

tor (1), correspondiendo á dicho consejo el nombramiento de protutor cuando no haya sido nombrado por los que designaron al tutor (2), que precisamente para vender ó gravar bienes ó para dar y tomar dinero á préstamo necesita el tutor autorización del consejo de familia (3), y que para que esa autorización se otorgue es preciso que el tutor haga constar y se justifiquen las causas de necesidad ó utilidad que lo hagan preciso ó conveniente (4). Claro es que existiendo los mismos motivos que aconsejan estas precauciones en esa clase de actos que interesen al menor no casado, que en los de la misma índole respecto del menor casado, y aun de mayor trascendencia por la nueva familia de que es representante, y á la cual aquéllos han de afectar, no se alcanza la razón de la diferencia de que se prescindan en este último supuesto de la garantía del consejo de familia, ni menos cabe suponer dentro del sistema del Código que la venta y gravamen de bienes raíces, y el tomar ó dar dinero á préstamo, pueda autorizarse exclusivamente por el tutor, no sólo sin la intervención del consejo de familia, sino sin la justificación de la necesidad y utilidad de la venta, del gravamen ó de la operación de crédito, además de lo que reclama la concordancia con la ley de Enjuiciamiento civil, en cuanto á las reglas generales para la venta de bienes de menores, la cual ley no distingue entre los casados y los que no lo son.

El Tribunal Supremo ha iniciado alguna novedad en esta doctrina con la sentencia de 12 de Febrero de 1902 (5), entendiendo que la intervención del tutor, en defecto del padre ó madre del hijo casado menor de veintitrés años y mayor de diez y ocho, no exige la autorización del consejo de familia, á los efectos del núm. 9.º del art. 269, y citando en su comprobación, por analogía, los arts. 1.352, 1.359 y 1.361 (6). Sin perjuicio del respeto que esta tendencia interpretativa deba merecer por su origen, parece que no podrá tenerse todavía por consolidada esta doctrina, siquiera la dificultad proceda de insuficiencias de dicción é incongruencias del Código en sus diferentes artículos relativos á diversas aplicaciones de este criterio suplementario de la capacidad del menor de veintitrés años, casado, ó supuestos más ó menos análogos (7).

(1) Art. 234.

(2) Art. 239.

(3) Art. 269, núm. 9.º

(4) Art. 270.

(5) Inserta en el núm. 14 de este capítulo.

(6) Insertos y explicados en los núms. 34, b y c y 36, c y 44, b y c y 46, c, cap. 18 de este tomo.

(7) En explicación, sin duda, de esta sentencia, pero ampliando su sentido con otras distinciones que en ella no se consignan claramente, es útil conocer los siguientes pasajes de la Memoria anual de 1902, formulada por el Presidente de la Sala que la dictó:

«Dispone el art. 59 del Código, en su párrafo 3.º, que el marido, mientras no llegue á la mayor edad, no podrá tomar dinero á préstamo, gravar, ni enajenar los bienes raíces sin el consentimiento de su padre, en defecto del de su madre, y á falta de ambos, sin el de su tutor, y la duda planteada en el respectivo recurso fué la de si el tutor, para autorizar al marido menor en el caso de un préstamo, tuvo ó no necesidad de recabar previamente la autorización del consejo de familia al tenor de lo dispuesto en el nú-

Por último, nada hay en el Código para suponer fundadamente que, según él, el estado matrimonial sea legalmente *incompatible* con la subsistencia del consejo de familia, cuando lo contrario se deduce de varios de sus preceptos (1).

