

# Entre los derechos de las mujeres y el poder judicial: el divorcio durante la Segunda República española (1931-1936)

## RESUMEN

*Este artículo aborda la intervención judicial en el proceso de capacitación civil de las mujeres en su camino hacia la ciudadanía durante la Segunda República española (1931-1936). Así, se estudian los impedimentos creados para que las mujeres pudieran tener acceso a los puestos judiciales. Se desgajarán de esta premisa algunas ideas sobre la hegemonía del discurso machista en distintos cuerpos estatales, y no solo en la administración de justicia, así como sus perniciosas repercusiones en lo tocante a la eficacia jurídica, y no ya la efectividad, de la legislación progresista y la Constitución de 1931 (II). A continuación, se analizan fuentes documentales a efectos de decantar el discurso judicial relativo a la prescripción de un modelo de familia y de mujer con arreglo a pautas preconstitucionales. El divorcio fue uno de los grandes avances republicanos en materia de igualdad, por lo que el estudio detenido de su aplicación práctica sirve para conocer cómo la interpretación judicial moduló el ejercicio y el contenido de los derechos recién reconocidos (III). Por último, se remarcan algunas conclusiones alrededor de la subjetividad jurídica de las mujeres que se derivaba de la praxis judicial en estos planos: el del divorcio pero, también, el de la capacidad para contratar, para administrar y disponer de bienes y, en fin, para participar en la vida civil y hacer valer sus intereses y derechos judicialmente. Todos ellos permiten afirmar que la femenina fue una ciudadanía disminuida por la acción de los tribunales (IV).*

## PALABRAS CLAVE

*Segunda República española, Constitución de 1931, poder judicial, feminismo, período de entreguerras, igualdad.*

### ABSTRACT

*This article addresses the judicial intervention in the process of recognition of civil rights to women on their way to citizenship during the Spanish Second Republic (1931-1936). Thus, it studies the obstacles created for women to access to judicial positions. Some ideas about the hegemony of the sexist discourse in different State bodies, and not only in the administration of justice, stems from this premise. In particular, ideas about the legal efficacy and also the effectiveness of the progressive legislation and the Constitution of 1931 will be deduced (II). Afterwards, the article analyses documentary sources and archives in order to distil the judicial discourse regarding the prescription of a family and woman's model according to preconstitutional guidelines. Divorce was one of the great republican advances in the field of equality, so that the detailed study of its practical application is useful to understand how judicial interpretation modulated the exercise and definition of the newly recognized rights by republican regime (III). Finally, some conclusions are drawn with respect to women's legal subjectivity, which derived from judicial practice in these topics: not only on the ground of the divorce, but also on the area of the ability to contract, to administer and to dispose of property and, in general, to participate in civil life and to assert their interests and rights before the courts. On this basis, it is possible to conclude by affirming that women's citizenship was diminished by the action of the courts (IV).*

### KEY WORDS

*Spanish Second Republic, Constitution of 1931, Judicial Power, feminism, interwar period, equality.*

**Recibido:** 13 de marzo de 2020.

**Aceptado:** 30 de marzo de 2020.

SUMARIO: I. Introducción. II. El monopolio masculino de la interpretación judicial y la eficacia de la Constitución. III. La institución de la familia y la posición de la mujer: el modelo constitucional y el modelo judicial. III.1 Divorcio. III.2 Estupro y violación. III.3 Adulterio y malos tratos. III.4 Clase social y moral burguesa. IV. La ciudadanía femenina entre normatividad y normalidad. IV.1 Factores jurídico-positivos. IV.2 Factores socio-culturales. IV.3 Factores ius-históricos. IV.4 La última barrera contra los derechos de las mujeres. V. Conclusión.

## I. INTRODUCCIÓN

La exploración del proceso de capacitación jurídica de las mujeres y la atribución de derechos civiles que tuvo lugar durante la Segunda República española presenta un doble interés. En primer lugar, permite conectar el plano de la subjetividad jurídica y el de la ciudadanía, lo que resulta útil para analizar la

dialéctica entre una lógica doméstica de la sujeción, característica de la tradición jurídica española, y una lógica constitucional de los derechos, que pretendía desplazarla por aquellos años. En segundo lugar, la pregunta sobre la configuración republicana de la personalidad jurídica de las mujeres remite a los puntos de fricción surgidos entre las transformaciones constitucionales y legislativas, de un lado, y la práctica judicial, de otro.

El presente artículo<sup>1</sup> aspira a diferenciar estas dimensiones de conflicto, pero asimismo a sondear las limitaciones de unas y otras agencias: el derecho constitucional y el civil, la realidad jurídico-positiva y la judicial, la acción constituyente y la estatalizada, el programa transformador de la República y la actuación autónoma del aparato de Estado. Para ello, se acomete el análisis crítico de fuentes normativas y judiciales<sup>2</sup>.

## II. EL MONOPOLIO MASCULINO DE LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL Y LA EFICACIA DE LA CONSTITUCIÓN

El feminismo atravesó una modesta etapa dorada durante el primer bienio republicano. Aunque las mujeres carecían del derecho de sufragio activo cuando se votó a las Cortes Constituyentes en 1931, el reconocimiento del sufragio pasivo llevó a la tribuna a las primeras diputadas de España<sup>3</sup>. En el plano local, las comisiones gestoras estatuidas en algunos municipios abocaron al nombramiento de las primeras alcaldesas hacia febrero de 1933, como sucedió en Moncada (Valencia)<sup>4</sup>. La espita de la participación política de las mujeres quedó abierta. En noviembre acudieron a las urnas a emitir su voto en las elecciones generales, completándose así la ciudadanía política de la mitad de la población adulta.

---

<sup>1</sup> Este artículo ha sido realizado mientras era *visiting fellow* posdoctoral en el Sheffield Centre for International and European Law, School of Law, University of Sheffield. Para su elaboración ha sido imprescindible mi estancia como investigador visitante predoctoral en la Universitat Pompeu Fabra gracias a una ayuda competitiva del V Plan Propio de Investigación de la Universidad de Sevilla.

<sup>2</sup> Se citarán las siguientes fuentes primarias, cuyas siglas será bueno anticipar ya: Archivo de la Audiencia provincial de Sevilla (AAPS), Archivo del Consejo de Estado (ACE), Archivo del Congreso de los Diputados (ACD), Arxiu Central del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya (ACTSJC), Archivo General Arzobispal de Sevilla (AGAS), Archivo Histórico Nacional (AHN), Archivo Histórico Provincial de Córdoba (AHPCo), Archivo Histórico Provincial de Huelva (AHPH), Archivo Histórico Provincial de Sevilla (AHPS), Archivo Municipal de Jerez de la Frontera (AMJ), Arxiu del Pavelló de la República (APR), Archivo Municipal de San Roque (AMSR), Archivo de la Real Chancillería de Granada (ARCG) y Archivo del Reino de Valencia (ARV). También uso abreviaturas útiles para carpeta (carp.), código civil (CC), código penal (CP), expediente (exp.), *Gaceta de Madrid* (GM), legajo (leg.), ley de divorcio (LD), ley de matrimonio civil (LMC) y signatura (sig.), además de las más habituales.

<sup>3</sup> FOLGUERA CRESPO, Pilar, «La II República. Entre lo privado y lo público (1931-1939)», en Elisa Garrido (ed.), *Historia de las mujeres en España*, Madrid, 1997, pp. 493-514, pp. 509-511.

<sup>4</sup> «Valencia en 1933», en *Las Provincias. Almanaque para 1934*, Valencia, Domenech, 1934, p. 53.

Al poco de establecerse la República, la reposición del jurado con participación femenina para el conocimiento de determinados delitos con «móvil pasional» iluminó a las mujeres una nueva área de intervención en los asuntos públicos<sup>5</sup>. Huelga advertir que la reforma tenía sendas limitaciones. El criterio seguido promovía la homofobia patriarcal –el ánimo delictivo debía ser «el amor, los celos, la fidelidad u otro aspecto de las relaciones sexuales», además, siempre que «agresores o víctimas fueren de distinto sexo»<sup>6</sup>– y estaba guiado por fines tuitivos de la mujer que no consentían mayoría femenina en el jurado ni el conocimiento de otros ilícitos que no fueran el parricidio, el asesinato, el homicidio o las lesiones. El carácter taxativo de la lista restringía el ámbito competencial de este jurado parcialmente femenino; por ejemplo, las violaciones, los raptos y otros delitos contra la vida y la seguridad de las mujeres, o los delitos de autoría sobre todo femenina –como el aborto o el infanticidio– siguieron sometidos al jurado tradicional, o sea, masculino<sup>7</sup>. La reforma tampoco disolvía los problemas derivados por la interpretación del veredicto del «jurado mixto» a manos del tribunal de derecho –integrado por jueces profesionales–, lo que remitía a la secular tensión entre juicio de hecho y juicio de derecho<sup>8</sup>. Ahora bien, la disposición republicana ponía el régimen español a la altura del jurado alemán e inglés de su tiempo<sup>9</sup> y aspiraba a la mejora de las costumbres públicas. Por lo menos, se proponía la reforma del sistema heteronormativo androcéntrico e hizo ver que las mujeres iban penetrando en las instituciones poco a poco.

Pronto, se planteó la posibilidad de que las mujeres asumieran cargos judiciales. Los primeros movimientos se dieron en el ámbito de la justicia municipal, por entonces permeable al principio democrático en muchos lugares gra-

<sup>5</sup> Artículo 10 del decreto restableciendo la institución del jurado, conforme a su ley orgánica de 20 de abril de 1888, con las modificaciones que se establecen, *GM*, núm. 118, 28 de abril de 1931, pp. 360-362.

<sup>6</sup> FRANCHY Y ROCA, José, *Memoria elevada al Gobierno provisional de la República en la solemne apertura de los tribunales el día 16 de septiembre de 1931*, Madrid, Reus, 1931, p. XIX.

<sup>7</sup> Citaré ejemplos de la Audiencia provincial de Barcelona. Para un delito de violación: sentencia de 12 de febrero de 1932. Para un aborto: la de 1 de marzo de 1932. ACTSJC, fondo de la Audiencia provincial de Barcelona (APB), Libro de sentencias de 1932, t. 1, sig. 154. Para un infanticidio: la de 2 de julio de 1932. *Ibid.*, Libro de sentencias de 1932, t. 3, sig. 156. Para un rapto: la de 8 de marzo de 1933. *Ibid.*, Libro de sentencias de 1933, t. 2, sig. 159.

<sup>8</sup> La Audiencia barcelonesa dictó una sentencia el 27 de octubre de 1931 polémicamente basada en el veredicto emitido por el «jurado mixto» en una causa incoada por delito de asesinato frustrado de una mujer a manos de su exnovio. Al final, los hechos no solo fueron rebajados al delito de lesiones menos graves, sino que además se sumó la circunstancia atenuante por arrebatu o obcecación. ACTSJC, APB, Libro de sentencias de 1931, t. 3, sig. 153.

<sup>9</sup> En el sistema soviético la elección de los jueces tampoco encontraba barreras de sexo, si bien esto no se correspondía con la institución del jurado sino con la organización judicial en sí. MUÑOZ Y NÚÑEZ PARDO, Jesús, *El prestigio de la justicia inglesa*, Madrid, Castro, 1934, pp. 35-36. MENÉNDEZ-PIDAL, Faustino, *Derecho judicial español (Organización de los tribunales)*, Madrid, Reus, 1935, pp. 48 y 52-54.

cias a la reforma republicana de dicha esfera jurisdiccional<sup>10</sup>. El juez de primera instancia de Andújar (Jaén) elevó un suplicatorio a la Sala de Gobierno de la Audiencia territorial de Granada consultando si las mujeres podían participar en las elecciones a jueces y fiscales municipales. Si «en las listas electorales vigentes figuran electores de ambos sexos», parecía razonable preguntar «si las hembras pueden ser candidatas a los cargos de Justicia Municipal». La Sala de Gobierno de la Audiencia territorial competente contestó negativamente, por unanimidad y de conformidad con lo dictaminado por el Ministerio fiscal. Le parecía que el artículo 3 del decreto de 18 de mayo de 1931 era «suficiente expresivo» cuando se refería a «vecinos mayores de veinticinco años, sin que disposiciones posteriores hayan puesto en vigor y regulado el precepto constitucional sobre que las mujeres tomen parte en esta clase de elecciones»<sup>11</sup>. La magistratura española demostró en fecha temprana que no era partidaria de reconocer eficacia directa a los preceptos constitucionales que establecían el principio de igualdad entre los sexos (arts. 25, 36, etc.). Con esta decisión, el sistema de justicia municipal se distanciaba de juzgados de paz como los existentes en Inglaterra y Gales<sup>12</sup>, e imposibilitaba que las mujeres tuvieran competencias en la celebración de los matrimonios civiles flamantemente impulsados por la República. Aparte de su relevancia simbólica, dichas actuaciones judiciales implicaban el control del consentimiento femenino o la autorización paterna, lo que incidía de lleno en la cuestión de la personalidad jurídica de las mujeres<sup>13</sup>.

No obstante, la igualdad de la mujer, siquiera formal, se fue abriendo paso renqueante. La República eliminó las trabas que impedían a las mujeres ocupar puestos en el notariado, en el registro de la propiedad, etc., pero no es menos cierto que la propia administración republicana promovió la feminización de ciertas tareas tradicionalmente atribuidas a las mujeres, incluso en tiempos del gobierno de Manuel Azaña<sup>14</sup>.

La igualdad de sexos en materia electoral y en lo concerniente al desempeño de empleos y cargos públicos quedó fuera de los derechos protegidos por el recurso de amparo ante el Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC)<sup>15</sup>, lo que dificultaba una estrategia de reivindicación feminista ante la nueva jurisdicción constitucional y confería a la jurisdicción ordinaria un rol definitivo. También se excluyeron el principio de igualdad ante la ley (art. 2) y el principio de igualdad material (art. 25). El artículo 29.a) de la ley reguladora del TGC deja-

---

<sup>10</sup> Decreto disponiendo se proceda a la designación de nuevos jueces, fiscales y suplentes municipales en todas las cabezas de partido judicial y poblaciones de más de 12.000 habitantes, *GM*, núm. 129, 9 de mayo de 1931, pp. 616-617.

<sup>11</sup> Sesión de 4 de marzo de 1933. ARCG, Libro de actas de 1931-1934, sig. 03444, p. 122.

<sup>12</sup> Según datos de 1927, el 6% de los juzgados de paz eran llevados por mujeres. HARRISON, Brian, *Separate Spheres. The Opposition to Women's Suffrage in Britain*, London, Croom Helm, 1978, p. 235.

<sup>13</sup> Véanse ejemplos del juzgado municipal de Darnius (Girona): APR, fondo DAR (Arx2), caja 13 (1), carp. 4, exp. 4/1933.

<sup>14</sup> Ley creando la clase de mecanógrafas del Ministerio de Marina, *GM*, núm. 303, 30 de octubre de 1931, p. 603.

<sup>15</sup> Artículo 44 de la ley reguladora del TGC. *GM*, núm. 181, 30 de junio de 1933, pp. 2331-2341.

ba abierto el objeto competencial del órgano, al decir que este podía declarar la inconstitucionalidad de toda ley estatal o regional que infringiera «un precepto de la Constitución de la República». Pero esto apenas dio para algún pronunciamiento suelto sobre la trascendencia constitucional del principio de igualdad. Por lo tanto, las grandes luchas femeninas por el acceso a los bienes y puestos indispensables para la efectividad de los principios constitucionales se libraron en los áridos terrenos burocráticos de la justicia ordinaria y la política gubernativa. Esta realidad dio pábulo a una especie de control de constitucionalidad material y difuso detentado por los jueces y magistrados heredados del régimen precedente.

La polémica se intensificó durante el segundo bienio. Una licenciada en derecho, Teresa Argemí Meliá, se armó de valor a finales de 1934 y solicitó al gobierno radical-cedista que autorizara por decreto la participación de las mujeres en las oposiciones a algunos puestos relevantes de la administración de justicia. El Consejo de Estado conoció del asunto el 13 de octubre<sup>16</sup> y una semana después acordó que el Ministerio de Justicia no debía acceder a lo pedido<sup>17</sup>. La tesis sería acogida por el ministro de Justicia, el cedista Rafael Aizpún Santafé, ya en noviembre. Tres fueron los argumentos nodales de la orden ministerial que afianzó el monopolio masculino de la función jurisdiccional<sup>18</sup>.

El primero se inspiraba en cierto criterio originalista: las leyes decimonónicas no mencionaban la exclusión de las mujeres para las oposiciones a ingreso en los cuerpos de aspirantes a la judicatura y al secretariado judicial –como sí lo hacía el estatuto del Ministerio fiscal de los años veinte– por la sencilla razón de que esas cuestiones no rondaban la mente de quien las hizo. La laguna no denotaba libertad, sino prohibición «evidente». Según la orden ministerial, «se desprende del sentido de toda esa legislación que se refiere exclusivamente al varón». Las mujeres estaban apartadas del esquema legal originario.

Pero, además, el ministerio estimó conveniente adherirse a la decisión del viejo legislador. Si no había quedado clara la sintonía ideológica, la orden afirmó que el veto sexista tenía «razones fáciles de comprender». Principalmente dos: la forma de prestar el servicio judicial y de secretaría judicial, y no estas funciones *per se*, requería condiciones que el varón poseía, a diferencia de la mujer, debido a la «educación», la «naturaleza» y «otras complicaciones como la de la maternidad». La diferenciación entre requisitos técnicos de la función y requisitos naturales de las mujeres era en todo punto gratuita, por cuanto los efectos excluyentes eran los mismos y mutuamente se reforzaban. Sin embargo, la dicotomía no era superflua: ayudaba a salvar la apariencia de lealtad del gobierno hacia el código fundamental, al sugerir la posibilidad gradual, remota, de que las condiciones cambiaran algún día; al menos, las de tipo formativo, pues la referencia a la «naturaleza» era claramente tautológica y hermética. El

<sup>16</sup> Sesión del 13 de octubre de 1934, exp. 20.396. ACE, Libro de Actas de la Comisión Permanente, 1934-1935, p. 91 v.º

<sup>17</sup> Sesión de 19 de octubre de 1934, exp. 20.396. *Ibid.*, p. 98 v.º

<sup>18</sup> Orden ministerial de 16 de noviembre de 1934, *GM*, núm. 324, 30 de noviembre de 1934, pp. 1412-1413.

dogma sobre la desigualdad natural entre hombres y mujeres se hallaba normalizado en el conjunto de la magistratura; así, por ejemplo, cuando clasificaban a las mujeres procesadas como dedicadas a las «labores de su sexo»<sup>19</sup>.

El segundo argumento restaba valor jurídico-obligatorio al principio de igualdad jurídica entre hombres y mujeres constitucionalmente reconocido. El Ministerio de Justicia se abrazó a la doctrina iuspublicística tradicional para volatilizar el «fundamento constitucional» en que se basaba la solicitante. De acuerdo con dicho modelo de comprensión ajeno a la teoría constitucional de entreguerras –a la que pertenecía la Constitución de 1931–, el código constitucional estaba comprendido por dos tipos de disposiciones: unas con «carácter preceptivo» y otras «de índole normativa». Las primeras serían las disposiciones verdaderamente prescriptivas, las normas constitucionales en sentido estricto, pues adquirirían eficacia jurídica plena desde que la Constitución fuera promulgada. Las segundas disposiciones no pasarían de «textos programáticos para ulteriores reformas legislativas». En este sentido, entrañaban «una orientación y un límite para las leyes futuras en que adquirieran su debido desarrollo». Según el ministro, estas disposiciones englobaban los preceptos esgrimidos por la instancia presentada por Teresa Argemí: el artículo 25 de la Constitución, que abolía los privilegios jurídicos derivados del sexo; los artículos 36 y 53, que reconocían a las mujeres el mismo derecho electoral que a los hombres; el artículo 40, que se refería a la igualdad de acceso a los empleos y cargos públicos conforme a los principios de mérito y capacidad, «salvo las incompatibilidades que las leyes señalen» y, por último, los artículos 70, 87 y 96, que confirmaban la igualdad entre los sexos al privarse de exceptuar a las mujeres en lo concerniente a cargos como los de presidente de la República, del gobierno o del Tribunal Supremo. Como, hasta aquí, el razonamiento podía llevar de la mano a la conclusión de que las disposiciones políticas del texto constitucional representaban cuando menos un impulso de eficacia hermenéutica sobre el resto del ordenamiento jurídico, la orden del Ministerio de Justicia añadió un tercer argumento.

