

En contacto con los romanos aparece la familia germana con las características patriarcales.

Sus costumbres son austeras y la familia se presenta dentro de una agrupación de gentes unidas por vinculos de sangre: La "Sippe". Todos los que la forman están unidos por un sentimiento de solidaridad.

La primitiva forma de patrimonio fué la "compra" por un precio, que constituye "la dote germana". Este, primero se daba al Padre o tutor y constituía el precio del "Mundium", luego se daba a la mujer a título de **MORGENGABE** (Símbolo de remuneración del primer beso). El efecto jurídico era la **COMPRA VENTA DE LA MUJER**. En los antiguos textos germanos, eran palabras sinónimas "MUJER COMPRADA — MUJER LEGITIMA (3).

Es interesante que entremos ahora a tratar del "MUND" o **PODER DEL JEFE DE FAMILIA**.— Mientras para algunos, como Laferriere y otros, se trata de una especie de tutela de protección a los débiles, derivado del sentimiento de una superioridad sentida por el varón, para otros como Fustel de Coulanges, Gide y Summer Maine, se trata de un Poder idéntico en facultades y extensión al del Jefe de la Familia Romana.

Esta discusión está todavía sobre el tapete, pero lo que se puede comprobar de ambos extremos es que ya se trate de una **ESPECIE DE TUTELA SURGIDA EN VIRTUD DE UNA INCONTRASTABLE SUPERIORIDAD FISICA, YA DE UN PODER DE ABSOLUTISMO INDISCUTIBLE, EL MUND, YA QUIERA TRADUCIRSE POR "TUITIO" "MUNITIO" "DEFENSIO", O "HAND" (MANO)** representa un **PODER MARITAL AL QUE SE LE ATRIBUYE EL ORIGEN DE ESTA FIGURA EN EL DERECHO MODERNO. (4).**

Este poder Marital que hacia pasar a poder del marido a la persona de la mujer y a sus bienes, tenía gran extensión. La incapacidad de la mujer entre los germanos era perpetua y general, siempre había un varón que velaba por ella, era capaz de tener derechos, pero nunca de ejer-

(3).—F. Sánchez Román.—174.—(Obra citada).

(4).—Planiol y Ripert Tratado Práctico de D. Civil Francés.—Tomo II.—La Familia.—Pág. 281.

cerlos. Aunque si tuvo facultades de gestión en los asuntos domésticos.

En el origen del matrimonio por compra, se puede encontrar la extensión y la firmeza de este Poder Marital tan amplio.

Pero a pesar de esto la mujer gozó entre los germanos de gran consideración, quien sabe se pueda hallar en este sentimiento un legendario origen matriarcal. El espíritu caballeresco de los germanos hallaba algo de misterioso y de sobrenatural en la mujer. Estaba siempre rodeada de consideraciones y se oye su opinión para tomar las armas. Una ofensa a la mujer es causa de graves cuestiones de honor y el homicidio de una mujer es castigado con más dureza que el de un magnate.

Este sentimiento exaltado es el antecedente de la frase con la que marchaban a la batalla los grandes señores de la guerra de la Edad Media: "Por mi Dios, por mi Honor y por mi Dama".

Era exigencia la virginidad femenina para el matrimonio y sólo los magnates, excepcionalmente, practicaban la poligamia.

Pero al lado de estos dignos sentimientos debieron existir y de hecho existieron abusos, pues se daban cambios, donaciones y muertes de mujeres. Es verdad que estos hechos ignominiosos estuvieron controlados por un tribunal doméstico.

Ahora, antes de terminar veamos lo que dice el autorizado tratadista germano Martin Wolf sobre la constitución de la familia y el Poder Marital: "Según los antiguos derechos alemanes, la pareja conyugal aparece en varias direcciones como una asociación de personas, exteriorizándose como UNA UNIDAD en la cual el marido en virtud de su POTESTAD MARITAL (MUNT) SOBRE LA MUJER OSTENTA LA DIRECCION Y LA REPRESENTACION REGULAR, pero también la mujer por sus facultades de gestión doméstica (potestad de la llave: "SCHLUSSELGEWALT" tiene ciertos derechos de representación. (5)

He aquí la definición del Poder Marital en el Derecho Germano. El marido ostenta la dirección y la representación de la familia, la mujer goza de derechos en la gestión doméstica.