mero 9.º del art. 269 de dicho cuerpo legal, según el que el tutor necesita dicha autorización para dar y tomar dinero á préstamo. Para la decisión de esta cuestión es forzoso tener en cuenta lo que el tutor puede gestionar por sí y lo que no puede hacer sin la concurrencia é intervención del protutor, ó sin la autorización del consejo de familia; pudiendo afirmarse que el tutor tiene facultad para hacer libremente como representante del menor y encargado de la guarda de su persona y bienes todo aquello que podría hacer el menor, si fuese mayor, ó el incapacitado, si se hallase en el pleno uso de sus facultades intelectuales, mientras no aparezca limitada por la ley dicha representación; y así es evidente que, mientras la tutela funciona en toda su integridad, mientras el tutor absorbe la totalidad de la representación del menor, todas las restricciones que para el ejercicio de su cargo le impone la ley se hallan vigentes, y entre ellas la de dar y tomar dinero á préstamo en nombre y para el menor, pues para ese acto necesita recabar la autorización del consejo de familia, al tenor de lo prescrito en el núm. 9.º del art. 269 del Código; pero llega el caso de que el menor contrae matrimonio y se emancipa consiguientemente, de que por la emancipación entra en la plenitud de sus derechos civiles con la salvedad contenida en el art. 59, y en su caso con la del párrafo 3.º del 50, y por virtud de hecho tan trascendental surge evidentemente un nuevo estado de derecho, por virtud del que se destaca ya la personalidad del menor, y aun cuando esta personalidad no sea completa porque la ley la ha restringido para el ejercicio de determinados actos, haciendo intervenir en ellos al padre ó madre, si la tuviere, ó á su tutor, no por esto la personalidad desaparece, pues el menor es quien contrata, aunque para contratar tenga que obtener el consentimiento previo de estas personas. Es, pues, este un estado de derecho sustancialmente distinto del de tutela, y no hay, por lo tanto, fundamento legal ni racional para aplicarle las disposiciones que regulan la institución tutelar, debiendo regirse exclusivamente por las especiales al efecto establecidas. El menor no se encuentra ya en tutela, porque el matrimonio le ha sacado de ella, y si, esto no obstante, no puede ejecutar ciertos actos, cuales son los de tomar dinero á préstamo, gravar ni vender bienes inmuebles sin hallarse autorizado para ello, las personas que han de dar el consentimiento, ó concederle ó negarle, no obran propiamente con el carácter de tutores, tal cual la ley define y representa este carácter, sino como consejeros del menor, siquiera este consejo sea ejecutivo sólo en tanto en cuanto se encamine á negar el consentimiento para contratar, y dejando de todas suertes á salvo la personalidad propia del menor. No es posible legal ni racionalmente, dada esta diferencia sustancial de estado, aplicar al tutor, que aconseja, la restricción del núm. 9.º del art. 269 del Código, porque, aparte lo dicho ya sobre la separación fundamental que existe entre ambos estados, en este caso es el tutor quien en el ejercicio de su cargo, representando totalmente al menor, pretende dar ó tomar dinero á préstamo, y en el del recurso es el menor quien intenta tomarlo, é impresa la distinción de casos, no hay razón para hacer extensiva la misma restricción á ambos, porque todas las restricciones establecidas por la ley para el ejercicio de la tutela presuponen el funcionamiento de ésta en su integridad y totalidad, porque al referirse el Código al consentimiento del padre, de la madre ó del tutor lo hace sin menoscabar en nada la intervención del último, porque así como en el caso del art. 269 es el tutor quien inicia el contrato, aquí es el menor, y es la ley quien requiere para su cumplimiento la intervención del tutor ó de un tutor; porque los casos de los arts. 1.352, 1.359 y 1.361, de perfecta identidad en su fondo al de que se trata, revelan claramente que el funcionamiento del tutor es perfectamente independiente del consejo de familia, consejo que puede también á su vez intervenir en lugar del tutor como entidad distinta y

(1) Art. 1.352, 1.353, 1.359 y 1.361.

59. Merece singular atención la existencia de opiniones autorizadísimas (1) expuestas con relación á la doctrina de la *licencia marital* á que se refiere el art. 1.361, con motivo de cuyo comentario se hace la indicación de aquélla, al tratar de los requisitos necesarios para la validez de las enajenaciones de bienes dotales y parafernales, por las cuales se afirma lo siguiente: «Para que el marido menor de edad, pero mayor de diez y ocho años, pueda otorgar la licencia, no necesita autorización ni intervención de persona alguna, como ya, aun antes de regir el Código y con vista del art. 45 de la ley de Matrimonio civil, había resuelto la Dirección general de los Registros en 3 de Noviembre de 1879 y 26 de Mayo de 1880.»