El último de los planteamientos matizaba el segundo en aras de remarcar el primero. Se trataba de usar espuriamente la acción constituyente para restringir sus pasos y, a la vez, se trataba de leer la legislación feminista en perjuicio de sus fines. Así pues, las Cortes Constituyentes habrían reconocido tácitamente que los preceptos constitucionales por sí solos no eran suficientes para habilitar a las mujeres respecto al ejercicio de ciertas profesiones y cargos públicos. Según sus palabras, «el propio legislador autor de la vigente Constitución» ubicó las disposiciones constitucionales invocadas dentro de las disposiciones de alcance indirecto y programático, necesitadas de interposición normativa. Por ejemplo, cuando el 30 de diciembre de 1931 elevaron a rango de ley el decreto que el gobierno provisional había aprobado el 29 de abril en orden a permitir el ejercicio del cargo de notario y registrador de la propiedad por parte de las mujeres, las Cortes Constituyentes determinaron cuál era la posición nor-

---

<sup>19</sup> Sólo un ejemplo: sentencia de la Audiencia provincial de Barcelona de 10 de mayo de 1932. ACTSJC, APB, Libro de sentencias de 1932, t. 2, sig. 155.

mativa precaria del principio constitucional de igualdad. Disposiciones posteriores del propio Ministerio de Justicia (decretos de 13 de mayo de 1932, 6 de mayo de 1933, etc.), autorizando a las mujeres a ejercer el cargo de procurador de los tribunales y secretarios de juzgados municipales, respectivamente, no habrían hecho otra cosa que corroborar aquella naturaleza política.

El consenso machista era notable en la cúpula estatal. La orden ministerial descansaba sobre informes emitidos por la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo y el Consejo de Estado. Acudir al dictamen núm. 20.396 de este último órgano consultivo, fechado el 19 de octubre de 1934, nos permitirá escrutar la génesis de semejante decisión<sup>20</sup>. El ministro Aizpún se basó en el dictamen del Consejo de Estado, y este, a su vez, en la alegación presentada por la sección 1.<sup>a</sup> de la Subsecretaría del Ministerio de Justicia a la instancia de Teresa Argemí. La interpretación originalista del régimen jurídico-positivo, la recepción jurídica de la desigualdad de sexos fundada en cierta idea de naturaleza y la fragmentación del carácter vinculante de la Constitución partieron del ministerio. El Consejo de Estado asumió estas líneas maestras y sumó algunas ideas que fortalecían la conclusión. Aparte de validar la teoría sobre la existencia de un desnivel entre disposiciones constitucionales desde el punto de vista de la eficacia jurídica, el dictamen resolvió que «numerosas disposiciones de la Constitución» eran «de índole normativa», entendiendo por tal aquellas cláusulas «no dirigidas a la generalidad de los ciudadanos para su cumplimiento o a los órganos de la Administración para su aplicación inmediata, sino a los órganos legislativos». A falta de leyes o decretos, esas disposiciones constitucionales no eran «preceptos obligatorios y aplicables».

La doctrina proclive para entender que cierto núcleo indefinido de normas –«casualmente» las más rupturistas respecto a la historia jurídica española– no excedían de un mandato al legislador encubría una subordinación de la Constitución al legislador y, por ende, una refutación del modelo constitucional de entreguerras. En el caso del artículo 40, el Consejo de Estado explicó que su carácter de norma programática o principio rector era patente de acuerdo con una interpretación gramatical. El precepto establecía «la aptitud del hombre y de la mujer» como «regla general», pero el inciso constitucional relativo al régimen de incompatibilidades señalado por la ley presuponía, en palabras del Consejo de Estado, «una actividad legislativa subsiguiente». Si la Constitución optó por la expresión «que las leyes señalen» en lugar de «que las leyes hayan señalado», se debía a que había querido referirse a «una actividad legislativa necesaria y posterior a la Constitución». En conclusión, el Consejo aprobó por mayoría que «sin prejuzgar la compatibilidad o incompatibilidad del sexo femenino con las funciones de la Judicatura, Ministerio fiscal y Secretariado judicial no puede ese Ministerio [de Justicia] acceder a lo solicitado». Es cierto: lo que prejuzgaba era el ajuste de la Constitución a la ley previa. Abstenerse de prejuzgar la igualdad de las mujeres era, aunque con elegante rodeo, posicionarse en contra.

<sup>20</sup> ACE, dictamen núm. 20.396 del pleno del Consejo de Estado, 19 de octubre de 1934.

El fiscal general de la República Antonio Marsá Bragado había emitido una circular el 7 de mayo de 1934 a propósito del artículo 43 de la Constitución, el 21 LD y el 168 CC, que compartía la idea de que los preceptos constitucionales implicados apenas esbozaban «las disposiciones programáticas de una futura legislación civil». Al afirmar que el CC vigente era «de inexcusable cumplimiento, en tanto los enunciados constitucionales no se traduzcan ni desenvuelvan en las oportunas leyes positivas», la dirección fiscal no sólo repelió la eficacia jurídica directa de la Constitución, sino que se opuso a su eficacia indirecta, ya que esquivó la conveniencia de que la interpretación de la ley preconstitucional (el CC) se llevara a cabo a la luz de la Constitución o la ley postconstitucional (la LD)<sup>21</sup>. No era la primera vez que la institución se pronunciaba en sentido opuesto a la eficacia directa de las normas constitucionales en materia de familia y mujer<sup>22</sup>.

La persistencia del planteamiento en distintas instancias de poder –Ministerio de Justicia, Tribunal Supremo, Consejo de Estado, Fiscalía General de la República...– revela una intransigencia cognitiva y axiológica a los principios y reglas constitucionales forjados en 1931, es decir, un desencuentro entre los poderes constituidos y el poder constituyente que ponía en solfa la obra constitucional<sup>23</sup>. En el caso de la entrada de mujeres en la carrera judicial y fiscal, los informes, y finalmente la orden ministerial, apenas pudieron disimular los prejuicios y estereotipos machistas que realmente estaban condicionando la resolución. El caso de Teresa Argemí tiene gran entidad por sí solo, pues lo que se ventilaba era nada menos que la igualdad jurídica de hombres y mujeres y, en consecuencia, la efectividad de una de las grandes rupturas de la República respecto al pasado. Pero la importancia es superior, de conjunto. Con la igualdad de las mujeres pereció la igualdad como principio constitucional directamente aplicable e, incluso, como principio informador del régimen jurídico.

La decisión final desechó la posibilidad de que las mujeres pudieran acceder a ciertas profesiones jurídicas, al rechazar que la Constitución pudiera siquiera ejercer una influencia modificadora de leyes preconstitucionales por vía interpretativa. En el fondo, la interpretación se había hecho, pero con un saldo negativo para el código constitucional. La interpretación restrictiva del principio de legalidad llevó a aborrecer que un decreto pudiera interpretar la ley, ni siquiera para reintegrarla o adaptarla al marco constitucional. La interpretación gramatical del precepto constitucional llevó a restaurar el sentido original de la discriminación por razón de sexo latente en la legislación preconstitucional. Una y otra echaron por tierra la fuerza obligatoria de los principios y

<sup>21</sup> GALLARDO GONZÁLEZ, Lorenzo, *Memoria elevada al Gobierno de la República con motivo de la solemne apertura de los tribunales el día 15 de septiembre de 1934 por el Fiscal General de la República*, Madrid, Reus, 1934, pp. 83-84.

<sup>22</sup> ANGUERA DE SOJO, Oriol, *Memoria elevada al Gobierno de la República con motivo de la solemne apertura de los tribunales el día 15 de septiembre de 1933 por el Fiscal General de la República*, Madrid, Reus, 1933, pp. 97-98.

<sup>23</sup> Léase un análisis de estas corrientes doctrinales europeas en MARTÍN, Sebastián, *Entre Weimar y Franco. Eduardo L. Llorens y Clariana (1886-1943) y el debate jurídico de la Europa de entreguerras*, Granada, Comares, 2017, pp. 578-596.

derechos constitucionales, pues la encomienda a ley futura supuso un aplazamiento de la vigencia de la Constitución que hizo posible que la legislación de tiempo preconstitucional deviniera jerárquicamente superior al código aprobado en 1931. Lo que ocurrió a los derechos de las mujeres es representativo del triunfo de la tradición jurídica estatalista y anticonstitucional de la Restauración sobre la doctrina republicana que intentó modernizar el derecho en la etapa 1931-1936<sup>24</sup>.

Esta última había pugnado por su espacio, aunque sin éxito. La memoria fiscal de 1932 repasó el conflicto entre normas preconstitucionales y normas constitucionales, y por eso quiso afianzar la idea de que la Constitución disfrutaba de supremacía jurídica y que la aplicación de normas derivadas del antiguo régimen debía ser temporal y subordinada al código constitucional. El fiscal general Gabriel Martínez lo expresó sin veladuras: «las leyes orgánicas y complementarias de la Constitución monárquica de 1876 (...) en modo alguno pueden aplicarse a las normas políticas y sociales estatuidas por la Constitución republicana»<sup>25</sup>. En el terreno doctrinal, el procesalista Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (el hijo del presidente) afirmó en 1933 que, si «se dictase una ley de organización judicial en la que no se permitiese a las mujeres desempeñar el cargo de jueces», estaría aquejada de inconstitucionalidad «en sentido material», por contravenir los artículos 25 y 40 de la Constitución<sup>26</sup>. Era partidario de someter la regulación legal a un examen de validez cifrado en la Constitución, y no al revés.

Tal era la corriente republicana del pensamiento jurídico y constitucional español. Sin embargo, los poderes públicos intermitentemente, y el poder judicial siempre, realizaron una interpretación de la Constitución conforme a ley, lo que significó la negación palmaria del propio constitucionalismo. Con variados pretextos, el estamento judicial encargado de aplicar las leyes realizó *de facto* un control de constitucionalidad que tumbó la superlegalidad de la Constitución aprovechando la timidez y la indecisión del más reformista de los legisladores del primer bienio y, cuando las tornas cambiaron, la contrarreforma del legislador reaccionario.

Las fuerzas gobernantes del segundo bienio no solo se abstuvieron de desarrollar las bases constitucionales de la igualdad, sino que legislaron en el sentido contrario. Hallamos una buena muestra de ello en el reglamento dictado en 1935 para la aplicación de la ley de vagos y maleantes (LVM)<sup>27</sup>. Según Nice-

<sup>24</sup> ARAGONESSES, Alfons, «Constitución y Derecho civil en la Segunda República», en Luis I. Gordillo Pérez, Sebastián Martín y Víctor J. Vázquez Alonso (dirs.), *Constitución de 1931: estudios jurídicos sobre el momento republicano español*, Madrid, Marcial Pons, 2017, pp. 269-293, ver pp. 287-289.

<sup>25</sup> MARTÍNEZ DE ARAGÓN Y URBIZTONDO, Gabriel, *Memoria elevada al Gobierno de la República con motivo de la solemne apertura de los tribunales el día 15 de septiembre de 1932*, Madrid, Reus, 1932, p. IX.

<sup>26</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Significado y funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales. Conferencia dada a la Agrupación Socialista de Santiago el día 9 de marzo de 1933*, Madrid, Reus, 1933, p. 20.

<sup>27</sup> Decreto aprobando el reglamento que se inserta para la aplicación de la LVM, *GM*, núm. 125, 5 de mayo de 1935, pp. 1044-1053.

to Alcalá-Zamora (hijo), en vez de corregir las lagunas y errores de la LVM, el reglamento nació para incrementarlos ostensiblemente. Lejos de corregir los déficits originarios de la ley o los derivados de su implementación, el reglamento corroboraba la imagen de que la LVM era «una especie de complemento» en materia de orden público<sup>28</sup>.

Entre las novedades del reglamento se encontraba la figura de los «delegados voluntarios o de honor», que serían nombrados por el ministro de Justicia a propuesta de las juntas de gobierno de las audiencias provinciales o territoriales. El reglamento contemplaba la modalidad de «delegado femenino» (art. 72 y disposición transitoria 1.<sup>a</sup>), lo que daba la oportunidad a las mujeres de integrar esa especie de guardia cívica de confianza para la emisión de juicios sobre la conducta de los sujetos «peligrosos». Si observamos su nombramiento en la Audiencia territorial de Sevilla, comprendemos el perfil conservador y clasista de este personal, que no estaba abierto a cualquier mujer, así como la omisión de la fuerza imperativa del principio de igualdad, común ahora a gobierno y magistratura. Las plazas se dejaban desiertas cuando no existían candidatas honorables o pudientes<sup>29</sup>. La asignación de tareas policiales en el cuidado de la moral pública y el pudor entrañaba un ahondamiento en los discursos discriminatorios que se han estudiado y que, por lo demás, había dado frutos semejantes en otros países<sup>30</sup>.

Por lo que atañe a la actividad jurisdiccional, el monopolio masculino de la interpretación judicial supuso dos cosas. No hay que perder de vista el ligamen existente entre derecho y relaciones de poder; en este caso, relaciones de dominación machista. Quién detentara las profesiones jurídicas era una cuestión de primer orden en la materialización del ordenamiento constitucional republicano. Por su resultado inmediato, el monopolio suministró una válvula de cierre al sistema patriarcal en crisis, asegurando que la interpretación judicial continuara estando concentrada en unas pocas manos de hombres. La virtualidad práctica de este factor se explicará por sí sola cuando estudiemos los derroteros aplicativos de la LD. Por el modo en que se hizo, esto es, por el argumento que le sirvió de base, el monopolio masculino de la interpretación mermó significativamente la eficacia jurídica de la Constitución y limitó su horizonte epistemológico.

La igualdad entre hombres y mujeres significaba una exigencia constitucional coherente con un código que pivotaba sobre el sujeto individual. Ante eso, el aparato estatal optó por restituir un arquetipo de mujer que justificaba las

---

<sup>28</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, «El sistema procesal de la Ley relativa a Vagos y Maleantes», en *Revista de Derecho Público*, 55-56, julio-agosto de 1936, pp. 201-214, pp. 202-203.

<sup>29</sup> *Vid.*, entre otras, las sesiones de la Sala de Gobierno de la Audiencia territorial de Sevilla de 29 de junio de 1935 y 26 de julio de 1935. AAPS, Libro de actas de 1934-1937, sig. 183, pp. 142-143 y 151-152. Las mujeres propuestas tenían alguna profesión remunerada (maestra nacional, por ejemplo) o eran adjetivadas como «propietaria». De algunas no se decía nada más que el nombre, si bien no cuesta rastrear cierta posición social a través de sus apellidos: Ana Sanjuán de la Calle, «delegado femenino» del partido judicial de Carmona; María Teresa González de Aguilar y Fernández Valderrama, para Écija; Carmen Puerta Yáñez-Barnuevo para Osuna, etc.

<sup>30</sup> Sobre la atribución de labores de policía a las mujeres en Gran Bretaña durante la I Guerra Mundial, también sobre premisas moralistas y machistas: D'CRUZE, Shani, «Crime», en Ina Zweiniger-Bargielowska (ed.), *Women in Twentieth-century Britain*, Essex, Pearson, 2001, 198-213, p. 210.

desigualdades civiles y profesionales en un compendio de desigualdades contingentes y estructurales. Este discurso político –a ratos institucional y siempre judicial– apeló de cuando en cuando a la falta de desarrollo legislativo y a la falta de aptitudes educativas; a situaciones, pues, aparentemente remediables. Pero eran estratagemas dirigidas a enmascarar el núcleo esencial de la discriminación, a saber: la subordinación del constitucionalismo a la naturaleza –fatal e ineludible–, que era la que exhortaba a inhabilitar a las mujeres de cara a la aplicación del derecho incluso a pesar de que un conjunto de reformas contundentes les habían dado su sitio en la producción misma del derecho.

En este punto, la magistratura se mantuvo impertérrita a la revolución iniciada el 14 de abril y, así, impidió que peligrara su integridad como cuerpo masculino sumamente homogéneo. La negativa a tolerar la aplicación femenina del derecho fue paralela a la negativa a tolerar la titularidad femenina de ciertos derechos, es decir, una enmienda al derecho establecido democráticamente desde el establecimiento de la República. A través del monopolio masculino de la interpretación judicial se prolongó el monopolio conservador y antirrepublicano de la Constitución. La masculinización de la Constitución era el paso necesario para la feminización de la familia después del embate republicano. Pues descartar la aptitud femenina para opositar a la judicatura y desautorizar la participación femenina en la justicia municipal convergían en un mismo objetivo: mantener vigente una definición tradicional del espacio doméstico que pudiera contrarrestar la ampliación de la *res publica*. En una palabra: separar derecho y política.

Poderes y no solo derechos, pues, quedaban redefinidos de un modo opuesto al que mandaba el texto constitucional. La inexistencia de una quiebra total en el orden jurídico respecto al antiguo régimen sirvió de pretexto para limitar los efectos de la revolución constitucional en el ámbito de la división sexual del trabajo y la ciudadanía femenina. Este hecho limitó la acción innovadora de la República española en el concierto de las democracias de entreguerras. Aunque con grandes problemas prácticos, en Inglaterra y Gales el acceso de las mujeres al jurado y a la judicatura se produjo en 1919<sup>31</sup>. Aunque algún *land* como el de Baviera las excluyera y ninguna mujer llegara nunca a la alta magistratura, 36 mujeres detentaron funciones judiciales y fiscales en toda Alemania. Seguían siendo muy pocas –el censo contaba 10.441 jueces y fiscales–, pero los datos universitarios hacían prever un incremento gradual que al final sólo pudo ser obstruido por la llegada del nazismo<sup>32</sup>.

En España, la igualdad entre hombres y mujeres no sería reconocida hasta que el ministro de Justicia Juan García Oliver aprobó el decreto de 4 de febrero de 1937, ya durante la guerra civil. La exposición de motivos afirmó sin rodeos que se proponía resolver la «antinomía entre el texto constitucional y las Leyes

<sup>31</sup> LOGAN, Anne, «In Search of Equal Citizenship: the campaign for women magistrates in England and Wales, 1910-1939», en *Women's History Review*, 16 (4), 2007, pp. 501-518. *Id.*, «“Building a New and Better Order”? Women and Jury Service in England and Wales, c. 1920-70», en *Women's History Review*, 22 (5), 2013, pp. 701-716.

<sup>32</sup> STEPHENSON, Jill, *Women in Nazi Society*, London, Croom Helm, 1975, pp. 169-170.

civiles, en orden a la capacidad civil de la mujer, y especialmente de la mujer casada». Esa igualdad era «absoluta» y no había de esperarse a divorcios, leyes o juicios redentores de ningún tipo. En mayo, algunas mujeres ocuparon cargos judiciales y fiscales por primera vez<sup>33</sup>. La dictadura de Franco detuvo el proceso de un tajo.

### III. LA INSTITUCIÓN DE LA FAMILIA Y LA POSICIÓN DE LA MUJER: EL MODELO CONSTITUCIONAL Y EL MODELO JUDICIAL

La Constitución de 1931 estableció dos grandes novedades respecto a la tradición jurídica española concerniente al derecho de familia. Gracias al artículo 43.1, las relaciones matrimoniales se convirtieron en materia constitucional, trascendiendo las estrechas barreras del derecho civil<sup>34</sup>. A partir de entonces, el matrimonio se fundaría en «la igualdad de derechos para ambos sexos» y sería susceptible de disolución por mutuo disenso o a solicitud de alguno de los cónyuges, siempre que en este supuesto se alegara justa causa. La familia, según disponía en su primer inciso el precepto citado, quedaría «bajo la salvaguardia especial del Estado». Los poderes públicos –y no solo el judicial– estaban llamados a vigilar y proteger todo aquello que se relacionara con la formación y la disolución del vínculo matrimonial, base de la institución familiar.