Pero lo grave es que para Wolf esta Potestad Marital ha llegado a desaparecer del derecho alemán: "el vigente derecho alemán en contraste con el francés y otros derechos románicos (nota 3ª. —Belgica, Países Bajos, Rumania, Portugal, y muchos derechos latinos de América. Diversamente Italia, Polonia, Argentina y Brasil.) ha abandonado **totalmente la Potestad Marital.**" (6)

En verdad que, afortunadamente, después de esta enfática afirmación, el tratadista germano, parece sentir ciertas dudas y en el siguiente párrafo desvirtúa totalmente lo antes afirmado:

"Pero aún en el derecho vigente conserva el marido el papel directivo. Cabe preguntarse si con esto (derecho marital de decisión, del Art. 1354, muy frecuente en el orden patrimonial) no viene AFECTADO TOTALMENTE EL DERECHO QUE ACASO UN CODIGO CREADOR HUBIERA DESENVUELTO CON MAYOR PLENITUD hasta la liberación

(5).—Ludwig Ennecerus.—Teodor Kipp y Martín Wolf.—"Tratado de Derecho Civil.—Derecho de Familia.—Tomo 4o.—Pág. 186.

(6).—Ludwig Ennecerus.—Teodor Kipp y Martín Wolf.—Obra citada.—Pág. 187.

total de la mujer, que es idea madurada lentamente en evolución secular del derecho alemán. Las novísimas leyes escandinavas del matrimonio rechazan jústamente ese derecho de decisión del marido. Así mismo la Constitución del Reich de 11 de agosto de 1919 promete (art.119.ap.1 prop.2) equipar ambos sexos en el matrimonio."

"Por el contrario el derecho francés y la mayoría de los derechos románicos mantienen resueltamente la posición directiva del marido. Derivan de esa idea no sólo una "potestad marital", una "puissance maritale" (inf. nota 28) sino que llegan a declarar nulo todo contrato incompatible con la posición del marido como "chef de la famille", por ej. "TODO CONTRATO DE SOCIEDAD ENTRE LOS CONYUGES." (7)

Finalmente en la nota N° 4, del párrafo transcrito, las dudas del tratadista se hacen graves: "RESPECTO DE LA CAPACIDAD PROCESAL lo establecía ya la L.P.C. de 1877 art. 51 ap.2—Cosack art. 41 L. 1, afirma aun para el derecho vigente una "potestad señorial marital" (eheherrliche Gewalt"). Pero no puede negarse que al marido corresponde según el C.C. la primacia y que estos son restos del desaparecido derecho del Munt. El modo de expresarse de Cosack (aunque no implica una diferencia sustancial) induce a confusión.

Hemos hecho así un salto de siglos para hallar el Munt germano en sus rastros en el derecho alemán moderno, cuya tendencia igualitaria de los sexos hemos visto tan afirmada.

Y es que si bien la Potestad Marital ha ido perdiendo fuerza, no es ni puede ser ya la imposición feroz e irrestricta de los tiempos patriarcales, ni es tampoco el Munt. La mujer ha ganado en consideración y en capacidad, pero aún no ha logrado la plena igualdad de ella en el Derecho frente al hombre. Ya lo dice el art. 1545 del Código alemán que es la expresión madurada, nada menos que de un Derecho que va a la liberación total de la mujer.

Esto no quiere decir sino una cosa, que ni aún la corriente igualitaria de los sexos ha podido eliminar esta norma necesaria, efectiva, como un suave control, que es la expresión moderna de la Potestad Marital como un Derecho de última decisión, que en la sociedad familiar, como en todo cuerpo organizado, se impone. Porque es requisito siempre, en tales cuerpos, una última palabra final y decisoria, pues en caso contrario ante un igualitarismo, imposible e ideal, no tardará en zozobrar, cayendo en un desorden anárquico.

(7).—Ludwig Ennecerus.—Theodor Kipp y Martín Wolf.—Obra cit.—Pág. 187.