Cierto, que era indudable tal doctrina en el Derecho anterior al Código dentro del texto de los artículos 45 y 46 de la ley de Matrimonio civil, y, por consiguiente, ajustadas á Derecho las resoluciones indicadas, de la Dirección general de los Registros; pero como dichos textos no se han reproducido en ninguno del Código, sino modificado considerablemente en los artículos 59, 60 y 61, en ninguno de los cuales se consignan las palabras con que termina el 45 de aquella ley, «y para darle licencia para celebrar los contratos y los actos que le sean favorables», y las palabras con que empieza el 46, «el marido menor de diez y ocho años no podrá, sin embargo, ejercer los derechos expresados en el párrafo anterior», es evidente, á nuestro juicio, que después del Código no *subsiste* el *mismo orden legal* que en el Derecho precedente sobre esta materia, y que la solución, en punto á la capacidad del marido mayor de diez y ocho años y menor de veintitrés para otorgar ó negar la licencia marital á su mujer, no puede ser la de considerar á éste con capacidad perfecta para este fin, como la tenía en la legislación anterior; sino que habrá que estar en cada caso de necesidad de licencia del marido al *precepto especial*, si existiere, que regule la hipótesis de que se trata.

Así, por ejemplo, para la enajenación y gravamen de bienes parafernales, al art. 1.387; para la de bienes dotales inestimados, al 1.361; para la de enajenación, permuta ó hipoteca de bienes propios del marido ausente ó de la sociedad conyugal, al 188; para la de enajenación de los inmuebles que le hubiesen correspondido en caso de separación, al 1.444; para el de enajenación de bienes dotales, parafernales y de la sociedad conyugal, lo mismo que para su gravamen, aunque no menciona el Código más que su enajenación, en el caso de prodigalidad del marido, al segundo párrafo del 225; para que la mujer pueda obligar los bienes de la socie-

aun personalmente sus vocales para la constitución de hipotecas en favor de la mujer casada, para la sustitución de los bienes sobre que se establece y para enajenar, gravar ó hipotecar los bienes de la dote inestimada; y finalmente, porque entendidos de otra suerte los arts. 59 y 317, no sería el tutor quien prestaría en realidad el consentimiento, sino el consejo de familia y más fácil, lógico y racional habría sido que así lo hubiese dicho expresamente el Código.»

(1) Como la del reputado comentarista Sr. Escosura: *Comentarios á la legislación hipotecaria de España y Ultramar*, t. III, pág. 512, 2.^a edic.

dad de gananciales, al 1.416; para que pueda aceptar donaciones condicionales onerosas, al 626; para que pueda ser albacea la mujer casada, no separada legalmente, al 893; para que pueda aceptar ó repudiar herencia, al 995; para que pueda pedir la partición de herencia, al 1.053; para que, en general, pueda prestar el consentimiento necesario á los contratos, al núm. 3.^o del 1.263; y para que pueda aceptar el mandato, al 1.716.

En suma, que es forzoso reconocer no existe en el Código ningún precepto, más ó menos *general*, igual ni parecido, con el que resulten sustituidos los textos indicados de los artículos 45 y 46 de la ley de Matrimonio civil, en cuanto á la capacidad del casado mayor de diez y ocho años y menor de veintitrés, al efecto de poder otorgar licencia para actos y contratos, á su mujer, y si sólo el definente de la capacidad de dicho marido en tales condiciones de edad, á que se refieren los párrafos segundo y tercero del art. 59, que ahora se explican, *respecto de la administración de bienes de la sociedad conyugal y de los actos y contratos de tomar dinero á préstamo, gravar y enajenar bienes raíces; único criterio legal* que, por analogía, cabe aplicar, sobre todo, no existiendo otro expreso, que á la capacidad del marido mayor de diez y ocho años y menor de veintitrés se refiera respecto de la licencia marital, para que la mujer pueda adquirir, enajenar y obligarse, con arreglo á la fórmula general del art. 61, «en los casos y con las limitaciones establecidas en la ley», y dentro de los términos y para cada uno de los supuestos á que se refieren los artículos indicados, y, en general, todos los actos y contratos, por los cuales la mujer resulte adquiriendo por título oneroso ó lucrativo, enajenando bienes ú obligándose, respecto de los cuales la ley haya establecido la limitación de la necesidad de la licencia marital y el marido sea mayor de diez y ocho años y menor de veintitrés: porque parece natural que, de no existir otra regla especial, se esté á la única que, en el supuesto de la menor edad indicada del marido de diez y ocho años cumplidos á veintitrés no cumplidos, establece el Código.