En sintonía con este marco constitucional, la LD fue aprobada en marzo de 1932 y la LMC un trimestre más tarde<sup>35</sup>. Éstas y otras reformas del ordenamiento jurídico constitucional, civil y penal –el sufragio femenino, la igualdad de la descendencia con independencia del vínculo matrimonial, la no discriminación por razón de sexo en el acceso a puestos oficiales y cargos públicos, la protección de las mujeres en el trabajo, etc.– perseguían un objetivo común: extender la condición ciudadana a las mujeres y, antes, la plena capacidad jurídica<sup>36</sup>.

Propongo estudiar la práctica judicial con un doble propósito. Por un lado, el análisis de la jurisprudencia y el funcionamiento cotidiano de los tribunales contribuirá a esclarecer cuál fue la concreción de las innovaciones implantadas

<sup>33</sup> Citas en la exposición del decreto. Para más información: VÁZQUEZ OSUNA, Federico, *La rebel·lió dels tribunals. L'Administració de justícia a Catalunya (1931-1953). La judicatura i el ministeri fiscal*, Catarroja-Barcelona, Afers, 2005, pp. 185-188.

<sup>34</sup> Sobre el rechazo de los sectores católicos: VINCENT, Mary, *Catholicism in the Second Spanish Republic. Religion and Politics in Salamanca, 1930-1936*, New York, Oxford, 1996, p. 177. Sobre la implicación del precepto en las relaciones con la Iglesia: ABRAHAM BARRERO ORTEGA, *La libertad religiosa en España*, Madrid, CEC, 2006, p. 72.

<sup>35</sup> La LD en *GM*, núm. 71, 11 de marzo de 1932, pp. 1762-1767, y núm. 72, 12 de marzo de 1932, pp. 1794-1799. La LMC en *GM*, núm. 185, 3 de julio de 1932, p. 60.

<sup>36</sup> GONZÁLEZ CALLEJA, Eduardo, COBO ROMERO, Francisco, MARTÍNEZ RUS, Ana, y SÁNCHEZ PÉREZ, Francisco, *La Segunda República española*, Madrid, Pasado & Presente, 2015, pp. 130-143. GAHETE MUÑOZ, Soraya, *Por un feminismo radical y marxista. El Colectivo Feminista de Madrid en el contexto de la Transición española (1976-1980)*, tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2018, pp. 112-115.

por el constituyente y el legislador respecto a las mujeres. Por otro lado, la disección de la práctica judicial ayudará a retratar la actitud de la administración de justicia ante el principio constitucional de igualdad entre los sexos y, en definitiva, ayudará a determinar cuál fue la cristalización real de aquel principio tras pasar por el tamiz judicial. En suma, las siguientes páginas versarán sobre una de las secuelas del monopolio masculino de la interpretación judicial; en concreto, la que hizo posible que el centro de imputación de los derechos siguiera pasando por el estado civil en lugar de hacerlo por la individualidad, como constitucionalmente estaba prescrito.

Para ello, me detendré en varias realidades sociales y jurídicas directamente ligadas al principio de igualdad: una nueva, el divorcio (III.1); dos figuras delictivas tradicionales cuyo perfil cambió a raíz de la enunciación jurídica del principio: el estupro y la violación (III.2); un comportamiento despenalizado por el parlamento republicano pero sancionado por el derecho civil, el adulterio y, junto a él y no despenalizados, los malos tratos civilmente relevantes, que distinguiremos convenientemente del concepto penal (III.3). Después abordaré algunos aspectos referentes a la posición jurídica de las mujeres, en particular las alusivas a su dependencia económica estructural (III.4). Todas estas realidades compartían un presupuesto de cultura jurídica similar, caracterizado por la ausencia de laicidad y el derecho natural de trasfondo.

### III.1 DIVORCIO

La LD fue la piedra de toque del conflicto entre la modernización republicana del derecho civil y el derecho liberal-católico legado por la Restauración. Al igual que la supresión de la obligatoriedad del matrimonio canónico, la regulación del divorcio se concibió más como una conquista del Estado en la pugna por su secularización que como una conquista de las mujeres en la lucha por sus derechos. Lo interesante del divorcio es que refleja hasta qué punto los progresos en la primera línea repercutían positivamente sobre la segunda. Asimismo, al concebirse más como un ataque al poder de la Iglesia que como un ataque al patriarcado, el análisis de la LD permitirá hallar los límites formales e informales del principio constitucional de igualdad. Como remarcó Eduardo Barriobero, diputado federal y abogado, los artículos 3, 25, 26, 27, 43 y 48 de la Constitución eran «los verdaderos cimientos» de una «España laica y civil». Según el discurso republicano hegemónico en la gestación de la LD, laicidad estatal, igualdad ante la ley, separación Iglesia/Estado, libertad de conciencia y de culto, divorcio, matrimonio civil y enseñanza pública eran fundamentales para construir cultural e institucionalmente el régimen republicano<sup>37</sup>.

Fernando de los Ríos presentó el proyecto de ley a las Cortes el 4 de diciembre de 1931. La Constitución estaba a punto de ver la luz, pero la LD se le adelantaba. Las fuerzas mayoritarias en las Cortes Constituyentes estaban decidi-

<sup>37</sup> BARRIOBERO Y HERRÁN, Eduardo, «El divorcio y las leyes laicas de la República», en *El divorcio y las leyes laicas de la República*, Madrid, Galo Sáez, 1932, pp. 7-8.

das a reconocer el derecho al divorcio porque la República, en su propósito de secularizar el Estado, tenía que zafarse de «todo el sistema de prejuicios sociales e imposiciones confesionales». El divorcio era, en palabras del ministro de Justicia, «el resorte postrero» al que los cónyuges podrían acudir cuando «las bases subjetivas» que habían forjado el matrimonio no pudieran sostenerse. De este modo, la República buscaba un espacio de libertad para el desenvolvimiento de «la moral familiar». Ahora bien, «la libertad de los cónyuges» constitucionalmente reconocida estaba subordinada al «interés de la sociedad». Ese era el sentido de la exigencia de «justa causa» para el divorcio unilateral: que la «intervención indispensable» del poder público impidiera que el divorcio se convirtiera en repudio arbitrario y unilateral.

Fernando de los Ríos reconocía que el divorcio había de estar controlado para que la familia y la «vida civil» no sucumbieran bajo «posibles estímulos de egoísmo». No en vano, el divorcio no solo comportaba la disolución del vínculo; además, el cónyuge declarado culpable podía verse impedido a contraer nupcias en el futuro, faceta sancionadora que regulaciones análogas, como la francesa, habían dejado atrás<sup>38</sup>. Los efectos del divorcio tenían el rango de «leyes civiles de orden público», sustraídas a la voluntad de las partes. Por esta razón, la LD contenía un par de garantías. De un lado, establecía sanciones contra el incumplimiento de deberes familiares, plazos de caducidad y prescripción que impidieran pleitos retrospectivos sobre acontecimientos supuestamente tolerados por alguno de los cónyuges, etc. De otro lado, el discurso del ministro confería un rol importante al poder judicial, sobre el que depositaba su confianza. Según sus palabras, la aplicación de la ley en cada caso concreto correspondía «más a la interpretación jurídica que al precepto legislativo terminante». La lista de causas de divorcio era abierta para que los tribunales las observaran «con eficacia expansiva» y, en última instancia, los interesados podrían interponer un recurso especial de revisión ante el Tribunal Supremo. El divorcio era, pues, un «derecho jurisdiccionalmente aplicable»: un derecho más susceptible de aplicación, conforme al criterio judicial, que un derecho exigible<sup>39</sup>. Como recordaría la Audiencia provincial de Granada en una resolución de 1933 «no se puede confundir el derecho a pedir con el derecho a que se le otorgue lo pedido»<sup>40</sup>.

Ésa sería la pauta del Tribunal Supremo. La sentencia de 5 de abril de 1933 declaró que la libertad del poder judicial era total para resolver las demandas de divorcio, quedando atado solamente a las normas procesales, elevadas a la categoría de normas de orden público. La sentencia que declarase no haber lugar al divorcio no infringía el artículo 43 de la Constitución, pues este tenía que ser

---

<sup>38</sup> En 1930 se suprimió la prohibición de contraer nuevo matrimonio, y en 1919 se había hecho lo mismo con la proscripción de que los cónyuges divorciados volvieran a unirse. STOLJAR, Samuel, «A History of the French Law of Divorce, II», en *International Journal of Law and the Family*, 4, 1990, pp. 1-26, p. 16.

<sup>39</sup> La exposición del ministro está recogida en *El divorcio y las leyes laicas de la República*, pp. 11-22.

<sup>40</sup> Sentencia núm. 2 (21 de febrero de 1933). ARCG, Libro de sentencias de 1933, sig. 285, leg. 1404.

interpretado como un precepto que concedía a los cónyuges el derecho facultativo a solicitar la disolución del matrimonio a la autoridad competente, y nada más. Era la autoridad judicial la que debía acceder a la petición, o no, en virtud del examen de la causa alegada, como subrayó el Alto Tribunal en su sentencia de 14 de junio de 1933. La de 8 de noviembre fue aún más tajante: la voluntad de los cónyuges tenía un papel irrelevante. La ausencia de justa causa legitimaba al tribunal a denegar el divorcio al margen de que este fuera solicitado por mutuo acuerdo de las partes<sup>41</sup>.

Con estos mimbres, no es de extrañar que el aspecto procesal de la LD presentara algunas fisuras que hacían posible un amplio margen de discrecionalidad judicial. Después de una ardua polémica parlamentaria y doctrinal, la ley exigió «justa causa»<sup>42</sup>. El modelo republicano de divorcio se diferenció con ello de la postura clerical, pero también marcó distancias respecto a las uniones libres preconizadas por los anarquistas<sup>43</sup> y el divorcio libre, exento de juicios de valor, representado por modelos como el sueco y el soviético. El legislador español siguió la estela de la República de Weimar<sup>44</sup>. Para lo que interesa a esta investigación, el aspecto que debe ser estudiado no es tanto la intervención judicial en sí, prevista por la ley, sino los contenidos de la interpretación, destinados a disuadir a los interesados del ejercicio de estos derechos y a delimitar la subjetividad jurídica de las mujeres.

El procedimiento para el ejercicio de la acción de divorcio y separación de derecho era sustancialmente igual para ambos casos (art. 37 LD) salvo algunas especialidades en el terreno de los plazos. En general, el procedimiento equivalía al de un juicio declarativo de menor cuantía durante las fases expositiva y probatoria, que al llegar a la fase definitiva exigía la remisión de los autos mediante un informe a la Audiencia provincial, ante la cual tenía lugar la vista previa a la sentencia<sup>45</sup>. Siendo el más simple de todos el procedimiento por mutuo acuerdo, no dejaba de reflejar la cualidad del juez como custodio de la moral y la institución conyugal, por lo que sus pronunciamientos interesan para decantar el discurso judicial sobre la familia, la mujer y la domesticidad.

La doctrina identificaba dos «garantías» en dicho procedimiento: el tiempo que se dejaba transcurrir entre comparecencias para que los cónyuges medita-

<sup>41</sup> ARAGONÉS ANDRADE, Felipe, *La jurisprudencia sobre la Ley de divorcio*, Madrid, Góngora, 1935, pp. 25-26.

<sup>42</sup> SCANLON, Geraldine H., *La polémica feminista en la España contemporánea (1868-1974)*, Madrid, Akal, 1986, pp. 265-274.

<sup>43</sup> VADILLO MUÑOZ, Julián, *Abriendo brecha. Los inicios de la lucha de las mujeres por su emancipación. El ejemplo de Soledad Gustavo*, Guadalajara, Volapük, 2013, pp. 245-253.

<sup>44</sup> Lenin mostró desde bien pronto las contradicciones en que incurrieran las democracias de la postguerra al reconocer pomposamente la igualdad de la mujer y, simultáneamente, poner sendas limitaciones al divorcio. LENIN, Vladimir Ilich, «Las tareas del movimiento obrero femenino en la República soviética» (1919), en *La emancipación de la mujer*, Moscú, Progreso, 1978, pp. 73-80, pp. 76-77. Sobre la excepción sueca: SIMONSSON, Per, y SANDSTRÖM, Glen, «Ready, Willing, and Able to Divorce: An Economic and Cultural History of Divorce in Twentieth-Century Sweden», en *Journal of Family History*, 36 (2), 2011, pp. 210-229, p. 216.

<sup>45</sup> El símil en SENTÍS MELENDO, Santiago, *Derecho procesal civil, criminal y organización judicial*, Madrid, Reus, 1934, p. 67.

sen y la necesidad de asesoramiento letrado, pues la ley exigía representación mediante procurador y dirección por letrado en las comparecencias ante el juez (art. 45 LD). Se levantaba acta de la primera comparecencia y dentro de los tres días siguientes se citaba por separado a los cónyuges a una nueva comparecencia en la que el juez de primera instancia tenía la misión de comprobar «la existencia de una auténtica y sincera voluntad de separación o de divorcio e invitará a las partes a ratificarse» después de «un interrogatorio escrupuloso»<sup>46</sup>. Los tres días de margen pasaban a ser seis meses si lo que se pretendía era el divorcio. En uno y otro caso, la falta de asistencia a alguna de las comparecencias era tenida por desistimiento y producía la nulidad de lo actuado. Como vemos, la LD fue entendida como un instrumento peligroso que debía estar sometido al control de los jueces y cuyo uso volitivo debía evitarse a toda costa. Desde esta óptica, el procedimiento español era semejante al de otros sistemas europeos, impulsores de una actuación judicial de índole reeducadora, sancionadora y, ante todo, disuasoria<sup>47</sup>.

Según el artículo 54 LD, el procedimiento de divorcio por justa causa finalizaría, después de las comparecencias, cuando el juez de primera instancia terminara las diligencias de instrucción mediante un resumen razonado de las pruebas practicadas y un informe sobre el fondo de derecho. A continuación, las salas de lo civil o de lo criminal de la audiencia –algo «normal» debido a que unas y otras detentaban «funciones idénticas»– dictarían sentencia firme, recurrible en revisión ante el Tribunal Supremo por algunos motivos tasados: incompetencia de jurisdicción, violación de formalidades esenciales del juicio que produjeran indefensión e injusticia notoria. Como sugirió Santiago Sentís, en la práctica el resumen del juez de primera instancia equivalía a una sentencia y seguramente la previsión de un sistema de única instancia buscara más bien descargar a dicho juez de la responsabilidad moral en la decisión sobre tan peliagudo asunto<sup>48</sup>. De nuevo, la sacralización del matrimonio.

Otro de los elementos novedosos de la LD no pudo despegar del terreno de la teoría por obra de la práctica judicial. Hasta donde dejan ver los sumarios estudiados, la oralidad, trasunto consustancial a la única instancia, brilló por su ausencia en este procedimiento. Todo en él quedó reducido a la escritura: las pruebas llegaban a la audiencia por escrito en vez de practicarse ante ella y el resumen se ofrecía igualmente por escrito. El Tribunal Supremo elaboró una doctrina que inutilizaba el valor de la oralidad. Las causas de divorcio tenían que ser alegadas a instancia de parte en el escrito de la demanda, según sentencias como las de 23 de septiembre y 30 de noviembre de 1933. El problema, bajo mi punto de vista, es que eso implicaba desatender el curso de los acontecimientos ligados a las crisis matrimoniales y a su desarrollo una vez conocida

<sup>46</sup> *Ibid.*, pp. 64-65.

<sup>47</sup> DEZALAY, Yves, «French Judicial Ideology in Working-Class Divorce», en Diana Leonard Barker y Sheila Allen (ed.), *Sexual Divisions and Society Process and Change*, London, Tavistock, 1976, pp. 90-107.

<sup>48</sup> SENTÍS MELENDO, Santiago, *Derecho procesal civil, criminal y organización judicial*, pp. 65-66, 117 y 137.

la interposición de demanda. Incluso, el Tribunal Supremo llegó a prohibir la alegación de nuevas causas o la ampliación de causas de divorcio en el acto de la vista, en sentencias como las de 14 de marzo y 21 de noviembre de 1934<sup>49</sup>. La oposición a la oralidad era una oposición al modo en que la ley había concebido la problemática de hecho.

Una tercera particularidad del procedimiento denota la interpretación paternalista y limitativa de la libertad civil que lo presidía incluso en la letra legal: el allanamiento a la demanda y la confesión no bastaban para fundamentar una sentencia condenatoria u otorgadora del divorcio. La confesión de la culpabilidad, o sea, la certificación de que existía justa causa por el cónyuge demandado no vinculaba lo suficiente como para formar la convicción judicial. Algunos sistemas judiciales como el neerlandés venían aceptando la confesión desde el siglo XIX. Pese al requisito legal de la culpa, la confesión era tomada como una vía razonable de agilización de los procedimientos de divorcio y que, a la vez, libraba a las partes de ser expuestas públicamente a juicios inquisitivos sobre sus conductas maritales<sup>50</sup>. Así pues, la opción de la judicatura española no era banal, sino que estaba dirigida a entorpecer la ruptura del matrimonio. Entre los efectos más sexistas de la sentencia, cabe destacar que el restablecimiento de la libertad de contraer nuevas nupcias imponía ciertas limitaciones exclusivas a la mujer: las previstas en el artículo 45 CC, auténtica cláusula de reintegración bajo la potestad masculina paterna<sup>51</sup>.

Como ya sostuviera el diputado radical-socialista Félix Gordón Ordás<sup>52</sup>, la documentación judicial demuestra a las claras que muchos divorcios vinieron a ratificar separaciones de hecho de años o décadas, que eran aceptadas pacíficamente por la parte demandada. A veces no solo no se daban contestaciones a la demanda, sino que ni siquiera se comparecía en juicio<sup>53</sup>. La LD fue sensible-

<sup>49</sup> ARAGONÉS ANDRADE, Felipe, *La jurisprudencia sobre la Ley de divorcio*, pp. 28-29.

<sup>50</sup> POPPEL y JOOP DE BEER, Frans van, «Measuring the Effect of Changing Legislation on the Frequency of Divorce: The Netherlands, 1830-1990», en *Demography*, vol. 30, 3, 1993, pp. 425-441, p. 430.

<sup>51</sup> En su redacción original decía así: «Está prohibido el matrimonio: (...) 2.º *A la viuda* durante los 301 días siguientes a la muerte de su marido, o antes de su alumbramiento si hubiese quedado encinta, y *a la mujer* cuyo matrimonio hubiese sido declarado nulo, en los mismos casos y términos a contar desde su separación legal» (las cursivas son mías). JAGOE, Catherine, BLANCO, Alda, y ENRÍQUEZ DE SALAMANCA, Cristina, *La mujer en los discursos de género. Textos y contextos en el siglo XIX*, Barcelona, Icaria, 1998, p. 263.

<sup>52</sup> Afirmó en un discurso parlamentario: «Y que el divorcio era una necesidad en España lo prueba la gran cantidad de demandas presentadas. (...) El divorcio le interesa a la mujer, porque ella es la víctima principal. El hombre ha ido, desde el establecimiento del patriarcado, organizando a su gusto la sociedad, y para él son todos los derechos y para la mujer todos los deberes. La sociedad está tan infiltrada de este sentido salvaje, que la falta que no tiene importancia contra los hombres es un crimen para las mujeres. Esto la República lo repudia y considera para ambos iguales los derechos y los deberes. Ved, señoras, si no merece la pena sentir gratitud hacia la República, que eleva a la mujer, de su condición de sierva, a la categoría inalterable de ciudadana, con los mismos derechos y deberes que el hombre». GORDÓN ORDÁS, Félix, *Mi política en España*, México D. F., Fíguro, 1962, pp. 320-321.

<sup>53</sup> Citaré un caso ilustrativo: el de la sentencia de la Audiencia provincial de Granada núm. 15 (20 de julio de 1933). El demandante era el varón, un ex capitán de artillería; la demanda-

mente más aplicada a instancia de las mujeres que de los varones, y claramente más aplicada en zonas urbanas que rurales<sup>54</sup>. Sin ánimo de presentar datos definitivos, es de interés comentar las estadísticas elaboradas por un juzgado de Sevilla sobre los divorcios y separaciones de personas y bienes tramitados con arreglo a la LD desde el comienzo de su vigencia, en marzo de 1932, hasta el 31 de diciembre de 1933. Se extraen algunas ideas bastante sugerentes. De 17 demandas, la proporción entre las presentadas por hombres y mujeres era bastante equilibrada: 8 fueron instadas por varones, 7 por mujeres y 2 por ambos de mutuo acuerdo. Más del 80% de las demandas se referían a matrimonios que ya se encontraban previamente separados de hecho. La República, que parecía que venía a romper con el pasado, no hizo más que canalizar por medio jurídico lo ya presente. Sólo una de las demandas integrantes de la muestra se refería a un matrimonio celebrado con posterioridad a la proclamación de la República. Ante todo, la LD ofreció una salida jurídica a una situación fáctica preexistente. Pero la estadística contiene más información. Por ejemplo, no parece que las clases trabajadoras se beneficiaran especialmente del nuevo derecho: sólo se computan 3 «jornaleros» y en el resto predominan profesiones liberales, funcionarios y propietarios. De alguno de los hombres interesados en el divorcio se llega a decir que es «rico». Por su parte, el procedimiento de divorcio evidenció la feminización de la pobreza: eran las mujeres las que presentaban con creces los incidentes de pobreza para poder hacer frente al procedimiento de divorcio, ya lo hubieran instado ellas o sus maridos<sup>55</sup>.

En una primera aproximación a la aplicación judicial de la LD, cabe destacar la estructura compleja de las sentencias, que enlazaba pero tenía diferencias respecto a la estructura básica seguida en el orden penal. El encabezado reunía una serie de datos mínimos de demandante y demandado: además de los nombres y apellidos para la identificación personal de las partes, se recogían la profesión, la naturaleza y el domicilio. No solían registrar nada sobre la conducta, lo que no quiere decir que no cobrara relevancia. Al contrario, los resultandos eran bastante exhaustivos, pues daban cuenta de la denuncia, la reconvenición a la denuncia, la práctica de la prueba, los autos del órgano de primera instancia, etc. La importancia de los detalles acerca de las cuestiones de hecho, visible en la propia extensión de los resultandos, se explica por la relevancia que el juicio moral –y, llegado el caso, las reglas de la «sana crítica»– tenía en los juicios de divorcio. Cuantos más datos factuales, más exactitud en los elementos de juicio. Le seguían los considerandos y el fallo. El método bien se correspondía con el visto en las curias españolas de acuerdo con el canon 1873, mayormente con el llamado «histórico-crítico», en el que la intervención del juez era superior en la

---

da no compareció. Llevaban más de veinte años separados de hecho y habían intentado el divorcio en 1907. Se divorciaron por el artículo 3.12.º LD, sin implicar culpabilidad de ninguno de los cónyuges. ARCG, Libro de sentencias de 1933, sig. 285, leg. 1404.

<sup>54</sup> MERINO HERNÁNDEZ, Rosa María, *La Segunda República, una coyuntura para las mujeres españolas: Cambios y permanencias en las relaciones de género*, tesis doctoral, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2016, pp. 254-255.

<sup>55</sup> AHPS, leg. 1602 (1/2), exp. de 1934 relativo al funcionamiento del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Sevilla.

valoración de las pruebas y el relato<sup>56</sup>, lo que hace suponer una inspiración del juez ordinario en la actividad análoga que venía llevando a cabo el juez eclesiástico.

Los tribunales practicaban varias vías para la disuasión del divorcio. Además de la sanción moral por medio de las calificaciones vertidas a lo largo de la sentencia, imponían las costas judiciales al litigante vencido, sin tener en cuenta que este fuera pobre a efectos judiciales, de acuerdo con la doctrina tradicional del Tribunal Supremo (sentencia de 29 de abril de 1902)<sup>57</sup>. A simple vista, está claro que no existía una tendencia denegatoria u otorgadora de la razón a quien instaba la separación o la disolución del matrimonio, por una hipotética estrategia de inflexible defensa del matrimonio. La reacción no tomó la forma de una suerte de objeción de conciencia. Partiendo de la «concepción tópica» del derecho<sup>58</sup>, la tendencia era la de acometer un enjuiciamiento moral casuístico u oportunista, lo cual no suponía una novedad, sino que entroncaba con el principio de moralidad machista mostrado por la jurisdicción penal en el tratamiento de la violencia de género y la vindicación masculina de las ofensas inferidas a las mujeres de la familia<sup>59</sup> o, como veremos, en la delincuencia sexual. Así las cosas, la LD no fue inaplicada en la práctica a través de muros de contención explícitos, pero se aplicó con criterios antes moral-religiosos que jurídicos, sometidos a fortísimas dosis de arbitrariedad, que en última instancia desvirtuaron el tenor general y garantista pretendido con la LD. El discurso machista no era ajeno al sistema de clases sociales, y por eso los procesos de divorcio daban preferencia al testimonio de personas con solvencia «moral», que coincidían con figuras masculinas y propietarias. Su relato y el de las autoridades conformaba el perfil ideológico de las partes<sup>60</sup>.

Llegado el momento, la incidencia de las jerarquías clasistas por la vía de la moral tenía lugar de dos formas. Primero, los tribunales determinaban la culpabilidad de un cónyuge u otro poniendo en una balanza las pruebas aportadas por cada cual «tanto en cantidad como en calidad», lo que pasaba por hacer mención en los resultandos al número de «testigos de relevante posición social y moral» que habían declarado a favor de una u otra parte, como sostuvo abiertamente una

<sup>56</sup> MUÑIZ, Tomás, *Procedimientos Eclesiásticos*, t. III, Sevilla, Sobrino de Izquierdo, 1925<sup>2</sup>, pp. 373-377.

<sup>57</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y TORRES, Niceto, y ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *La Condena en Costas*, Madrid, Colegio Nacional de Sordomudos, 1930, pp. 19 y 31-35.

<sup>58</sup> Cuestión abordada ampliamente por PETIT, Carlos, «El código inexistente (II). Por una arqueología de la Civilística española», en *Anuario de Derecho Civil*, 49, 1996, pp. 1415-1450.

<sup>59</sup> Véase un relato detallado sobre la relación de «amancebados» que unía a una pareja, la «pésima conducta» del amante, «su escaso amor al trabajo y sus muchos vicios», etc., conducentes a estimar la aplicación de una circunstancia atenuante (art. 9.6 CP) a favor del hermano de la mujer, el cual agredió al exnovio en defensa del honor de su hermana. Sentencia de la Audiencia hispalense núm. 32 (22 de enero de 1936). AHPS, Libro de sentencias de 1936, sig. L-3119.

<sup>60</sup> Por ejemplo, el informe emitido por la alcaldía de Sevilla el 29 de noviembre de 1933 a colación de una mujer: «en la presente tiene en familia a su Madre (...), no teniendo criados, la casa que habita es de su propiedad estando bien amueblada». AHPS, caja 2272, sumario 846/1933 del Juzgado de primera instancia del distrito de San Vicente de Sevilla.

sentencia de la Audiencia de Granada dictada en 1933<sup>61</sup>. El nexo entre clases pudientes y moralidad era evidente, y así lo expresaban los tribunales: gozaban de mayor credibilidad aquellos «testigos de reconocida solvencia moral y todos ellos propietarios, médicos, abogados y procuradores»<sup>62</sup>. No había mejor manera de acreditar la solvencia de los testigos que indicar su profesión<sup>63</sup>.

Por otra parte, la posición económica y social de los cónyuges condicionaba, al alza o a la baja, las exigencias y prejuicios morales acerca de sus conductas. De unos cabía esperar más que de otros. Tratándose de un matrimonio de clase adinerada, por ejemplo, podía llegar a existir la presunción de que los malos tratos —una de las causas legales de divorcio— eran poco probables: «sobre todo —explicaba la Audiencia granadina— cuando se trata de personas como los cónyuges litigantes a quienes su propia educación obliga al mayor comedimiento en sus mutuas contrariedades y disgustos, máxime si estos son livianos»<sup>64</sup>. En un caso de 1935, el mismo tribunal despachó numerosos descalificativos clasistas a una mujer de clase alta que había atribuido hechos falsos y «de repugnante perversión» (homosexualidad) a su marido con tal de obtener el divorcio y la declaración de culpabilidad en contra de aquel. Después de atribuir a la demandante un «carácter díscolo y absorbente», el tribunal estimó oportuno hacer algunos comentarios acerca de su comportamiento en sede procesal, no sin cierto deleite: «quizás bajo influencias torcidas que la condujeron por caminos apartados de los que aprendió en su hogar honorable», la mujer había huido del domicilio marital incumpliendo sus «deberes de esposa». Pareciéndole poco, el tribunal entró a valorar la calidad de sus relaciones personales con sus hermanas, para confirmar que era «tan anormal su vida y tan censurado su proceder»<sup>65</sup>.

Los jueces que examinaban una demanda no se limitaban a preocuparse de si las causas que se invocaban entraban dentro de las categorías previstas por la LD, sino que además se entrometían en juicios de valor que incidían, en última instancia, en la deseabilidad o necesidad del divorcio para los cónyuges. El magistrado Alfonso Rodríguez Dranguet, en unas reflexiones sobre el arbitrio judicial, sostuvo que el principio de moralidad era sumamente importante para la aplicación de la LD. Para transmitir hasta qué punto eso era así, la comparó con uno de los sectores del ordenamiento en los que el criterio judicial venía siendo más determinante, remarcando que la LD poseía fuertes «analogías» con la LVM en cuanto a la vigencia de dicho principio. Mientras que las causas de divorcio previstas en el artículo 3 LD incluían algunas «fácilmente comprobables» —enfermedad, ausencia, poligamia, malos tratos, etc.—, le seguían otros motivos «de índole moral, de apreciación subjetiva del arbitrio del Juez» —adul-

<sup>61</sup> Sentencia núm. 2 (21 de febrero de 1933). ARCG, Libro de sentencias de 1933, sig. 285, leg. 1404.

<sup>62</sup> Sentencia núm. 4 (15 de marzo de 1933). *Ibid.*

<sup>63</sup> Sentencia núm. 3 (5 de febrero de 1934). Los testigos con mayor credibilidad eran el médico, el arquitecto y el industrial. ARCG, Libro de sentencias de 1934, sig. 292, leg. 1411.

<sup>64</sup> Sentencia núm. 14 (12 de julio de 1933). ARCG, Libro de sentencias de 1933, sig. 285, leg. 1404.

<sup>65</sup> Sentencia núm. 12 (9 de octubre de 1935). ARCG, Libro de sentencias de 1935, sig. 298, leg. 1417.

terio, violación de deberes conyugales, etc.<sup>66</sup>. La verdad es que el Tribunal Supremo elaboró una doctrina insistente que exigía que las demandas y reconvencciones detallaran las frases injuriosas, los contextos, etc. con todo tipo de detalles, a efectos de medir su carga culposa conforme al medio y la posición social de los cónyuges<sup>67</sup>.

Un dato curioso sobre los esfuerzos disuasorios de los operadores jurídicos consistía en la oposición sistemática del Ministerio fiscal a las demandas de divorcio. Ocurría incluso cuando se desconocía el paradero del marido demandado, de tan evidentes que eran la separación física y de mutuo acuerdo entre los cónyuges o el abandono doloso del hogar conyugal. La elusión deliberada de la concurrencia de estas causas legales no suponía otra cosa que una defensa oblicua de la institución matrimonial tradicional. La automaticidad de este comportamiento fiscal denota una interpretación fraudulenta de la LD, pues implicaba hacer del procedimiento de divorcio una oportunidad para repeler el divorcio establecido por el artículo 43 de la Constitución<sup>68</sup>. El juicio moral debía producirse porque solo los tribunales, después de un estudio casuístico, podían conferir el derecho. Un hombre tuvo que demostrar que no convivía con su esposa desde que volvió de la guerra de Cuba, en 1898, y que aquella había llevado una «vida licenciosa» constitutiva de adulterio y abandono culpable para que la Audiencia de Granada le concediera el divorcio<sup>69</sup>. En Córdoba, el fiscal no se mostró conforme con la solicitud de divorcio de un marido hasta que no tuvo lugar el juicio oral en rebeldía de la esposa. En consecuencia, se sentenció disolviendo el matrimonio, pero imponiendo las costas a la mujer y declarándola culpable de las causas alegadas por el actor; su incomparecencia y manifiesto desinterés por el proceso se consideraron una confesión tácita<sup>70</sup>.

Los expedientes de divorcio contienen una carga de ambivalencia ética difícil de soslayar, cuya comprensión total requiere un acercamiento a los delitos de contenido sexual, cosa que acometeremos en las próximas páginas. La libertad civil estaba controlada por el juez en menoscabo, especialmente, de las mujeres, ya que era a ellas, una vez divorciadas o separadas judicialmente, a las que se les reconocían «posiciones rotundas de plena capacidad», de las que los hombres ya gozaban. Así lo señalaba la exposición de la ley realizada por el ministro<sup>71</sup>. La libertad de las mujeres estaba bajo permiso y supervisión de los hombres. Esto era así para recordar a las mujeres que su entrada en la ciudada-

<sup>66</sup> RODRÍGUEZ DRANGUET, Alfonso, *Defensa social. Tratamiento de los peligrosos. Legislación de vagos y maleantes. Ley y reglamento*, Madrid, Góngora, 1935, pp. 56-57.

<sup>67</sup> Sentencias de 1 de marzo de 1933, 7 de julio de 1933, 6 de enero de 1934, 31 de mayo de 1934 y 11 de octubre de 1934. ARAGONÉS ANDRADE, Felipe, *La jurisprudencia sobre la Ley de divorcio*, pp. 51-64.

<sup>68</sup> Véase un escrito del fiscal de Sevilla (15 de diciembre de 1933): «se opone a la demanda hasta tanto no se justifique oportunamente los hechos en que la funda y se cumpla con los requisitos exigidos en la Ley». AHPS, caja 7095, causa núm. 138/1933, p. 16.

<sup>69</sup> Sentencia núm. 6 (22 de abril de 1933). ARCG, Libro de sentencias de 1933, sig. 285, leg. 1404.

<sup>70</sup> Sentencia de 16 de diciembre de 1932. AHPCo, caja 6698, exp. 13, sumario núm. 26/1932 y rollo núm. 16/1932.

<sup>71</sup> *El divorcio y las leyes laicas de la República*, p. 20.

nía formaba parte de un otorgamiento extraño a sus cualidades y derechos intrínsecos. Esa misma ambivalencia se observa en que la defensa de la institución sagrada del matrimonio encontraba límites no en los derechos de las mujeres sino en los privilegios masculinos de acceso a sus cuerpos, convenientemente delimitados más que limitados.

Los escritos de reconvencción a las demandas de divorcio y separación ofrecían una perversa oportunidad para que los intentos femeninos de obtener la libertad civil se volvieran en su contra. La conducta inmoral de un cónyuge podía ser causa de divorcio, según el artículo 3.8 LD. Ésta era una cláusula para la penetración de los dogmas morales del poder judicial, con los consiguientes peligros para la libertad personal. Pero, además, el precepto supuso una vía de anulación de otras causas y una forma de penalización de las inmoralidades observadas durante las investigaciones judiciales, generando situaciones de indefensión. Por ejemplo, de acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1933, tenemos que, si el tribunal *a quo* estimaba la inmoralidad previa de la mujer, podía rechazar como causa de divorcio alegable por ésta el que su marido intentara corromperla o prostituirla, es decir, la causa del artículo 3.3 LD<sup>72</sup>.

Una sentencia dictada en 1936 por la Sala de lo Civil de la Audiencia de Granada servirá para ilustrar este peculiar efecto bumerán. La esposa denunció a su marido por abandono del hogar familiar y por el no reconocimiento de un hijo. El esposo dejó consignado en su reconvencción que si ignoró sus deberes paternofiliales fue porque comprobó «el desarreglo de su hogar que sucio y abandonado se encontraba» por culpa de la mujer, la cual «no atendía a su casa, sino que se marchaba a la de sus padres donde estaba horas y horas sin que volviera con puntualidad a darle de comer a sus horas». A la vista de eso, el marido alegó al juez que «la reprendió sin que hiciese caso». Poco después, al enterarse de que su esposa trabajaba despachando en el mostrador del negocio regentado por su padre sin el consentimiento del marido, la conminó «para que ajustase su vida a la de una mujer casada», hasta que «la [*sic*] prohibió terminantemente que fuese a casa de sus padres sin que a nada de esto hiciese caso». El tribunal consideró que el marido debía ser absuelto de la demanda y que la actora debía «reanudar la vida y convivencia matrimonial con su esposo en el nuevo domicilio que el demandado señale»<sup>73</sup>.

La interpretación judicial del divorcio reposó sobre estas premisas culturales, morales y epistemológicas. Con el propósito de ventilar la culpabilidad de alguno, de ambos o –menos común– de ninguno de los cónyuges litigantes, se efectuaba un procedimiento bárbaro de exploración sin un basamento jurídico-positivo cierto en su proceder ni en su razón de ser. Confluía en una recopilación de valoraciones tenaces, impuestas por poderes coactivos –nunca persuasivos ni movidos por un mínimo de empatía respetuosa con la autonomía de la voluntad supuestamente consustancial a la ciudadanía–, acerca de los compor-

<sup>72</sup> ARAGONÉS ANDRADE, Felipe, *La jurisprudencia sobre la Ley de divorcio*, pp. 36 y 64.

<sup>73</sup> Sentencia núm. 2 (24 de enero de 1936). ARCG, Libro de sentencias de 1936, sig. 305, leg. 1425.

tamientos sexuales y la sexualidad individual en abstracto, o sea, valoraciones con vocación de institucionalizar verdades absolutas sobre la carne. Los juicios de valor alrededor de los estilos de ocio y las pautas de consumo, sobre los vicios e incluso las predilecciones cotidianas también tenían importancia, aunque no tanta como la vida puramente sexual<sup>74</sup>.

La decisión de si determinadas realidades fácticas suponían un incumplimiento de los deberes conyugales y, por tanto, la causa de divorcio prevista en el artículo 3.8, correspondía al poder judicial. O sea, en un momento anterior, el conocimiento meticuloso de esas realidades incumbía al poder judicial, lo que instauraba un «voyerismo jurídico»<sup>75</sup>. El análisis de jurisprudencia permite observar que la intimidad personal y familiar quedaba comprendida de manera ilimitada. La vida sexual quedaba subordinada por completo a la institución del matrimonio, sin importar la voluntad de las partes. Según manifestó el Tribunal Supremo, «la procreación y conservación de la especie» era «uno de los fines del matrimonio», pero la falta de descendencia no podía ser constitutiva de una causa de divorcio. La explicación no deja lugar a dudas sobre cuáles eran los dogmas iusnaturalistas tradicionales sobre los que reposaba la decisión: «por cuanto el hecho de la reproducción es tan misterioso, en su esencia, que no es dado penetrarlo al humano ingenio»<sup>76</sup>.