Podrá no ser esta solución plenamente satisfactoria, pero otra cosa sería mucho más violenta, ya que la misma no podría consistir más que en uno de estos dos extremos: declarar, en los casos en que fuere necesaria la licencia del marido para dar eficacia civil de los actos celebrados por la mujer—y éste no tuviera los veintitrés años, aunque hubiera cumplido los diez y ocho—que no era posible que aquellos actos se realizaran, por ser *legalmente imposible* el cumplimiento del supuesto de la licencia marital, la cual muchas veces, y aun por regla general del artículo 61, ni siquiera dice el Código pueda ser *suplida* por la judicial; ó suponer vigente el Derecho anterior en este punto, ó sean los artículos 45 y 46 de la ley de Matrimonio civil, los cuales se aplicaron en aquella época con una pertinencia indudable, que hoy ya no tienen, en las citadas Resoluciones de la Dirección general de los Registros, lo cual es visiblemente *arbitrario ó inaceptable*.

60. Preocupado el Código en esta materia de la capacidad del ma-

rido menor de edad y de la mejor forma de complementarla, con la marcada tendencia de sustraerla por completo de la esfera de la acción judicial, y proveer por medios privados y elementos de la propia familia, á esta necesidad legal en nuestro Derecho anterior, á fin de que los casados menores que se emancipan por el matrimonio no comprometan con su inexperiencia los intereses de la sociedad conyugal de que fueran jefes, sentido muy plausible en principio, no parece, sin embargo, que ha acertado con la fórmula de los párrafos segundo y tercero del artículo 59, que se acaban de explicar, por demasiado general y comprensiva é indeterminada; ni parado mientes en ciertas consecuencias extremas ó inaceptables á que se prestará su aplicación.

Obsérvese, en efecto, que dice sólo *padre, madre, tutor*. Pero, ¿han de ser *todos los padres*, respecto de *todos los hijos*, cualquiera que sea su condición de *legítimos* ó especie de *ilegítimos*, cuando respecto de estos últimos su particular calidad haga hasta bochornosa y falta de todo precedente de relación paterno-filial para padres é hijos, la intervención de ese padre para complementar la capacidad del hijo hasta los diez y ocho años en los actos de administración, y hasta los veintitrés en los de enajenación y demás especiales que dicho art. 59 y el 317 señalan? Aun, en cuanto á los primeros, ¿no pueden ser tales las situaciones anormales del matrimonio de que procedan los hijos—nulidad, divorcio de que el padre sea el culpable, privación de patria potestad,—que resulte igualmente molesta é injustificada esta acción complementaria, este verdadero *poder* ejercido por el padre, no sólo sobre el hijo casado, respecto del cual no tenía semejante autoridad antes de casarse, sino sobre los intereses todos de la nueva familia de que éste es jefe, y en contradicción y sustitución del que, antes del matrimonio del hijo, la ley reconociera á la madre como cónyuge de buena fe, declarado así en la sentencia de nulidad ó inocente en la de divorcio?