En congruencia con el planteamiento, el Alto Tribunal edificó una doctrina que reforzaba la creencia en la división natural de los roles sexuales y, de ese modo, anudaba un estatuto desigual de derechos en función de la naturaleza. Por ejemplo, sentenció que la falta de relaciones sexuales sí era causa de divorcio por violación de deberes conyugales, a menos que lo impidiese alguna enfermedad grave. En cambio, la falta de aseo, limpieza o conocimientos culinarios de la esposa no lo suponía salvo que, además, adquiriera connotaciones inmorales o deshonorosas<sup>77</sup>. La conducta doméstica de los varones quedaba sustraída al discernimiento judicial porque, en el fondo, también lo estaba su conducta sexual aunque en grado algo menor. La esfera doméstica era, sobre todo, una esfera de prerrogativas masculinas. Según expuso la Audiencia provincial de Granada, no bastaba con la vulneración de alguno de los deberes matrimoniales para proceder a la separación o al divorcio. Además, el órgano añadió un requisito de neta creación judicial cuando determinó que era «precisa la concurrencia de motivos de extremada gravedad que redunden en detrimento de la necesaria armonía que debe presidir las relaciones conyugales y que sean impu-

<sup>74</sup> El «vicio de la bebida» fue determinante para que la Sala de lo Civil de la Audiencia provincial de Granada dictara la sentencia núm. 10 (8 de junio de 1933), concediendo el divorcio a una mujer y declarando culpable al marido. El «vicio de tener relaciones íntimas sexuales con otros individuos del mismo sexo» fue importante en la sentencia núm. 18 (21 de septiembre de 1933). ARCG, Libro de sentencias de 1933, sig. 285, leg. 1404.

<sup>75</sup> Tomo la expresión de HAYES, Melissa A., «Sex in the Witness Stand: Erotic Sensationalism, Voyerism, Sexual Boasting, and Bawdy Humor in Nineteenth-Century Illinois Courts», en *Law and History Review*, vol. 32, 1, 2014, pp. 149-202, especialmente pp. 170-184.

<sup>76</sup> Sentencia de 8 de mayo de 1934. ARAGONÉS ANDRADE, Felipe, *La jurisprudencia sobre la Ley de divorcio*, p. 79.

<sup>77</sup> Sentencias de 11 de marzo de 1933, 7 de diciembre de 1933 y 25 de junio de 1934. *Ibid.*, pp. 70-72.

tables a actos conscientes de uno solo de los cónyuges, en perjuicio del otro». La inobservancia de las obligaciones maritales había de ser «inmoral o deshonrosa en tal grado que produzca una perturbación tan honda en las relaciones matrimoniales, que haga insoportables para el otro cónyuge la continuación de la vida en común»<sup>78</sup>.

Por consiguiente, los tribunales cualificaban los requisitos legalmente establecidos mediante disquisiciones morales que estaban destinadas a complicar el ejercicio de la facultad civil de separarse o divorciarse; en una palabra, disquisiciones tendentes a blindar el orden patriarcal frente a un constitucionalismo que empezaba a inundarlo todo de derechos. A la causa tácita acerca de la conveniencia de liquidar el vínculo matrimonial, contenida en la demanda de uno de los cónyuges (la voluntad de separación), se sumaba el requisito del incumplimiento de ciertos deberes matrimoniales enumerados en la LD. Los tribunales, sin embargo, exigían algunas condiciones más, en las que su interpretación tenía un protagonismo inaudito: la inmoralidad o deshonra extrema derivada de las infracciones legales, la intencionalidad o consciencia en los actos ilícitos y, por último, la existencia de un perjuicio o daño.

Lo llamativo del razonamiento moral de los tribunales radica en que, con tal de garantizar su poder determinativo de derechos, independizaban la moral del derecho en este punto, al establecer que la contravención de los deberes matrimoniales no abocaba a la infracción del «sentido moral ordinario»<sup>79</sup>. Paradójicamente, los tribunales se erigían en guardianes del matrimonio, institución natural y moral de carácter primordial, aunque para eso debieran desligar moral y derecho. La oposición entre derecho judicial y derecho legislado tenía sentido, porque una vez atisbada la carga moral de la LD, la judicatura optó por disociar unos y otros órdenes. Así le resultaba más fácil reponer en su valor normativo una cierta moral tradicional que difería de la contenida en la ley republicana<sup>80</sup>.

### III.2 ESTUPRO Y VIOLACIÓN

La ambivalencia valorativa de los tribunales tenía importantes repercusiones en la esfera penal. Esto explica que actos de acoso sexual a menores y demás agresiones sexuales fueran calificadas a menudo como delito de escán-

---

<sup>78</sup> Sentencia núm. 3 (25 de febrero de 1933). ARCG, Libro de sentencias de 1933, sig. 285, leg. 1404.

<sup>79</sup> Según la sentencia citada en la nota anterior, lo prioritario era determinar si existía infracción de los deberes matrimoniales e indagar en lo «referente a la vida inmoral del cónyuge culpable». Había que distinguirlos nítidamente, porque el primero concernía al orden interno del matrimonio: deber de mutua asistencia, socorro y convivencia (art. 56 CC), mientras que el segundo motivo aludía al orden externo del matrimonio y, en esencia, a la «vida social». Por eso podía llegarse a reprochar a la parte actora la confusión de ambos planos.

<sup>80</sup> En general, sobre cómo las «ideologías expulsadas» del derecho positivo encuentran su «último refugio» en las consideraciones morales: STUČKA, P. I., «Teoría general del derecho» (1924), en *La función revolucionaria del derecho y del Estado*, Barcelona, Península, 1974, pp. 19-221.

dalo público<sup>81</sup>. La limitación implicaría la existencia de poderes o derechos jurídicos radicados en otros sujetos circundantes; la delimitación, la naturaleza propia que hace reconocible al privilegio. Para que se condenara por delito de estupro (arts. 458 y 464 CP de 1870; arts. 437 y 439 CP de 1932) al varón que tuviera relaciones sexuales con una mujer «doncella» y «de buena fama» sin estar casados, era preciso que las fingidas promesas de matrimonio —«el engaño»— se hubieran producido con anterioridad al acto sexual<sup>82</sup>. Las sentencias ventilando si se produjo o no estupro caían en juicios de valor innecesarios desde el punto de vista de los elementos del tipo, elucubrando si se trataba de «relaciones amorosas lícitas» o no, si la mujer era «honesta» y «de buena vida», etc. Este torbellino de valoraciones morales tenía una repercusión directa en la modulación de la pena, de manera que la licitud del amor podía determinar que la pena fuera sólo pecuniaria y no privativa de libertad<sup>83</sup>. Hacía tiempo que el Tribunal Supremo había suprimido la necesidad de que la noción de virginidad fuera condición indispensable para categorizar la honestidad y la «buena fama» de la mujer víctima del estupro<sup>84</sup>. Ahora bien, eso fue más por las dificultades prácticas de probar la virginidad de la mujer que por la irrelevancia de la idea en su consideración social y moral, como demuestran las observaciones morales de los tribunales acerca de la vida marital.

En la persecución de este tipo de delitos privados era necesaria instancia de la parte agraviada o, en caso de que ésta fuera menor de veintitrés años, instancia de sus padres, abuelos o tutores<sup>85</sup>. El principio de igualdad de derechos en el matrimonio establecido en la Constitución llevó al Tribunal Supremo a reconocer la personalidad de la madre para perdonar el delito cometido, tanto en el estupro como en la violación, sobre la base, empero, de argumentos tradicionales y no constitucionales que seguían omitiendo la personalidad jurídica de la perjudicada. Así las cosas, la violación podía ser perdonada por la madre de la

<sup>81</sup> Para la absolución de un escritor con «buena conducta informada» del delito de escándalo público por tener relaciones sexuales con un niño de trece años, sobre la base de que el tribunal no podía dictar «en conciencia» un fallo condenatorio porque no había pruebas suficientes de que se tratase de «hechos ofensivos al pudor y a las buenas costumbres»: sentencia de la Audiencia provincial de Madrid núm. 250 (12 de junio de 1932). AHN, fondos contemporáneos, Audiencia territorial, criminal, leg. 26/2, exp. 30, rollo núm. 425/1931. Para una violación frustrada, que fue perseguida como escándalo público pero finalmente acabó en fallo absolutorio: sentencia de la Audiencia hispalense núm. 256 (17 de junio de 1935). AHPS, Libro de sentencias de 1935, t. I, sig. L-3201. Los ejemplos podrían multiplicarse.

<sup>82</sup> Sentencia de la Audiencia provincial de Sevilla núm. 255 (30 de septiembre de 1932). AHPS, Libro de sentencias de 1932, t. II, sig. L-3197.

<sup>83</sup> Es el caso de la sentencia núm. 68 (4 de febrero de 1936) de la Audiencia de Sevilla, en causa por delito de rapto pero luego reconducida al de estupro. AHPS, Libro de sentencias de 1936, t. I, sig. L-3204.

<sup>84</sup> Sentencia de 2 de diciembre de 1931, que hundía sus raíces en otras de 9 de julio de 1879 y 20 de abril de 1894. Lo subrayaba ÁLVAREZ VALDÉS, Félix, «Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Criminal», en *Revista de Derecho Público*, 2, 15 de febrero de 1932, pp. 49-51.

<sup>85</sup> Así lo recordaba la sentencia de la Audiencia de Sevilla núm. 155 (6 de abril de 1935). AHPS, Libro de sentencias de 1935, t. I, sig. L-3202. Los casos en que la querrela era interpuesta por la supuesta estuprada son realmente marginales. Un ejemplo, del mismo tribunal: sentencia núm. 161 (23 de octubre de 1931). AHPS, Libro de sentencias de 1931, sig. L-3108.

víctima porque aquella era ofendida doblemente, por su calidad de madre y de esposa<sup>86</sup>. La sanción penal estribaba en una indemnización económica a «la ofendida», aparte del pago de multa y costas procesales<sup>87</sup>. Pero, siendo menor de edad, el patrimonio de la mujer era el del padre o, más bien, no existía patrimonio femenino. Unos y otros pagos suponían un intercambio masculino de mujeres mediante dinero, y una compensación por hacerlo sin la debida autorización. El Tribunal Supremo fue perfilando paulatinamente su doctrina sobre las diferencias entre el estupro y la violación. En 1935 situaría la clave, aparte de en la concurrencia de «engaño grave», en la exigencia de un «coito perfecto» para que existiera violación, lo que significaba la introducción del pene y la eyaculación seminal dentro de la vagina. Todo lo demás entraba dentro del concepto de estupro<sup>88</sup>. La diferencia tenía importantes consecuencias en el área de las responsabilidades civiles, pues en el delito de violación no cabía condenar al reconocimiento de la prole, por lo que paradójicamente podía perjudicarse más a la víctima del delito.

A decir verdad, el delito de estupro era, por un lado, el subterfugio para la minoración penal de la agresión sexual, intercambiándose a veces como falsos sinónimos<sup>89</sup>. La violación era en algunos casos objeto de castigo a través del delito de abusos deshonestos (arts. 453-454 CP), cuya pena podía ser mayor a la prevista por estupro, pero que igualmente implicaba un trato benévolo hacia hombres que practicaban o intentaban practicar el coito de manera no consentida hasta con «una mujer menor de doce años», como apreciamos en una sentencia de la Audiencia provincial de Pontevedra<sup>90</sup>. Por otro lado, como he indicado, el estupro implicaba la sanción penal del intercambio ilícito de mujeres entre varones. Estudiar la doctrina sobre el estupro es interesante porque permite conocer el calado de la moral liberal-católica en la judicatura e, igualmente, porque ayuda a establecer puntos de conexión entre la interpretación de la ley penal y la ley civil.

La LD y la cultura de la igualdad en que brotó chocaron con otro cuerpo normativo, la moral machista, y con otra cultura, la judicial. La debilidad de las mujeres en la exigencia de sus derechos ante los tribunales no amainó con la República. A menudo, para que los hombres reconociesen a sus hijos, con la consiguiente asunción de las obligaciones paternales después de abandonar a la madre de estos, eran precisos capciosos y costosos juicios por estupro. He aquí una tercera función del estupro, directamente ligada a los obstáculos planteados por el poder judicial a la subjetividad jurídica plena de las muje-

---

<sup>86</sup> Sentencia de 11 de enero de 1934.

<sup>87</sup> Sentencia de la Audiencia sevillana núm. 81 (17 de febrero de 1936). AHPS, Libro de sentencias de 1936, sig. L-3119.

<sup>88</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1935.

<sup>89</sup> AHPS, caja 7180, sumario 217/1933. Curiosamente, en la cubierta del expediente aparece tachada la palabra «violación», reemplazada por la de «estupro». Así puede rastrearse también en algunas sentencias, como la dictada el 12 de febrero de 1932 por la Audiencia provincial de Barcelona. ACTSJC, APB, Libro de sentencias de 1932, t. 1, sig. 154.

<sup>90</sup> Sentencia núm. 433 (18 de noviembre de 1932), vista en juicio por jurado. AHN, fondos contemporáneos, Tribunal Supremo, leg. 89/2, exp. 54 bis.

res. Durante toda la República se siguieron dictando sentencias que victimizaban e infantilizaban a las mujeres, como aquella de «la estuprada Francisca Ramírez Gago», que peleó en los tribunales para que su exnovio reconociese como legítima a la hija común de ambos. La Audiencia provincial de Sevilla le dio la razón, condenando al denunciado a la pena de dos meses y un día de arresto mayor, accesorias, costas, al reconocimiento y manutención de la hija tenida en común y, asimismo, a indemnizar en 5.000 pesetas a la estuprada. Para ello fue necesario que se probase que la joven era «doncella de vida honesta e intachable» y que el acusado, «sin tener el carácter de autoridad pública, sacerdote, criado doméstico, tutor, maestro o encargado por cualquier título de la educación o guarda» de la víctima, «logró cohabitar con ésta fecundándola, bajo promesa de matrimonio que luego no contrajo»<sup>91</sup>. Si no se trataba de «doncella honesta y de buenas costumbres», como leemos en una sentencia de la Audiencia provincial de Barcelona, la conducta no se consideraba punible<sup>92</sup>.

Sobra decir que este tipo de supuestos de hecho podía revestir el carácter de una violación, debido a las tenues diferencias entre aquel tipo y el delito específico de violación (art. 431 CP de 1932) y las dificultades probatorias comunes a ambos. La principal diferencia radicaría en el uso de la fuerza física directamente sobre el cuerpo de la víctima. Esto podía resultar algo evidente en casos en que la violación tenía varios autores –por ejemplo: reduciendo físicamente la libertad de movimientos de la víctima–, pero no en el resto. Además, la tentativa de violación (art. 431.3 CP de 1932) era a menudo confundida con el delito de abusos deshonestos (art. 432 CP)<sup>93</sup>.

### III.3 ADULTERIO Y MALOS TRATOS

La confusión entre el derecho penal y el civil de cara a la protección judicial del matrimonio de cuño tradicional resulta flagrante si dirigimos la mirada hacia el adulterio. El CP de 1932 lo suprimió como delito, pero esto no quiere decir que desapareciese como realidad culposa del ordenamiento jurídico español. Sencillamente, se desplazó al terreno del divorcio mediante un injerto judicial. El artículo 3.1 LD fijó como causa de divorcio el «adulterio no consentido o no facilitado por el cónyuge que lo alegue». De entrada, no parece que existiera un sesgo sexista en la conducta. Mas en este caso la discriminación por razón de sexo se halla tan implícita no por debilidad, sino porque se trataba de una carga definitoria de la categoría penal de adulterio, ya conocida por los tribunales. Posiblemente, la visión machista del adulterio no pudo desaparecer de

<sup>91</sup> Sentencia núm. 128 (12 de mayo de 1932). AHPS, Libro de sentencias de 1932, sig. L-3196.

<sup>92</sup> Sentencia de 10 de enero de 1933. ACTSJC, APB, Libro de sentencias de 1933, t. 1, sig. 158.

<sup>93</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 16 de octubre de 1933 y 24 de enero de 1934.

la cultura jurídica porque, de hecho, no desapareció del terreno de la cultura política y de las distintas esferas burocráticas<sup>94</sup>.

Por lo tanto, el adulterio fue eliminado de la legislación penal, pero nunca perdió connotaciones para-penales en otras esferas del ordenamiento, donde operaba en forma de sanción moral y para-penal con una eficacia jurídica ineludible. Se produjo una huida hacia el derecho civil de la cultura represiva del adulterio como consecuencia del repliegue de la cultura represiva de las mujeres provocado por el legislador reformista. Pero la pugna no había concluido.

Detengámonos en la vigencia del adulterio dentro del ámbito del divorcio. Los hombres demandados por sus mujeres planteaban a menudo la imputación de adulterio, como estrategia de defensa, con fines de descalificación moral y para-penal. El ardid no tenía complicación: ante la mujer que osaba emanciparse del hombre acudiendo a un juez, el esposo respondía con un contraataque. Muchos no se conformaban con repeler el intento de divorcio: querían, ya como venganza, que se las reconociera como adúlteras<sup>95</sup>.

Alejado de la legislación penal y encerrado en la civil, el adulterio siempre era –seguida siendo– de la mujer<sup>96</sup>. El del hombre raramente era alegado como causa, aunque mediante alusiones a su vida licenciosa se indicase que era infiel. Sin embargo, la mujer demandante solía reprochar otras causas de divorcio como el abandono del hogar conyugal o el desamparo, pues lo otro era infructuoso. La ley no hacía distinciones entre sexos, por lo que alguna que otra demandante aprovechó la oportunidad. Sin embargo, quizá por prudencia, quizá por recelo, la demanda solía acompañar otras causas. Después de dos años de vigencia de la LD, se sabía que por sí sola la imputación de adulterio al marido corría el riesgo de ser desatendida echando en barrena la pretensión de disolver el vínculo matrimonial. Incluso cuando los tribunales reconocían el adulterio masculino, diluían su carga negativa en las otras causas alegadas, revelando cuál era la jerarquía de valores sexistas y cómo operaba a favor del honor del varón: el abandono del domicilio marital, el incumplimiento de los deberes paternofiliales, etc.<sup>97</sup>.

Es destacable la ambivalencia moral en el trato dispensado por los jueces y magistrados a adúlteras y adúlteros. Mientras el primer caso suscitaba ríos de tinta sobre los pormenores de tal comportamiento –al que se podían acoplar otras causas de divorcio, como la violación de deberes maritales, la desobedien-

---

<sup>94</sup> Así lo pone de manifiesto una carta firmada en junio de 1931 de puño y letra por Diego Martínez Barrio, ministro de Comunicaciones, en la que atendía la denuncia de un cónyuge contra el amante de su esposa. Este era cartero, por lo que el esposo burlado acudía al ministro para que lo separase de la función pública. El ministro le contestó asegurando que había decretado el inicio de «las oportunas diligencias en averiguación de las causas que motivan la denuncia (...) y, de su resultado, dependerá la resolución que adopte, dentro de las más estrictas normas de justicia». AHPS, caja 1368, sumario núm. 311/1931, pp. 1 y 13.

<sup>95</sup> Sobre el «concepto afrentoso que en la vida social tiene para el marido el adulterio de la mujer»: sentencia de la Audiencia provincial de Granada núm. 13 (10 de julio de 1933). ARCG, Libro de sentencias de 1933, sig. 285, leg. 1404.

<sup>96</sup> Sentencia núm. 32 (29 de diciembre de 1934). ARCG, Libro de sentencias de 1934, sig. 292, leg. 1411.

<sup>97</sup> AHPS, caja 7548, sumario núm. 113/1933.

cia al esposo, etc.<sup>98</sup>—, el segundo solía despacharse con cierta pulcritud y rapidez. Comparemos el tratamiento judicial a dos demandas fundadas en el adulterio de uno de los cónyuges.

Primero, en detrimento de la mujer. El juicio moral del comportamiento de la esposa era humillante y no se detenía cuando la causa alegada perdía fuelle. Un caso fallado por la Audiencia de Granada en 1934 a instancias de «un marido celoso guardador de su honor» descartó que la mujer denunciada fuera adúltera. Pese a ello, el tribunal extrajo sus propias conclusiones del examen moral: la mujer había incumplido «los más elementales deberes del matrimonio» y había ofendido «los sentimientos de moralidad» con «grave escándalo». El tribunal reconducía el juicio hacia otras causas —en este caso, la vulneración de deberes conyugales (art. 3.8 LD). El descarte del adulterio no impidió que se llegara a sanciones morales muy semejantes con consecuencias jurídicas análogas: la mujer fue declarada culpable por su «conducta deshonrosa y altamente perturbadora de la relación matrimonial» y se le impuso el pago de las costas judiciales<sup>99</sup>.

En el fondo, existía una presunción de adulterio femenino, mal camuflada, a poco que fueran verosímiles las denuncias de los esposos. El Tribunal Supremo determinó en numerosas sentencias que, ante dificultades para demostrar el adulterio, bastaban «presunciones vehementes». Sin embargo, cuando estaba en juego el adulterio del varón se trataba de una vehemencia cualificada, según se desprende de los ejemplos expuestos y de la propia jurisprudencia del Alto Tribunal. Su sentencia de 2 de octubre de 1933 excluyó el sistema para el supuesto de que el marido tuviera relaciones sexuales con una sirvienta doméstica<sup>100</sup>, en un nuevo ejemplo del enredo entre jerarquía patriarcal y clasista. La presunción de adulterio femenino tenía repercusiones jurídicas muy concretas desde el momento en que era formulada. Ya antes de que una sentencia pudiera dar por probada la infidelidad o no, los jueces de primera instancia modificaban el régimen de guarda y custodia de los hijos menores a favor del padre, modulando el derecho de visita a la madre «en cualquier casa honesta» a excepción, claro, de la suya propia<sup>101</sup>.

Si el adulterio del hombre era alegado de manera minoritaria para obtener la disolución del vínculo, más raramente era aceptado por el tribunal. Mientras que, como hemos visto, las sospechas hacían a los tribunales declarar la culpabilidad de las mujeres —quizá por otro motivo, subsidiario del adulterio imposible de probar—, cuando quien estaba en el punto de mira era el hombre los tribunales se agarraban a la dificultad de probar el adulterio y se abstendían de buscar

<sup>98</sup> En la sentencia de la Audiencia nazarí núm. 28 (26 de septiembre de 1934), la mujer adúltera recibió una amonestación por su «conducta inmoral y deshonrosa» para el marido, pues además de serle infiel eso llegó a «conocimiento del vecindario» debido al «descaro con que se hacía». ARCG, Libro de sentencias de 1934, sig. 292, leg. 1411.

<sup>99</sup> Sentencia núm. 29 (9 de octubre de 1934). Las conductas inmorales se referían a la práctica del nudismo y la salida nocturna a bares sin su marido. *Ibid.*

<sup>100</sup> ARAGONÉS ANDRADE, Felipe, *La jurisprudencia sobre la Ley de divorcio*, pp. 30-31 y 33.

<sup>101</sup> Auto de 19 de julio de 1933 del Juzgado de Primera Instancia del distrito de San Vicente (Sevilla). AHPS, caja 2272, exp. 989/1933.

una causa supletoria. No valían, entonces, los testigos que «solo conocen el hecho por referencias», como se afirmaba en algún caso<sup>102</sup>. Una vez acreditado judicialmente, el adulterio tenía menor relevancia moral cuando quien lo cometía era el hombre. Podía ser el apéndice de otras causas de divorcio, pero por sí solo no solía prosperar y podía omitir el derecho de alimentos que podría asistir, al menos, a los hijos menores<sup>103</sup>.

A mi parecer y basándome en el análisis de distintas sentencias y procedimientos, existían dos reglas de enjuiciamiento según cuál fuera el sexo de las partes. Atendiendo a la cuestión del adulterio, se entendía como una infracción del orden moral y jurídico. Si la infracción era obra del varón, se enfocaba como debida a intimidades que lesionaban el orden doméstico. Cuando se trataba de una infracción femenina, obedecía a intimidades que lesionaban la moral pública. De ahí el desigual trato y de unidad de medida en la dispensa moral de justicia por parte de la jurisdicción encargada de aplicar la LD, que eclosionaba en una bifurcación subjetiva y antipositiva: el sujeto «de» derecho y la sujeta «a» derecho. Puesto que la segunda quedaba bajo la lupa de la jurisprudencia –masculina siempre– en aras de dilucidar su condición de infractora u objeto de tutela, el primero se perfilaba como un sujeto de privilegio, pues gozaba del poder de tutela sobre la mujer.

Del estudio de la declaración de culpabilidad fallada en los juicios de divorcio no solo se infiere la existencia de un castigo de tipo moral sino, además, la administración del mismo conforme a una doble vara de medir. La militancia moral en el control de la feminidad de parte del poder judicial contrastaba con el absentismo valorativo allí donde lo que se dirimía eran la masculinidad y las obligaciones masculinas. Se observa con nitidez una tendencia a desgranar cuidadosamente los pormenores que abocaban a la declaración de culpabilidad cuando ésta recaía sobre el sujeto femenino. Por ejemplo, abundaban los pronunciamientos alambicados alrededor de «una conducta moral incompatible con sus deberes matrimoniales» compuesta por «trabajos oficiosos» y la «vida libre de cabaret» y de «artista», que no se ajustaban «al recato propio y exigible en toda mujer casada»<sup>104</sup>. Al tratarse del comportamiento masculino, la deriva argumental era cuantitativa y cualitativamente menor o directamente aséptica, lo que se observa en el conjunto de la justicia, no solo en los procedimientos por divorcio<sup>105</sup>. Tratándose de un hombre maltratador, el hecho se reconocía de forma escueta y aséptica como incurso en el artículo 3.7 LD, sin que le siguiera una facundia de tono moralista que transmitiera una idea acerca de los deberes matrimoniales subyugados por el agresor<sup>106</sup>.

<sup>102</sup> Sentencia de la Audiencia provincial de Granada núm. 14 (4 de abril de 1936). ARCG, Libro de sentencias de 1936, sig. 306, leg. 1426.

<sup>103</sup> AHPS, caja 7548, exp. 113/1933 del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Sevilla.

<sup>104</sup> Sentencia de la Audiencia provincial de Granada núm. 14 (22 de septiembre de 1934). ARCG, Libro de sentencias de 1934, sig. 292, leg. 1411.

<sup>105</sup> Por ejemplo, en el castigo por el delito de escándalo público a quienes acosaban sexualmente a mujeres y niñas. Sentencia de la Audiencia provincial de Huelva núm. 418 (24 de septiembre de 1934). AHPH, Libro de sentencias de 1934, leg. 10771.

<sup>106</sup> Sentencia núm. 15 (24 de septiembre de 1934). *Ibid.*

En ocasiones, era como si los tribunales quisieran evitar condenas morales a los varones. Una vez comprobada la concurrencia de una primera causa alegada, el tribunal ventilaba ligeramente las otras, que quizá eran las más graves<sup>107</sup>. Esto es visible en todos los procesos judiciales que conectaban de lleno con la autoridad masculina, cual es el caso de la tutela de los hijos menores. A diferencia de los capciosos juicios morales que se veían cuando se trataba de reprender a las mujeres, las sentencias discurrían escuetamente también en este tema, limitándose al parafraseo de las normas positivas aplicables<sup>108</sup>. Aunque en ocasiones no dudasen en autodenominarse como «los patriarcales Tribunales de menores»<sup>109</sup>, las alusiones moralistas cesaban cuando se trataba de amonestar a los padres, entendiéndose a los varones. Al igual que los menores, las mujeres eran vistas por los tribunales ordinarios del mismo modo que sostenía la Iglesia: como sujetos necesitados de protección<sup>110</sup>.

Sería un error enfocar esta evidente doble vara de medir como si se tratara de una contradicción argumentativa. Al contrario, era coherente con el presupuesto axiológico y el fin político-económico de la actividad judicial. En primer término, el estándar de moralidad dual era el resultado lógico de la convicción que tenían los jueces sobre la autoridad masculina en el espacio doméstico. En segundo lugar, la ambivalencia sexista, conforme a la cual lo que se toleraba a los hombres se reputaba abominable en las mujeres, revela que lo que preocupaba no era la sexualidad, la moralidad, el matrimonio ni las relaciones entre hombres y mujeres, sino las condiciones de producción y reproducción del capitalismo, a las que todas aquellas debían quedar subordinadas<sup>111</sup>. En el fiel de la balanza se ubicaba la cultura patriarcal machista.

De esta suerte, con motivo de la aplicación de la LD se construía jurisprudencialmente una valoración global y extralegal de la sexualidad que solo en la moral, y no en la ley positiva, existía, o, desde otro punto de vista, una valoración secular de la sexualidad cuya existencia remitía a la moral y los cánones de la Iglesia. Realmente, la LD había roto el monopolio eclesiástico en la competencia sobre la disolución del matrimonio, pero al exigir la culpabilidad de alguno de los cónyuges no hizo sino desplazarlo a favor de los tribunales civiles, a su vez influidos por el espíritu eclesiástico, no solo por convicciones reli-

<sup>107</sup> Sentencia núm. 18 (15 de noviembre de 1935). ARCG, Libro de sentencias de 1935, sig. 298, leg. 1417.

<sup>108</sup> Sentencia de 24 de noviembre de 1934 del Juzgado de menores de Madrid. AHPS, caja 29030.

<sup>109</sup> AHPS, caja 29030, comunicación del presidente del Tribunal tutelar de menores de Giroña enviada al Ministerio de Justicia (25 de agosto de 1933).

<sup>110</sup> El clero español firmó un documento colectivo el 20 de diciembre de 1931, que fue publicado el 1 de enero de 1932, en el que mostraba su rechazo al divorcio y sentaba las bases de su influencia directa sobre la feligresía como método indirecto de boicot a las medidas de la República. Este consistía en la bifurcación de legitimidades entre Iglesia y Estado, de la que se derivaba una bifurcación de obediencias. FRÍAS GARCÍA, María del Carmen de, *Iglesia y Constitución. La jerarquía católica ante la II República*, Madrid, CEPC, 2000, pp. 490-492 y 514.

<sup>111</sup> KRESS, June, «Bourgeois Morality and the Administration of Justice», en *Crime and Social Justice*, 12, 1979, pp. 44-50, ver p. 46.

giosas –que también, mayoritariamente–, sino por una formación jurídica cultivada en la modulación eclesiástica de las instituciones burguesas<sup>112</sup>. No hay que olvidar que España había sido hasta 1931 uno de los pocos estados en los que las relaciones matrimoniales habían sido reguladas por el derecho canónico<sup>113</sup>. Cuando el ministro de Justicia Álvaro de Albornoz quiso ilustrar los problemas provocados por la parcialidad política del cuerpo judicial en el ejercicio de sus funciones, no dudó en referirse directamente a lo que sucedía en los procedimientos de divorcio. Según sus palabras, la influencia de la Iglesia estaba suscitando «no pocas dificultades a la recta comprensión» de la LD<sup>114</sup>.

Los tribunales hicieron valer un modelo sexual acorde a la moral católica, pero también se inspiraron en ella para otorgar una originalidad metajurídica inmanente a la institución del matrimonio. De este, y no de la ley, derivaban los deberes matrimoniales, que serían los consignados en el CC junto a otros a destacar casuísticamente por los órganos judiciales. La apreciación del contenido de los deberes matrimoniales y familiares era eminentemente discrecional, como demuestran las referencias a «la más elemental asistencia espiritual», a «la más necesaria y apremiante ayuda económica», etc.<sup>115</sup> o las categorizaciones en el terreno de los roles masculinos y femeninos en el sostenimiento económico de la familia<sup>116</sup>.

Ciñéndonos al procedimiento de divorcio, la relevancia moral del litigio penetró a través de preceptos como el artículo 57 LD, que planteaba la posibilidad de que se ejerciera ante el Tribunal Supremo el derecho de revisión por injusticia notoria contra los fallos de la Audiencia provincial. La interposición de un elevado número de recursos de este tipo contribuyó a que el Tribunal Supremo se volviera rígido en la observación de las exigencias formales en el trámite. Además, un buen número de recursos eran desestimados de plano porque no alegaban las infracciones legales supuestamente cometidas ni se aportaban argumentaciones jurídicas «que demuestren la supuesta injusticia». Ante la

---

<sup>112</sup> La regulación de la familia y su origen, el matrimonio, fue uno de los puntos capitales de la acción de la Iglesia y el fracaso de la secularización. LALINDE ABADÍA, Jesús, *Las culturas represivas de la humanidad (h. 1945)*, vol. II, Zaragoza, Universidad, 1992, pp. 900-901. La LMC de 1870 apenas pudo disimular que su «principio de moralidad laica y orden público» se inspiraba en la moral católica. ROBERTO ROLDÁN VERDEJO, Jesús, *La Ley de Matrimonio Civil de 1870. Historia de una ley olvidada*, Granada, Instituto de Historia del Derecho-Universidad de Granada, 1980, p. 245.

<sup>113</sup> Desde que la República fuera proclamada en Portugal hacia 1910, el derecho canónico quedó reducido a España y algunos países latinoamericanos. KITCHIN, S. B., *A History of Divorce*, London, Chapman & Hall, 1912, p. 165.

<sup>114</sup> ALBORNOZ, Álvaro de, *Discurso pronunciado por el Excmo. Señor D. Álvaro de Albornoz, Ministro de Justicia, en la solemne apertura de los Tribunales celebrada el día 15 de septiembre de 1932*, Alcalá de Henares, Escuela de Reforma, 1932, p. 48.

<sup>115</sup> Sentencia de la Audiencia provincial de Granada núm. 11 (8 de octubre de 1935). ARCG, Libro de sentencias de 1935, sig. 298, leg. 1417.

<sup>116</sup> Por ejemplo, la Audiencia granadina consideró en la sentencia núm. 3 (20 de abril de 1935) que la inhibición del varón de «todos los deberes y derechos que el matrimonio impone a los cónyuges» se había producido «tanto en el orden ético como en el social y económico». La razón estribaba en que la esposa se había visto compelida a trabajar fuera del hogar para asegurar el sustento «al extremo de excitar la compasión de las personas extrañas». *Ibid.*

lectura cerradamente moral y antipositivista del precepto por parte de muchos letrados, el Alto Tribunal se vio forzado a establecer filtros por razones de funcionalidad y no otras<sup>117</sup>.

En 1936, el Tribunal Supremo revocó una sentencia pronunciada dos años atrás por la Audiencia provincial de Santa Cruz de Tenerife. Según el Supremo, el órgano de instancia «ha[bía] padecido una manifiesta y palmaria equivocación de facto al no estimar en sus declaraciones de hecho que el demandado (...) durante su vida matrimonial frecuentaba el trato íntimo y carnal de mujeres de vida libre y deshonestas». Así lo corroboraría un «considerable número de testigos, sin tacha de ninguna clase, cuyas categóricas afirmaciones no han sido desvirtuadas, y a las que solamente se oponen algunos testigos del demandado»<sup>118</sup>. La enmienda a la decisión del tribunal inferior se realizó mediante un nuevo juicio moral.

El incumplimiento de los artículos 34 y 44.4.<sup>a</sup> LD tenía carácter delictivo, por lo que podía ser objeto de juicio como incurso en el delito de desobediencia a la autoridad judicial. Pero no parece que los jueces se sintieran muy interpelados cuando dichos preceptos eran ignorados. El escaso número de procesos penales instruidos por estas causas –impago culpable de la pensión alimenticia– deja entrever una vía indirecta mediante la cual la magistratura mermaba la eficacia jurídica de la LD<sup>119</sup>. Sin duda, el divorcio se consumaba. Pero las determinaciones sobre las responsabilidades derivadas de la culpa de uno de los cónyuges –que por factores estructurales era el hombre en lo que a estos preceptos concierne– quedaban en el aire. La excepción aplicativa podía operar como una cláusula de salvaguarda de los privilegios masculinos. En fin, fiscales y jueces estaban más preocupados por la desobediencia a sus decisiones cuando se trataba del desahucio de inquilinos<sup>120</sup>.

La doctrina en torno a los malos tratos primó en la institución familiar sobre todo derecho personal. El artículo 3.7 LD los recogía como causa alegable para instar el procedimiento de divorcio, con independencia de su trascendencia –o no– en la esfera criminal. La interpretación judicial del precepto puso de relieve dos aspectos. Primero, se reconocía el derecho de «corrección» violenta de la mujer por parte del esposo. Los tribunales acogieron el ejercicio de la violencia física como expresión natural del desagravio por el cuestionamiento de la posición dominante del varón en el ámbito doméstico. El Tribunal Supremo llegó a aceptar en una sentencia de 27 de abril de 1934 que las «circunstancias de acaloramiento» debían ser tenidas en cuenta para calibrar si efectivamente los

<sup>117</sup> Sentencia de 21 de marzo de 1935. AHPS, caja 7548, exp. 9/1933 y rollo núm. 647.

<sup>118</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 10 de enero de 1936.

<sup>119</sup> Un caso con fallo absolutorio: sentencia de la Audiencia provincial de Sevilla núm. 76 (3 de diciembre de 1935). Con condena a tres meses de prisión, accesorias, costas e indemnización: sentencia de la Audiencia de Barcelona de 11 de noviembre de 1935. AHPS, Libro de sentencias de 1935, sig. L-3117. ACTSJC, APB, Libro de sentencias de 1935, t. 6, sig. 175.

<sup>120</sup> Podrían citarse numerosos ejemplos. Valga el de la sentencia de 24 de diciembre de 1932 de la Audiencia provincial de Barcelona, que recayó sobre una mujer. ACTSJC, APB, Libro de sentencias de 1932, t. 4, sig. 157.

malos tratos integraban una de las causas culposas de la LD<sup>121</sup>. Había casos en que los malos tratos se daban casi como permitidos<sup>122</sup>. Cuando las sentencias apreciaban la existencia de malos tratos y la concurrencia de dicha causa legal, se aprestaban a comprobar que la mujer no hubiera dado «motivo suficiente a determinar las agresiones de obra»<sup>123</sup>. El «concepto jurídico» de los malos tratos requería un conocimiento exacto del elemento subjetivo de los mismos, lo que se plasmaba en la exigencia de testigos cualificados<sup>124</sup>.

Segundo, la interpretación judicial del artículo 3.7 LD hizo ver que el bien jurídico protegido no era la libertad, la vida ni la seguridad de la víctima, sino el propio matrimonio y el honor del marido, al que el vínculo conyugal se doblegaba. Los malos tratos podían entrañar «motivo determinante de divorcio», aducía una sentencia de la Audiencia provincial de Granada, cuando respondieran al «espíritu» de la LD. Los malos tratos de obra –las agresiones físicas– no tenían «un valor en sí mismos», pues lo relevante era que presentaran «un carácter sintomático revelador de la falta del afecto recíproco y de respeto que debe presidir las relaciones conyugales». Según el tribunal, era «la omisión de estas condiciones lo que en realidad determina la necesidad de la separación»<sup>125</sup>. El mismo órgano diría en una sentencia posterior que, una vez probado que el marido había maltratado «despiadadamente» y en numerosas ocasiones a la mujer, «poniendo constantemente en peligro su existencia», eso no era de por sí determinante. El argumento empleado para que esos hechos probados abrieran el camino al divorcio era que bajo las circunstancias creadas «le es imposible a la actora la continuación de la vida conyugal»<sup>126</sup>, es decir, seguir amando al marido.

Los pronunciamientos en este sentido son persistentes a lo largo del lustro republicano. Alguna sentencia establecía que faltaban pruebas fehacientes para concretar el grado de la violencia marital lo suficiente como para «apreciar si no pasaron de desavenencias conyugales de disputas más o menos violentas, pero sin trascendencia, o si revistieron tan notoria gravedad que poniendo en peligro la convivencia aconsejaran la reparación de quienes colocados en tal actitud no es posible ni conveniente que vivan juntos»<sup>127</sup>. Tenían que revelar «la

---

<sup>121</sup> Si ésa era la posición respecto a la violencia física, puede imaginarse hasta dónde llegaba la tolerancia de la doctrina hacia los malos tratos de palabra. ARAGONÉS ANDRADE, Felipe, *La jurisprudencia sobre la Ley de divorcio*, pp. 51-52.