Cierto es que tal acción supletoria del defecto de capacidad del hijo casado menor de edad, por el padre y la madre, no es la expresión de un derecho producto de su patria potestad, puesto que ésta se acaba por el matrimonio de aquél (art. 167, núm. 2.º, y 314, núm. 1.º), y que en ese sentido, en nada, *civilmente*, obsta el que en esas situaciones anormales del matrimonio de que provienen los hijos, por nulidad ó divorcio, ó por tratarse de ciertos ilegítimos, la madre tuviera antes de casarse el hijo la patria potestad sobre él, y después de casado, el padre, que no tenía derecho alguno, y á quien la ley ó los Tribunales le negaron dicho poder, por indigno, se anteponga á la madre en esa esencial intervención en todos los actos del hijo. Pero, ¿qué importa que se salve la contradicción puramente *positiva* y *legal* de un estado civil, si subsiste la *racional* y *moral* de que tal padre, que no mereció la confianza de la ley ó de los Tribunales para ejercer poder civil alguno sobre el hijo soltero, menos deba ejercerla sobre el hijo casado y los actos que interesan á toda la nueva familia del hijo; y que, por el contrario, la madre que la alcanzó merecidamente y la ejerció digna y provechosamente para el hijo antes

de casarse éste, no sea justo ni conveniente para el mismo y su familia que resulte sustituida por aquél?

Desde otro punto de vista considerados el art. 59 y su concordante el 317, no constituyen un sistema de sólidas garantías en que estén bien equilibrados todos los derechos é intereses por la intervención del tutor—y menos si se entiende que hubiera de ser sin el consejo de familia—ni por la misma de la madre, por regla general tolerante en alto grado con el hijo impetuoso, exigente é interesado en remover el obstáculo legal á sus planes en la celebración de ciertos actos, no ya de administración, sino de enajenación, de la necesidad del consentimiento de aquélla, de ordinario poco habituada, por razón de su sexo, á esta clase de asuntos, y quizá de edad avanzada; ni aun por la misma del padre cuando, sobre todo, se trata de esos hechos de la trascendencia patrimonial de los préstamos, de las ventas, de las hipotecas y gravámenes, ya por sus posibles debilidades paternas con el hijo, ya tal vez por evitar situaciones enojosas con éste ó con su mujer, ó con los padres ó familia de ésta. En suma, porque siendo muy grande el poder que este medio *complementario* de la capacidad del hijo menor casado representa, es poca la libertad de acción y la autoridad y fuerza en muchos casos para ejercer semejante derecho ó, en sentido opuesto, puede fácilmente degenerar en abuso y tiranía, que el Código no da medio alguno de subsanar.

Se han confundido también cosas tan distintas como el principio de que al marido corresponde, como jefe de la sociedad conyugal, la administración de la misma, con el de que afectando á toda ella, y por consiguiente á la mujer, cuanto en nombre del marido menor, y para suplir su defecto de capacidad, hayan de autorizar, ó más bien *hacer*, que á tanto equivale, con su *consentimiento*, el padre ó la madre de aquél ó *su tutor*, tiene lugar, sin que á ella, que hasta pudiera ser mayor de edad, ni á otra persona alguna en su representación, se la conceda el menor derecho de intervenir, sometiéndola de esta suerte, en lo que aquellos intereses de la sociedad conyugal indudablemente la afectan, principalmente por los actos de enajenación, y en lo que los mismos de administración pueden trascender hasta el régimen doméstico en que viene obligada á vivir, á una especie de *tutela*, no siempre simpática, ni prudentemente ejercida, de su suegro, de su suegra ó de un extraño, como el tutor, cosa no siempre justa y conveniente, algunas veces tanto más odiosa cuanto que es impuesta, irremediable y excepcional para quien, como la mujer, con gusto pasará por una dictadura marital del hombre á quien el amor la unió en perpetuo vínculo, pero no por una ajena, que en la práctica de las relaciones familiares no deja de ser ocasionada á complicaciones y disgustos.