<sup>122</sup> Sentencia de la Audiencia provincial de Granada núm. 6 (22 de abril de 1933). El varón en este caso aseguró sin zarandajas «en varias ocasiones que si su esposa no hubiese abandonado el domicilio conyugal él se hubiera visto precisado a adoptar una determinación violenta pues de ninguna manera podía tolerar aquella conducta» licenciosa. El relato fue aceptado sin el menor reparo ni tacha, pues para el tribunal quedaba demostrado que la mujer se encontraba «entregada a toda clase de devaneos amorosos». ARCG, Libro de sentencias de 1933, sig. 285, leg. 1404.

<sup>123</sup> Sentencia de la Audiencia granadina núm. 35 (27 de diciembre de 1933). ARCG, Libro de sentencias de 1933, sig. 286, leg. 1405.

<sup>124</sup> Del mismo órgano: sentencia núm. 19 bis (17 de octubre de 1935). ARCG, Libro de sentencias de 1935, sig. 298, leg. 1417.

<sup>125</sup> Sentencia núm. 14 (12 de julio de 1933). ARCG, Libro de sentencias de 1933, sig. 285, leg. 1404.

<sup>126</sup> Sentencia núm. 16 (4 de agosto de 1933). *Ibid.*

<sup>127</sup> Sentencia núm. 5 (27 de abril de 1935). ARCG, Libro de sentencias de 1935, sig. 298, leg. 1417.

inconveniencia y peligrosidad de mantener la vida en común», según palabras de la Audiencia provincial de Granada<sup>128</sup>. En síntesis, el maltrato debía: de un lado, ser grave, sin pertenecer al nivel de violencia elemental, consustancial al matrimonio y por ello tolerado judicialmente; y, de otra parte, poner en riesgo la institución del matrimonio mediante el ataque a uno de sus requisitos básicos, cual era la convivencia conyugal.

En resumen, en el poderío judicial arrancado por la interpretación a la LD se ve, por un lado, la incapacidad del régimen republicano para instaurar un sentimiento moral genuino acerca de la sexualidad –no tanto el modelo de familia, aunque tengan relación– y, en consecuencia, por instaurar legalmente una valoración alternativa, moral o amoral, sobre la sexualidad. Los tribunales, en activa connivencia con la Iglesia o entregados a sus cerrados códigos morales, llenaron ese espacio con los ingredientes canónicos por excelencia. Incluso el Tribunal Supremo, llegado el caso de revisar el fallo de los órganos *a quo*, no hizo otra cosa que añadir nuevos juicios morales cuando se trataba, por ejemplo, de apreciar o no la existencia de causas justificadas para el divorcio. Por otro lado, queda así de manifiesto la impotencia del régimen republicano para doblegar el orden patriarcal y los espacios de impunidad alcanzados por la autoidad masculina gracias a la ambivalencia valorativa y un voyerismo selectivo que otorgaban prerrogativas violentas a los hombres.

#### III.4 CLASE SOCIAL Y MORAL BURGUESA

Por todas estas razones, el divorcio fue un camino judicialmente tutelado y limitado de acceso femenino a la plena subjetividad jurídica. Los tribunales hallaron en él un instrumento para la construcción jurisprudencial del género. Llegado este punto, hay que hacer mención a un condicionamiento de partida, característico de ese fenómeno discursivo. Incluso así, con todo el lastre machista de la interpretación judicial de la LD, no hay que olvidar que los juicios de divorcio y separación presentaron *ab initio* una discriminación por razón de clase. No todas las mujeres poseían las mismas herramientas jurídicas para siquiera intentar ejercer el derecho al divorcio, antesala –según vamos viendo– de la plena subjetividad jurídica.

Los divorcios se complicaban para aquellas mujeres que carecían de medios económicos, ya que entonces la llevanza de la demanda o del escrito de reconvencción hasta sus últimas consecuencias suponía un coste inasumible. El incidente procesal de pobreza ayudaba a abordarlo, qué duda cabe. Pero este exigía un incidente procesal autónomo que podía resultar igual de costoso que el de divorcio propiamente dicho, al menos en cuanto a honorarios de defensa y representación.

Según el artículo 13 de la ley de enjuiciamiento civil (LEC) «la justicia se administrará gratuitamente a los pobres que por los Tribunales y Juzgados sean

<sup>128</sup> Sentencia núm. 21 (10 de junio de 1936). ARCG, Libro de sentencias de 1936, sig. 306, leg. 1426.

declarados con derecho a este beneficio». El artículo 15 enumeraba una serie de requisitos para ser declarado pobre. El carácter «arbitrario», «injusto» y «absurdo» del precepto fue criticado en más de una ocasión<sup>129</sup>. Pero hay que tener en cuenta una cosa más. Todos pivotaban en torno a medios de subsistencia obtenidos en el mercado laboral formal y legal en 1881, momento en que la LEC fue promulgada: jornales, salarios eventuales, salarios permanentes que no excedieran cierta cantidad, etc. Otro tanto puede decirse en relación a la especialidad penal del incidente de pobreza. Según el artículo 123 de la ley de enjuiciamiento criminal (LECri) cualquier procesado podía solicitar a través de los trámites previstos en la LEC la habilitación de pobreza ante el juez o tribunal que viniera conociendo de una causa. La realidad femenina de entonces, que no difería demasiado de la de 1931, fue ignorada por completo.

Además, el incidente de pobreza implicaba un nuevo juicio moral. Para comenzar, hay que recordar que el litigio *in forma pauperis* estigmatizaba a la parte interesada, a modo de pieza de reproducción social e ideológica de la discriminación de clase<sup>130</sup>. Esta vez, el juicio moral versaba a cielo descubierto sobre la desigualdad de clase y de género. Partía de las indagaciones que realizaban la administración laboral<sup>131</sup> y la municipal<sup>132</sup>, en un claro ejercicio de control de la población. Con algo de suerte, una sentencia podía reconocer a una mujer el derecho a los beneficios procesales de la pobreza. Después de distintas pesquisas, el juzgado podía determinar «que no tenía criado, que el cuarto que ocupa es de clase pobre, estando recogida en dicha casa y no teniendo [signo] exterior ni interior que indique riqueza»<sup>133</sup>. Sólo el feminismo obrero – las organizaciones y colectivos comunistas por ejemplo– se atrevió a criticar este flanco de la LD, por crear un recurso de emancipación femenina inalcanzable para las mujeres de procedencia obrera y campesina<sup>134</sup>.

Por si fuera poco, conviene recordar que el ordenamiento contemplaba la aplicación de ciertas medidas de carácter penal en el patrimonio o en la persona del litigante que solicitara el beneficio de pobreza o que accionase al amparo

<sup>129</sup> BONILLA Y SAN MARTÍN, Adolfo, *Atavismo en la estructura y en la enseñanza del Derecho en España. El procedimiento jurídico, y la inmoralidad de sus normas*, Madrid, Reus, 1921, p. 34. Cursivas en el original.

<sup>130</sup> MARSHALL, T. H., «Ciudadanía y clase social» (1950), en MARSHALL, T. H., y BOTTOMORE, Tom, *Ciudadanía y clase social*, Madrid, Alianza, 2007, pp. 15-82, ver pp. 45 y 58.

<sup>131</sup> Los jueces de primera instancia solicitaban a la Delegación provincial de Trabajo que dictase «certificaciones de la cuantía del jornal medio de un obrero bracero en la ciudad» para medir los umbrales de pobreza. AHPS, caja 1602 (1/2), comunicación (15 de mayo de 1934).

<sup>132</sup> Veamos un informe de la alcaldía de Sevilla (26 de septiembre de 1933): «Practicada la diligencia por el Subinspector Alfredo Almagro y Almagro resulta; que D.<sup>a</sup> Carmen Blanco Martín, su ocupación son las propias de su sexo, teniendo de familia, una hija de tres años, que está en poder de su padre, no tiene criados, y el cuarto que ocupa es de clase pobre, estando en dicha casa recogida, no teniendo signo exterior ni interior que indique pobreza». *Ibid.*

<sup>133</sup> Sentencia del Juzgado de primera instancia núm. 1 de Sevilla, 20 de octubre de 1934. AHPS, caja 2272, exp. 779/1934.

<sup>134</sup> NASH, Mary, *Mujer y movimiento obrero en España, 1931-1939*, Barcelona, Fontamara, 1981, pp. 187 y 212.

del mismo, previa declaración de mala fe<sup>135</sup>. Este punto era especialmente conflictivo en materia conyugal, pues rigiendo la sociedad de gananciales y teniendo la unión matrimonial cierta solvencia, tan solo el parecer equitativo del juez podía discernir la buena o mala fe de la esposa interesada en el divorcio.

Las limitaciones del incidente de pobreza de cara a remediar las dificultades de acceso de la mayoría de las mujeres a la justicia en general se multiplicaban en el caso del divorcio, por estar en juego precisamente la dependencia económica hacia el hombre. Las limitaciones de acceso femenino al juicio de divorcio eran, en puridad, limitaciones suplementarias de acceso femenino a la ciudadanía y artilugios de reproducción de las familias obreras. Esto por no otorgar una magnitud determinante a los casos, no por minoritarios menos reseñables, en los que los abogados y procuradores designados del turno de oficio dejaban desamparados a las actoras declaradas pobres para litigar. Las audiencias territoriales llegaron a otorgar plazos de gracia a estas perjudicadas, sin que se adoptase ninguna medida contra los letrados que las ignoraron<sup>136</sup>.

#### IV. LA CIUDADANÍA FEMENINA ENTRE NORMATIVIDAD Y NORMALIDAD

Durante la etapa 1931-1936 puede decirse que asistimos a la construcción judicial de un estatus jurídico particular para las mujeres constitutivo de una ciudadanía disminuida. Como sostuvo un autor republicano hacia 1931, la «falta de ciudadanía» había sido absoluta en toda la historia de España. En vez de una nación, España había sido un «instrumento de castas, clases y personas»: un patrimonio perteneciente al ejército, a la Iglesia, a la corona<sup>137</sup>. Y esa «falta de ciudadanía» se ensañó especialmente con la población femenina. Una de las primeras diputadas, la socialista María Lejárraga, definió con emoción y agudeza el significado del 14 de abril: «el pueblo mantenido en infancia por la privación absoluta del derecho, apenas se sintió vagamente dueño de sus destinos, se hizo mayor de edad»<sup>138</sup>. De pronto parecía que se hubiera derrumbado el «estado de minoría permanente» en que las mujeres habían quedado sumidas desde los tiempos de la Constitución de Cádiz<sup>139</sup>.

No quiero decir que la opresión de las mujeres careciera de soporte judicial con anterioridad al régimen republicano, ni que la proclamación de la República tuviera efectos taumatúrgicos sobre una desvencijada estructura de opresión.

<sup>135</sup> SENTÍS MELENDO, Santiago, *Derecho procesal civil, criminal y organización judicial*, p. 116.

<sup>136</sup> Entre otras, véase la sesión de la Sala de Gobierno de la Audiencia territorial de Sevilla de 5 de noviembre de 1932. AAPS, Libro de actas de 1930-1933, sig. 181, p. 177 v.º

<sup>137</sup> ALONSO SÁNCHEZ, Carlos, *El problema fundamental de España. Breviario republicano. Ensayos*, Palencia, F. Marina, 1931, pp. 31-35.

<sup>138</sup> LEJÁRRAGA, María, *La mujer española ante la República. Realidad* (1931), Granada, Instituto Andaluz de la Mujer, 2003, p. 14.

<sup>139</sup> La noción es de CLAVERO, Bartolomé, *Constitucionalismo colonial. Oeconomía de Europa, Constitución de Cádiz y más acá*, Madrid, UAM, 2016, p. 93.

Lo que hace que fuera durante la época republicana cuando básicamente se construyó la subjetividad jurídica de las mujeres es, sencillamente, el hecho de que solo con la República y la Constitución de 1931 se inició un proceso de reconocimiento y atribución de derechos de ciudadanía a las mujeres, puesto en suspenso o incluso negado por vía de interpretación judicial. La colisión entre normatividad y normalidad tuvo lugar entonces porque nunca antes se había validado un proyecto de transformación de la realidad que pesaba sobre las mujeres.

En el fenómeno de fabricación judicial de un estatus que socavaba el imperativo constitucional de elevación de la condición femenina confluyeron tres clases de factores: jurídico-positivos, socioculturales e histórico-jurídicos.

#### IV.I FACTORES JURÍDICO-POSITIVOS

Con arreglo al primer tipo de factores, tenemos que, gracias al principio de legalidad, al poder judicial no le quedaba más remedio que la inclusión de las mujeres en la comunidad política impulsada por el poder legislativo y el constituyente y trabajosamente labrada, durante décadas, por los movimientos sociales. De hecho, este dato no cambiaría hasta que las autoridades golpistas derogasen la LD, último baluarte —el primero sería el sufragio— de la ciudadanía femenina<sup>140</sup>. Pero ningún obstáculo material impedía a la judicatura introducir en los procesos de divorcio tal cantidad de condenas y matizaciones morales, que fueron mucho más allá de una simple muestra de frustración por parte de un cuerpo privilegiado por la cultura patriarcal y tradicionalmente destinado a su defensa. De ahí que las sentencias sobre divorcio fuesen constitutivas en el sentido más profundo de la palabra: modificaban una situación jurídica previa con la disolución del vínculo matrimonial y, según el modo —moral siempre— en que esto se hiciese, así se constituía la nueva posición femenina de derechos y libertades.

Es significativo que al aplicar la LD, los tribunales no se dedicaran a declarar los derechos preexistentes de los cónyuges y mucho menos los de la parte femenina —que por fin se disponía a romper las membranas de la ciudadanía en su vertiente civil. Más bien los creaban. La adquisición de plena capacidad de obrar tenía lugar por la acción judicial, y resultaba otorgada incluso con carácter transitorio. Algunos expedientes de separación de derecho lo decían con claridad: se incoaban de acuerdo con el artículo 43 LD «teniendo la mujer capacidad jurídica mientras se sustancie este juicio para regir su persona»<sup>141</sup>. La mujer solo tenía capacidad jurídica plena por mediación judicial, tanto permanente si se trataba de un divorcio como transitoria si se trataba de una separación. Esta circunstancia engarza de lleno con la función legisladora de los órganos judiciales y remite al establecimiento de condicionantes morales de autoría judicial al proceso de extensión de la ciudadanía.

<sup>140</sup> La jurisdicción civil siguió tramitando demandas de divorcio a lo largo de 1937 en zonas ocupadas por los rebeldes. AHPS, caja 7044, sumarios núm. 64/1937 y 80/1937.

<sup>141</sup> Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Valencia, 18 de julio de 1934. ARV, caja 2394, exp. 1.

La resignación judicial ante lo que era percibido como un desmoronamiento de la institución secular del matrimonio y, por extensión, buena parte del orden social tradicional, no pudo expresarse abiertamente con un rechazo a la LD vista la vinculación de la judicatura a las leyes. Sin embargo, la resignación judicial no fue sinónimo de una asimilación íntegra de los mandatos del legislador republicano, por más que jueces y magistrados desdeñaran el planteamiento de un conflicto abierto con el poder legislativo. Veamos por qué.

## IV.2 FACTORES SOCIO-CULTURALES

Esa inhibición no fue muestra de lealtad constitucional ni de altitud de miras a nivel institucional. Hay que tener en cuenta que ni siquiera la Iglesia católica se expuso a un choque frontal con el legislador que había alumbrado el divorcio. El poder judicial mimetizó su actitud, mirándose en el espejo de la Iglesia, segura, al fin y al cabo, de la permanencia del vínculo canónico por encima de disoluciones solamente temporales. Este es el factor socio-cultural del asunto. La primera actitud del clero español una vez entrada en vigor la LD fue resguardar a los católicos en el seno del derecho canónico. «Debe acudir en ese como en todo caso de causas matrimoniales al Tribunal eclesiástico —expuso el nuncio al cardenal de Sevilla—, que en matrimonios entre cristianos es el único competente»<sup>142</sup>. Poco después, el Vaticano se plegó a extender a España las dispensas que había «tolerado» ya en Francia. La Santa Sede dictaminó que estaba «dispuesta a tolerar también a los católicos españoles» la promoción y la defensa —en el caso de los abogados católicos— de «la separación conyugal *quod thorum et cohabitationem*» en la jurisdicción laica, «vista la conducta del Gobierno Español, que se arroga la potestad de sentenciar en materia sacramental», y «para evitar a los fieles un doble procedimiento con el consiguiente aumento de gastos y dispendio de tiempo». La curia romana exigió un único pero esencial requisito: que se contase con la autorización del párroco ordinario y que no se tratase de un divorcio pleno<sup>143</sup>. Rehusó el boicot total a la ley, al igual que ya hiciera cuando el Sexenio revolucionario aprobó la LMC en 1870<sup>144</sup>. Pues bien: el poder judicial español adoptó una actitud análoga a la eclesiástica. Hizo de la lluvia de juicios morales una válvula de escape de primer orden en provecho de su propia capacidad de filtro y decisión.

## IV.3 FACTORES *IUS*-HISTÓRICOS

Los últimos factores no tienen menos importancia. La LD de 1932 arraigó en un terreno muy concreto, que podemos simplificar aludiendo a la ley del

<sup>142</sup> AGAS, fondo arzobispal, leg. 558, caja 5062, exp. sobre consulta elevada por cardenal arzobispo de Sevilla al nuncio con motivo de LD, carta del arzobispado al párroco de Casariche (10 de abril de 1932).

<sup>143</sup> *Ibid.*, carta de la nunciatura apostólica en España (15 de julio de 1932).

<sup>144</sup> ROLDÁN VERDEJO, Roberto, *La Ley de Matrimonio Civil de 1870*, pp. 267-269 y 280-282.

matrimonio civil de 1870. Si ese era su pasado, su porvenir era otro: el marco punitivo de la dictadura de Franco. Dicho en otros términos, el lastre y la proyección de la LD compartían una determinada cultura jurídica, moralista, católica y patriarcal, hecha valer judicialmente y, en tanto jurisprudencia, jurídicamente eficaz. No quiero decir con esto que posibilitaran el derecho al divorcio vincular la ley de 1870 ni el régimen dictatorial, sino tan solo procuro ilustrar cuál era el magma cultural e ideológico que empapaba los tres hitos. La continuidad salta a la vista.

Aparte de que, con el tiempo, el matrimonio civil quedó marginado como última *ratio*, para la población no católica –lo que exigía un control férreo de su aplicación<sup>145</sup>–, la LMC dimanada del Sexenio pivotaba sobre la dispar consideración jurídica de la infidelidad según quién fuera el sujeto de la misma. Si se trataba de la mujer, implicaba la represión penal ínsita al delito de adulterio, además de entrañar una causa justificada para proceder al divorcio, que se ponía a disposición del varón. En cambio, tratándose del marido, la infidelidad solo era punible si cumplía determinados requisitos cualificados: que yaciera con mujer casada, mediando escándalo público o manteniendo a su amante en el hogar marital. Las herramientas de la mujer eran inferiores, y su posición como infractora más vulnerable<sup>146</sup>.

Evidentemente, la LMC de 1870 estaba ensamblada con el CP del mismo año. El CP de 1870 rigió desde la proclamación de la República hasta que fue aprobado el nuevo CP en noviembre de 1932. Los tribunales españoles siguieron castigando los delitos de adulterio establecidos en los artículos 448 y 452 CP de 1870 con independencia de los cambios constitucionales y legislativos en materia de igualdad y libertad. Lejos de mitigar las repercusiones de una regulación que había devenido inconstitucional de manera ostensible, los tribunales revalidaron las doctrinas clásicas sobre la discriminación por razón de sexo. Así, la Audiencia provincial de Barcelona condenó a un amancebado a más de un año y medio de prisión correccional, y a su amante, considerada adúltera, a más de dos años de destierro. El razonamiento del tribunal dejó entrever la inmutabilidad de un modo tradicional de entender las relaciones sexuales, la separación de lo público/privado y la acción punitiva del Estado: los amantes habían osado exteriorizar «las relaciones ilícitas que mantenían» ocasionando «el consiguiente escándalo y ofensa a los sentimientos honrados de familiares y vecinos». Era el ataque al orden social tradicional y a la institución matrimonial en sí lo que preocupaba a los magistrados, no la honra o el bienestar de cónyuges e hijos dependientes. De hecho, el órgano negó la necesidad de indemnizar

<sup>145</sup> La real orden de 28 de diciembre de 1900 exigía la declaración sobre la religión profesada como requisito para poder contraer matrimonio civil. La de 27 de agosto de 1906 revocó la condición, pero fue repuesta poco después por otra de 28 de febrero de 1907.