Sin desconocer los inconvenientes de otro orden que ofrece el fiar á la *autorización judicial* el suplemento de capacidad del marido menor, entendemos que el mejor sistema podría ser uno *mixto* que descansara en estos ó análogos fundamentos: 1.º Hasta los diez y ocho años, el ma-

rído no podrá ejercer sus derechos de administrador de la sociedad conyugal sin el consentimiento del padre, madre ó tutor, como lo establece el Código, á no ser que la mujer fuera—como es posible—mayor de veinte años, por ejemplo. 2.º Siempre, el marido menor de esa edad ó la mujer, podrán recurrir á los Tribunales reclamando contra los actos ó negativas de aquellas personas, y en forma sumarisima podrán ser confirmados ó revocados, sin perjuicio, en todo caso, de las responsabilidades de culpa lata ó dolo en que las mismas incurrieran. 3.º En todo acto de enajenación, gravamen ó préstamo la autorización ha de ser judicial, pero otorgada ó negada bajo la responsabilidad del Juez, con audiencia é intervención de los que, de no ser casados, serían los legales representantes de marido y mujer, y si no los tuvieren, con los de los *curadores* especiales—según el Código, *defensores*—que al efecto se les designaran previamente. Este sistema, no por ser algo más complicado, deja de ser bien practicable, más equilibrado en garantías y de condiciones que, á nuestro juicio, le harían muy preferible al adoptado por el Código y al mismo establecido en el Derecho precedente.

C. Efectos civiles privativos respecto de la mujer.

61. Los *efectos civiles* del matrimonio que *sólo á la mujer* se refieren son á los que se contraen los arts. 63 y 64, verdaderas *excepciones* de los anteriores, toda vez que muestran á la mujer casada en un estado de *plena capacidad* para realizar ciertos actos ó ejercer determinados derechos *sin la licencia del marido*, ni ser necesario que por otro modo alguno se complemente ó supla el defecto de capacidad que generalmente produce para la mujer el estado conyugal. En su sencilla *explicación* puede decirse:

62. a) *Respecto del art. 63*, que son dos.

1.º «*Otorgar testamento*»; siendo de notar, según ya se ha observado (1), que entre este núm. 1.º del 63 y el del 663 del Código no hay *congruencia*, puesto que el primero de ellos faculta, en general, á la mujer casada para otorgar testamento; y sabido es, por más que en la práctica no sea frecuente el caso, que conforme al art. 75 para el matrimonio *canónico*, y con arreglo al núm. 1.º del 83 para el *civil*, la mujer puede casarse á los *doce* años, y que, á tenor del segundo, están incapacitados para testar los menores de *catorce* años de uno ú otro sexo; de donde resulta que el núm. 1.º del 63 ha de entenderse que faculta á la mujer casada para otorgar testamento sin licencia del marido, no en cuanto sea casada, sino en cuanto, además, haya cumplido los *catorce* años necesarios para tener la testamentifacción activa, conforme á dicho art. 663 (2); es decir, que hay mujeres casadas que *pueden* y otras que *no pueden* testar, según que hayan cumplido ó no dicha edad de *catorce* años.

2.º «*Ejercer los derechos y cumplir los deberes que le correspondan*—

(1) Nota 3, pág. 596 de este volumen, núm. 25 de este capítulo.

(2) Explicado en el núm. 23, cap. 5.º, t. VI, 2.ª edic., pág. 209 y siguientes.

á la mujer, también *sin licencia del marido*—respecto de los hijos *legítimos* ó *naturales reconocidos* que hubiera tenido de otro, y respecto á los *bienes* de los mismos.»

En primer término, hay que hacer constar que esos *derechos y deberes* son todos los que el Código reconoce al padre ó á la madre en materia de *patria potestad*, alimentación, tutela de incapacitados, ausencia, sucesión, reservas, etc. (1).

En segundo lugar, es preciso observar las dos *incongruencias* que este núm. 2.º del art. 63 del Código tiene con el supuesto del 154 y con las hipótesis posibles, según el 173 y 174, en relación todos con el 168.

63. Consisten estas *incongruencias*:

1.º En que el núm. 2.º del art. 63 establece que la mujer puede, *sin licencia del marido*, «ejercer los derechos y cumplir los deberes que le correspondan respecto á los hijos legítimos ó naturales reconocidos»; y si bien esto no ofrece dificultad legal alguna con relación á los *naturales*, sí pudiera ofrecerla en cuanto á los *legítimos* que hubiera tenido de otro en anterior matrimonio, cuya patria potestad pierde, según el art. 168, en el momento de contraer segundas nupcias, á no ser que hubiese sido autorizada para conservarla en el testamento del marido, padre de aquéllos, apareciendo cierta contradicción entre ambos artículos, atendido el resultado que ofrece su aplicación; entre el uno que hace posible, sin distinción alguna, para la mujer que contrae segundas nupcias, la conservación de sus derechos, y el otro que priva de ellos respecto de la prole legítima á la madre viuda que contrae segundas nupcias y no haya obtenido la autorización indicada en el testamento del primer marido, padre de dichos hijos legítimos. Esta contradicción es más aparente que real, puesto que el núm. 2.º del 63 emplea la frase «que le *correspondan*», y es visto que no le *corresponden* los derechos de la patria potestad á la madre en el caso indicado del art. 168.

La razón de esta aparente incongruencia debe ser, indudablemente, la de haberse reproducido en el Código este precepto del núm. 2.º del art. 83, tomándolo del 53 de la ley de Matrimonio civil, en la cual no se registraba ninguna disposición semejante á la del 168 que el Código contiene.

2.º En que, estableciendo el art. 154 que la patria potestad corresponde al padre, y en su defecto á la madre, lo mismo sobre sus hijos *legítimos no emancipados* que sobre los *naturales reconocidos*, y aun sobre los *adoptivos menores de edad*—supuesto de *adopción* por parte de la mujer legalmente posible, á tenor de los arts. 173 y núm. 4.º del 174,—y no refiriéndose el 2.º del 63 más que á los *legítimos* y á los *naturales reconocidos* que la mujer casada hubiera tenido de otro, quedan fuera de la mención de este artículo los expresados hijos *adoptivos*, respecto de los cuales debe entenderse, también, que la mujer podrá,

(1) Que se explica en los lugares correspondientes de este y de otros volúmenes de la presente obra.

sin licencia del marido, «ejercer los derechos y cumplir los deberes que el Código le atribuya ó le imponga», tanto en el caso de que tuviera estos hijos antes de contraer matrimonio, como en el de que los hubiera adoptado con consentimiento del cónyuge, conforme se lo permite el número 4.º del 174, y toda vez que no está prohibida la adopción á la mujer, ni según este artículo, ni tampoco con arreglo al 173.

b) *Respecto del art. 64*, por el cual se declara que «la mujer gozará de los honores de su marido, excepto los que fueran estrictamente personales, y los conservará mientras no contraiga *nuevo matrimonio*», es una reproducción del art. 54 de la ley de 1870, mejorada su redacción, sustituyendo la frase *segundas nupcias* por la de *nuevo matrimonio*, para indicar que en *todo caso*, cualquiera que sea el número de uniones sucesivas que la mujer celebre, gozará, mientras fuese viuda, los honores de su marido, excepto los estricta y exclusivamente personales, y los conservará hasta que, por contraer otro matrimonio, pierda aquéllos y adquiera los del nuevo marido.

Con diferente criterio se ha resuelto por los escritores la cuestión de si la viuda conservará los honores de su marido que no fueran estricta y exclusivamente personales de aquél en el caso de adquirir otra *nacionalidad* que la española. Sostienen los unos la solución afirmativa, fundándose en que la ley no prohíbe la conservación de estos honores más que en el caso de nuevo matrimonio, y mantienen los otros la negativa si se trata de honores derivados de títulos nobiliarios que deben considerarse unidos á la previa condición de la nacionalidad española. Esta solución nos parece más aceptable, no sólo en el caso de títulos nobiliarios, sino también en todos aquellos en que la ciudadanía española sea la base de capacidad del honor ó condición disfrutada por el marido, de los cuales hubiera de participar su viuda (1).