<sup>146</sup> SERVÁN, Carmen, «La individualidad esquiva. Subjetividad jurídica y género en el constitucionalismo histórico español (1812-1869)», en Brice Chamouveau (ed.), *De colonialidad. Perspectivas sobre sujetos y género en la historia contemporánea española*, Madrid, Postmetropolis, 2017, pp. 147-200, ver pp. 186-187 y 193.

a la esposa burlada, pues los negocios que privaron a la familia de ingresos, «aunque pudieran calificarse de inmorales», eran «lícitos en sentido legal»<sup>147</sup>.

Este retablo normativo y cultural-judicial ilumina el pasaje de unos paradigmas a otros. Puesto que el CP de 1870 fue manipulado por la Restauración y luego cancelado por la dictadura de Primo, puede afirmarse que, en el orden civil, los republicanos de 1931 retomaron la revolución donde la dejaron sus abuelos del siglo XIX –permítaseme la metáfora, pese a que haya un CC de por medio. La acción de la justicia limitó el alcance de los avances operados en la materia basándose en las viejas leyes cuando eso era posible y en las ideas machistas cuando no lo era, sin importar que hubiera una Constitución antidiscriminatoria de por medio que clamara por su supremacía en el sistema de fuentes.

Muchos rasgos permanecieron en el tiempo. El más fundamental de ellos: la dicotomía nuclear entre eficacia jurídica y legitimidad del vínculo. Conforme a la norma de 1870, el matrimonio civil tenía eficacia jurídica; el canónico, legitimidad. La LD de 1932 pretendió romper la tradición, pero se lo impidieron los jueces, auténticos albaceas bastardos de las esencias de la familia y la feminidad. La LD no reprodujo en su articulado el binomio eficacia/legitimidad, de manera que el divorcio había de ser tan legítimo como eficaz una vez consumado. Sin embargo, la jurisprudencia decantada en aplicación de la LD, de conformidad con los dispositivos de disciplina moral, acabó reconociendo la eficacia jurídica del divorcio –por imperativo legal–, mas superponiendo un test moral de legitimidad. En último término, supuso un control sobre la eficacia que redundó, a su vez, en una limitación de la legitimidad del divorcio, no solo cultural o moral sino también propiamente jurídica.

En el tipo decimonónico de adulterio hallamos un segundo reflejo de la continuidad forzada por la interpretación. Los jueces trasladaron los contenidos machistas del adulterio penal –materialmente inconstitucional hasta 1932 y, a partir de dicha fecha, directamente derogado– hacia el derecho civil de sello republicano. No sólo llenaron de contenido la noción de adulterio acuñada por la LD, sino que emprendieron otras maniobras de revitalización del pensamiento jurídico y la praxis judicial prerrepública. La presunción de adulterio femenino y la realización de pesquisas morbosas y humillantes constituyen dos claros ejemplos. Todo ello anidaba en una larga y reciente historia –coetánea incluso– de aplicación entusiasta de preceptos morales. Positivizados o no, estaban interiorizados por la mayoría del cuerpo judicial, que los hacían valer en ejercicio de su discrecionalidad.

Para las mujeres, el trasvase de unas categorías a otras y la imposición del poder judicial sobre el legislativo se tradujo en una ciudadanía controlada e indebidamente amonestada que, en sustancia, negaba las bases de la ciudadanía y, a lo sumo, podía entenderse como una ciudadanía a medias. Las Cortes Constituyentes reconocieron a las mujeres lo que otras cortes, las de justicia, matizaron tanto como pudieron con tal de arrebatarlo en la medida de lo posible. La

---

<sup>147</sup> Sentencias de 4 de abril de 1932 y 22 de junio de 1932. Citas en la primera de ellas. ACTSJC, APB, Libro de sentencias de 1932, t. 2, sig. 155.

revuelta del patriarcado tuvo lugar de la mano del poder judicial a través del impulso del poder doméstico frente a la libertad individual.

#### IV.4 LA ÚLTIMA BARRERA CONTRA LOS DERECHOS DE LAS MUJERES

Nada de esto fue casual. El poder judicial comprendió que, en el régimen republicano, las mujeres debían integrar la comunidad política. La ley mandaba. Pero intuyeron algo más, a saber: que la máquina constitucional iba a promover una posición histórica de las mujeres distinta a la que, en puridad, venía operando desde los tiempos de la acumulación originaria, por seguir términos marxianos. Esto se explica no tanto por la concesión del voto y por los derechos laborales atribuidos a las mujeres como por la sedimentación gradual de cierta cultura constitucional de la igualdad y la socialización política de su valor.

La erosión de la autoridad masculina, hasta 1932, con la consiguiente (re)integración de los derechos femeninos en su totalidad merced a la desaparición de la potestad marital sin retorno a la patria, solo venía siendo posible en contextos extremos tales como el fallecimiento del esposo o el padre, lo que podía equivaler a una atribución a la mujer supérstite de derechos reales y personales que, de otro modo, habría sido imposible. Esto podía tener su importancia tanto en familias pudientes<sup>148</sup> como en las de clase trabajadora<sup>149</sup>. Incluso así, en uno y otro caso tenían que concurrir algunos requisitos, tales como la no concurrencia a la llamada a la herencia de otro pariente varón en primer grado<sup>150</sup>, la no sumisión de la mujer a una relación matrimonial<sup>151</sup>, la muerte del marido sin dejar descendientes legítimos<sup>152</sup> y, ante todo, la incardinación en un estrato social económicamente privilegiado, en el que el patrimonio hereditario

---

<sup>148</sup> Para la burguesía terrateniente: AHPS, caja 3399 (3/3), relaciones de fincas de «Doña Ana María de Torres, Viuda de Vázquez» y de «Doña Concepción de Cascajares, Viuda de Díaz Hidalgo». Para el ámbito industrial, véase el caso de Emilia del Pino, «Viuda de Castilla»: AMSR, fondo de fomento, caja 1934, leg. 6, exp. 23/1928, pp. 269-275 v.º y 284. Para la clasificación de alguna mujer como «labradora», es necesario atender a su estado de viudedad. Al respecto, véase la solicitud de María Vega Reguera, «Vda. de Juan Clavijo»: AMJ, protocolos municipales, leg. 628, exp. 3, carp. Documentos de 1935 sobre policía rural, montes y laboreo forzoso, p. 32.

<sup>149</sup> En juicio de desahucio: AHPS, caja 6938, exp. s/n incoado en 1931 por el Juzgado de primera instancia e instrucción del distrito del Salvador (Sevilla). La mujer solo tuvo subjetividad jurídica cuando actuó «asistida de su marido» y, a la muerte de este, como «viuda».

<sup>150</sup> En cuyo caso la viuda a lo sumo que podía aspirar era, si se trataba de un hijo menor, al disfrute de la cuota viudal usufructuaria asignada legalmente (arts. 912, 913 y 930 ss. CC). AHPS, caja 7548, exp. 8/1933.

<sup>151</sup> Si una mujer adquiría propiedades, por ejemplo, debido al fallecimiento de su padre y su condición de heredera, el disfrute de los derechos a ellas aparejados quedaba subordinado a la autoridad del marido, de cuya autorización dependía todo acto dispositivo. Véase la declaración de propiedades rústicas realizada por «Ramón López Romero como representante legal de su esposa D.ª María del Carmen López». AHPS, caja 3399 (3/3).

<sup>152</sup> Con arreglo al artículo 935 CC. Si se daba la duda sobre si estaba ante una sucesión intestada o con testamento abierto, era necesario tomar declaración a algún testigo que corroborase la versión de la esposa viuda. Ese testigo siempre era varón y, a ser posible, propietario, siempre que se quisiera ganar en credibilidad ante la autoridad judicial. AHPS, caja 7548, exp. 103/1933.

representara cierta cuantía más allá del ajuar doméstico<sup>153</sup>. De la misma manera que la legislación social entrañó desde sus orígenes «una intervención directa en la *patria potestas*» –como hizo notar Marx–<sup>154</sup>, la legislación en materia de divorcio suponía *per se* una intervención tajante en la autoridad marital.

La persistencia de la dependencia económica de las mujeres respecto de los hombres hacía que existiesen ciudadanos de primera clase y ciudadanas de segunda. Hay que recordar junto a Margarita Nelken que las mujeres no podían acudir a los tribunales «sin la venia de su dueño» y que, incluso cuando la ley exigía el consentimiento de la mujer para ciertos trámites, simultáneamente le imponía el deber de obediencia al marido<sup>155</sup>. Pues bien, este régimen comenzó a agrietarse bajo el impulso republicano. El texto de 1931 introdujo un inaudito principio de igualdad entre los sexos. Puesto que en la práctica judicial, desenvuelta aquí a espaldas de la Constitución, seguía exigiéndose «autorización marital»<sup>156</sup> para cualquier ejercicio de libertades civiles por parte de las mujeres –un claro ejemplo de ineficacia directa de la Constitución enmascarada en un derecho desvencijado–, el poder judicial vislumbró que las mujeres formaban parte del contrato social por vez primera en calidad de sujetos, sí, pero, también algo más: advirtió que ello ocurría únicamente como resultado de una ruptura del «contrato moral» o «sexual» subyacente<sup>157</sup>.

Conforme al razonamiento judicial hegemónico, quedó de manifiesto que las mujeres no eran libres ni siquiera bajo una óptica estrictamente liberal, pues no disponían con libertad de su fuerza de trabajo, de sus relaciones jurídicas –trasunto de las económicas– ni, por tanto, de sí mismas, al exigírseles judicialmente licencia masculina –del padre o del marido– para entrar en el mercado de trabajo o para participar en las relaciones jurídicas. En lo concerniente a actos y negocios civiles, la interpretación del CC (arts. 4 y 1263) fue ajena al principio constitucional de igualdad, por lo que se exigió que las mujeres obraran «con la debida autorización de su marido»<sup>158</sup>. En cuanto al derecho del trabajo, el panorama no era muy distinto. El silencio de la ley del contrato de trabajo de 21 de noviembre de 1931 no contribuyó a otorgar la capacidad contractual a las mujeres sin necesidad de la autorización marital, aunque fue calando la idea de que se presuponía su existencia<sup>159</sup>.

Los órganos judiciales comprendieron esta coyuntura en un alarde de lucidez, y fue así como llegaron a una idea exacta acerca de cuál era el calado

<sup>153</sup> Vid. tres declaraciones de fincas rústicas de Eladia Ordóñez Garzón en AHPS, caja 3399 (3/3).

<sup>154</sup> MARX, Karl, *El Capital* (1867), libro I, t. II, Madrid, Akal, 2000<sup>2</sup>, p. 231.

<sup>155</sup> NELKEN, Margarita, *La condición social de la mujer en España* (c. 1919), Madrid, CVS, 1975, pp. 174-175.

<sup>156</sup> AGUADO, Ana, «Entre lo público y lo privado: sufragio y divorcio en la Segunda República», en *Ayer*, 60 (4), 2005, pp. 105-134, pp. 125-126.

<sup>157</sup> El primer concepto ha sido teorizado por CALVI, Giulia, *Il contratto morale. Madri e figli nella Toscana moderna*, Roma-Bari, Laterza, 1994, pp. 25-29. El segundo, más conocido, lo debemos a PATEMAN, Carol, *El contrato sexual*, Barcelona, Anthropos, 1995.

<sup>158</sup> En juicio ordinario declarativo de menor cuantía: AHPS, caja 7548, sumario núm. 90/1933, sentencia del Juzgado de primera instancia núm. 5 de Sevilla de 9 de enero de 1934.

<sup>159</sup> GARCÍA OVIEDO, Carlos, *Tratado elemental de Derecho social*, Madrid, Victoriano Suárez, pp. 141-142.

emancipador de la LD. Si ésta era la plataforma sobre la que reposaba el edificio republicano de la plena capacidad de obrar de las mujeres, la LD era, a la vez, el talón de Aquiles de la reforma. La ley del contrato de trabajo había prohibido los despidos por maternidad y algo después, el 9 de diciembre, el ministro Largo Caballero abolió por decreto la exclusión de las mujeres casadas del mercado por medio de las excedencias forzosas por matrimonio<sup>160</sup>. Ya que se impusieron el sufragio político femenino y la presunción *–iuris tantum*, eso sí—de que las mujeres gozaban de licencia masculina para cobrar un salario, la clave de bóveda residía en la ruptura, o no, del orden doméstico.

El mantenimiento de las mujeres bajo la dependencia de los hombres solo sería posible ya, más que en el derecho del trabajo, en el derecho de familia<sup>161</sup>. Aquí se libró la gran batalla judicial por la liberación de las mujeres. Siguiendo la lógica judicial mayoritaria, la neutralización de la LD amortiguaría el efecto de las medidas feministas. Por eso, masculinizar la LD fue un objetivo prioritario de la magistratura desde el principio. Asegurando el poder de divorciar se podría asegurar el poder de capacitación jurídica de las mujeres.

El poder judicial no pudo impedir la inclusión de las mujeres en la ciudadanía, pero sí interponerse en su camino como garante de la moral e intervenir en su concreción práctica. En ello tuvo que ver la decisión de repeler que las mujeres vistieran la toga, auspiciada por los gobiernos radical-cedistas. La aplicación judicial de la LD y la exigencia de la licencia del marido para la realización de ciertos actos jurídicos fueron los medios de combate que la casta judicial empleó a la desesperada, ignorando todo mandato constitucional, para mantener la autoridad patriarcal en un contexto cuyo horizonte anunciaba su inminente abolición.

Las fuerzas republicanas de izquierda no solo eran conscientes del muro judicial que tenían frente a sí. Intentaron derribarlo a golpe de ley, vaticinando un pugilato entre poder legislativo y poder judicial en nombre de la Constitución. El 6 de julio de 1933, el ministro de Justicia Álvaro de Albornoz registró en el Congreso un proyecto de ley «sobre capacidad civil de la mujer y régimen jurídico del matrimonio»<sup>162</sup>. Tal y como desarrollaba la exposición de motivos, los derechos constitucionales de las mujeres dependían de su capacitación civil, lo cual remitía en última instancia al régimen matrimonial y, por ende, al divorcio. Así pues, el proyecto se dirigía a «la supresión de los vestigios» de la «incapacidad de la mujer» que quedaban en el CC, sustituyéndolos por «un régimen

<sup>160</sup> Véanse referencias a esta combinación de lógicas emancipadoras de las mujeres y lógicas protectoras de las condiciones de trabajo de las mujeres y la reproducción social del sistema patriarcal en BORDERÍAS, Cristina, *Entre líneas. Trabajo e identidad femenina en la España contemporánea. La Compañía Telefónica, 1924-1980*, Barcelona, Icaria, 1993, pp. 32-35.

<sup>161</sup> La mujer dependiente en lo económico no se libera por el simple hecho de que se le permita emitir un voto. Para garantizar esa dependencia, los sistemas burgueses tienden históricamente a atacar la autonomía económica dejando en manos del padre o el esposo la autorización de la mujer para acceder al trabajo remunerado. Así lo explicó BEAUVOIR, Simone de, *El segundo sexo*, Madrid, Cátedra, 2017<sup>9</sup>, p. 851. Una reflexión sobre el tema, centrada en la historia del derecho español, en MARY NASH, «Género y ciudadanía», en *Ayer*, 20, 1995, pp. 241-258, p. 245.

<sup>162</sup> ACD, Comisión de Justicia, leg. 481, carp. 8, núm. 44.

de perfecta igualdad y reciprocidad de derechos» entre los cónyuges. El ministro encarecía el «prudente criterio de los Tribunales» e instaba a «una intervención discreta» y «confidencial», en lo que era un reproche velado al modo en que se venían observando los procedimientos de divorcio. El anuncio de «una magistratura familiar» a implantar en futuras leyes venía a confirmar el talante de la crítica.

La ley nunca llegó a aprobarse. La correlación de fuerzas parlamentarias cambió drásticamente a finales de año dando inicio a un bienio que, no en vano, puede ser calificado como «desconstitucionalizador»<sup>163</sup>. Sin embargo, merece la pena hacer un repaso de su articulado, ya que supone una réplica rotunda a las carencias propias del régimen jurídico-positivo y a las originadas por la praxis judicial. Muchas de ellas ponen de relieve hasta qué punto el gobierno republicano-socialista tenía conocimiento de los retos más inmediatos, y refuerzan las ideas vertidas en este artículo.

En la misión de cumplir los mandatos igualitarios de la Constitución, se optó por una redacción imperativa tajante. «El sexo –decía el art. 1– no influirá sobre la extensión y ejercicio de la capacidad civil. En su consecuencia, la mujer tendrá la misma capacidad que las leyes reconocen al hombre para ejercer todos los derechos y funciones civiles». El artículo 3 prescribía cuál era el modo en que ciertas leyes debían ser interpretadas. «El matrimonio no lleva aneja situación de desigualdad ni inferioridad jurídica para ninguno de los esposos. La ley –proseguía– no concede al marido potestad sobre la mujer ni le otorga su representación legal». La licencia o poder marital quedaba definitivamente abolida para cualquier acto jurídico (art. 5), medida a la que se reconocía eficacia retroactiva (disposición transitoria 1.<sup>a</sup>). En este sentido, la ley contemplaba la exigencia de responsabilidad civil por los perjuicios ocasionados por alguno de los cónyuges al otro (arts. 14-15). Respecto al régimen económico matrimonial, se concedían a las mujeres facultades de gestión y disposición de los bienes comunes (arts. 22-23). El proyecto aspiraba a colmar todas aquellas lagunas que estaban sirviendo a los tribunales para boicotear la legislación. En concreto, enmendaba la LD, al determinar que la liquidación de la comunidad conyugal debería seguir criterios equitativos (art. 27). Más ampliamente, el proyecto procedía a la derogación de todas las disposiciones que fueran contrarias a lo dispuesto en la ley (disposición final).

## V. CONCLUSIÓN

El análisis formalista de la legislación proclive a la emancipación femenina en tiempos de la Segunda República puede conducir a la afirmación de que se produjo «una sustancial reducción del control formal» y la «legislación discriminatoria de la mujer» aun detectando las limitaciones y tropiezos de ésta últi-

---

<sup>163</sup> PÉREZ TRUJILLANO, Rubén, *Creación de Constitución, destrucción de Estado: la defensa extraordinaria de la II República española (1931-1936)*, Madrid, Dykinson, 2017, p. 237 y cap. V.

ma<sup>164</sup>. Pero el estudio de la aplicación concreta de dichas disposiciones normativas por las instancias judiciales arroja una imagen algo distinta: la de la continuidad significativa del control machista y el poder de discriminación sobre las mujeres a causa de una resistencia de signo judicial. El legislador, por impregnado de aliento democrático, pudo variar de postura respecto a regímenes pasados, mas no así otros órganos del Estado sustraídos al cambio o mínimamente influidos por él. Todavía en 1936, el Frente Popular buscaba recuperar el programa de reconocimiento de la capacidad jurídica de las mujeres, o sea, completar su integración en la ciudadanía<sup>165</sup>. La pugna entre Constitución y justicia por los derechos de las mujeres sería resuelta violentamente tras la guerra de los tres años.

RUBÉN PÉREZ TRUJILLANO  
Universidad Internacional de La Rioja

---

<sup>164</sup> NASH, Mary, «Control social y trayectoria histórica de la mujer en España», en Roberto Bergalli y Enrique E. Marí (coords.), *Historia ideológica del control social (España-Argentina, siglos XIX y XX)*, Barcelona, PPU, 1989, pp. 151-173, pp. 153 y 165.

<sup>165</sup> NASH, Mary, *Mujer y movimiento obrero en España*, pp. 161 y 189.