Merece observación aparte la circunstancia de que habiéndose establecido en el art. 52 de la ley de Matrimonio civil, inmediato precedente legal del Código, «que la mujer no podía publicar escritos ni obras científicas ó literarias de que fuera autora sin licencia de su marido, ó, en su defecto, de la autorización judicial competente» (2), á pesar de la fidelidad con que el Código viene reproduciendo los artículos de esta Sección de la ley de Matrimonio civil, haya pasado en silencio el indicado 52; lo cual significa que se ha levantado esta limitación á la libertad intelectual de la mujer, más que á su capacidad civil, pues lo que la ley de 1870

(1) La influencia que los hechos de una sentencia de divorcio ó de declaración de nulidad del matrimonio contraído de buena fe por parte de la mujer ha de tener en la aplicación del art. 64 para el efecto de que la mujer siga ó no gozando de los honores de su marido, excepto los que fueran estricta y exclusivamente personales y los conserve en el segundo caso mientras no contraiga nuevo matrimonio, nos sugiere indicaciones necesarias en otro lugar. Cap. 23 de este volumen.

(2) Lo cual no la privaba de la publicación sin dicha licencia de composiciones musicales, por ejemplo, que no podían ser incluidas en las calificaciones de *científicas* ó *literarias*.

prohibía era la *publicación* de escritos y obras científicas ó literarias sin la licencia del marido, ó, en su defecto, sin la autorización judicial competente, y esta prohibición expresa no subsiste, ó que, en cuanto dicha publicación se haga mediante la celebración de *contratos* de la mujer para *editar* sus trabajos, el Código ha entendido que tales hechos caen en el defecto de capacidad civil que la mujer tiene, sin licencia ó autorización del marido, para «adquirir por título lucrativo ú oneroso ú obligarse» á tenor del art. 61, y no exigían aquel precepto especial.

Esta última inteligencia parece más en armonía con los textos del Código, así como es evidente que en su espíritu muestra una derogación de la necesidad de la licencia del marido, ó, en su defecto, de la autorización judicial competente para las iniciativas puramente intelectuales, del orden científico ó literario, de la mujer; la cual, por ejemplo, podrá sin aquella licencia marital ni autorización judicial, según el Código, hacer esa publicación de dichos trabajos intelectuales siempre que este hecho no implique para ella adquisición á título oneroso ó lucrativo, enajenación de bienes, ni obligación, para todo lo que necesitará licencia ó poder del marido, entrando esos hechos, aunque se refieran á trabajos científicos, literarios ó artísticos, en la regla general de limitación de su capacidad civil por razón del estado de *casada*.

64. De todo lo expuesto pudiera concluirse afirmando: que la capacidad civil, ya plena, ya más ó menos limitada, ó el defecto de capacidad civil de la mujer por razón del matrimonio, es sumamente circunstancial y variada; que algo, aunque no tanto, sucede con la del marido; que no dejan tampoco de existir en el Código reglas especiales de capacidad contractual entre cónyuges, y que para dar á esta trascendental doctrina la posible claridad, dentro de la mayor fidelidad para con textos legales tan dispersos, y asegurar su más pertinente y fácil aplicación, considérase útil ofrecer aquí un *resumen legal* relativo á cada uno de esos tres interesantes aspectos de la *capacidad civil de los cónyuges* modificada por el matrimonio, á saber:

D. Resúmenes legales de la capacidad civil de los cónyuges según el Código civil.

65. *Primero*.—RESUMEN LEGAL DE LAS REGLAS DETERMINANTES DE LA CAPACIDAD CIVIL DE LA MUJER CASADA SEGÚN EL CÓDIGO CIVIL.

Grupo A.

La mujer casada, MAYOR ó MENOR *de edad*, tiene capacidad civil:

§ I. En *situaciones* NORMALES.

a) *Completada* por la VOLUNTAD DEL MARIDO, *anterior* ó *simultánea* y *expresa* (poder, licencia, autorización, consentimiento, representación):

1.º Para adquirir por título oneroso Art. 61.
2.º Para adquirir por título lucrativo..... » ídem.