

## CAPITULO VI.

---

DE LOS DERECHOS Y DEBERES RESPECTIVOS DE LOS ESPOSOS.

*SECCION I.—De los deberes comunes á los dos esposos.*

---

### § I. PRINCIPIOS GENERALES.

82 El matrimonio es una sociedad. En las sociedades ordinarias, los asociados son iguales; no sucede lo mismo en la sociedad conyugal. Al casarse, la mujer cae bajo el dominio del marido. El código Napoleón no pronuncia la palabra *poder marital*, pero consagra el hecho al decir que «el marido debe protección á su mujer y ésta obediencia á su marido.» El principio que rige las relaciones de los esposos es, pues, el principio de desigualdad. Pothier lo expresa en términos formales: «El poder del marido en la persona de la mujer consiste en el derecho que el marido tiene para exigirle todos los deberes de *su misión* que se deben á un *superior* (1). Hay, pues, un superior y un inferior en el matrimonio, y por lo tanto dependencia y desigualdad. Pothier agrega que ésto es de derecho natural.

1 Pothier, *Trotado del poder del marido*, núm. 1.

Portalis va á decirnos cuáles son las razones, que se dicen de derecho natural, que justifican el poder marital.

«Mucho tiempo hace que se disputa, dice Portalis, sobre la preferencia ¿ la igualdad de los dos sexos. Nada tan vano como estas disputas.» Nosotros no participamos de este desdén por las discusiones filosóficas acerca de la igualdad. Los principios son los que rigen al mundo; y dos principios tan diferentes como el de la igualdad y el de la desigualdad deben tener y en efecto tienen consecuencias muy diversas, tanto en el derecho como en la moral. No es esta, pues, una vana disputa de palabras. Sin duda alguna que existen diferencias, pero no las hay también entre los hombres? Cada individuo está dotado de facultades especiales, y, en consecuencia, tiene una misión que le es propia: esto no impidió á la revolución de 89 proclamar la igualdad. ¿Por qué no ha de ser lo mismo entre el hombre y la mujer?

Portalis, al contrario, deduce de la diferencia que existe en el sér del hombre y de la mujer, que hay también una diferencia en sus derechos y en sus deberes. Al hablar de derechos diferentes, Portalis no pretende tocar la cuestión de los derechos políticos; se encierra en el dominio del derecho privado; su objeto es justificar la desigualdad que el poder material establece entre los esposos. La diferencia que existe entre el hombre y la mujer no es, como él lo expresa, una diferencia en su sér, es una diferencia de facultades. ¿Esta diferencia es de tal naturaleza que justifique la superioridad del uno sobre el otro? Así se pretende: «La fuerza y la audacia están por parte del hombre, dice Portalis, la timidez y el pudor por parte de la mujer.» De ahí deduce que la mujer necesita de protección, porque es más débil, que el hombre es más libre porque es más fuerte. Hé aquí una consecuencia que no podríamos admi-

tir. Al decir que el hombre es más fuerte, ¿se quiere decir que tenga más fuerza de inteligencia y de carácter? Si tal fuese la idea de Portalis, los hechos le darían ciertamente un mentís. No se trata, pues, sino de la fuerza corporal; en efecto, el orador del gobierno comprueba que el hombre y la mujer no pueden participar de los mismos trabajos, soportar las mismas fatigas (1). ¿Sería, pues, porque el hombre tiene una constitución más fuerte por lo que tendría derecho a la preeminencia! Hé aquí un derecho natural contra el cual protesta la conciencia moderna. Nó, la fuerza no da el poder, impone deberes. También hay otra clase de desigualdades entre los hombres; los hay fuertes y los hay débiles; ¿quién se atrevería á decir que el más fuerte tiene el derecho de dominar sobre el más débil? La fuerza era la ley del mundo antiguo; la humanidad la ha reemplazado por la ley de la igualdad y de la libertad.

83. No vacilamos en afirmar que el poder marital, tal como Portalis lo defiende, está en oposición con las costumbres, los sentimientos y las ideas de la sociedad moderna. Cuando se discutió el código civil, se entraba en la reacción contra las ideas de 89. Escuchemos á un hombre de la Revolución; Condorcet va á decirnos cuáles son las aspiraciones de la humanidad en lo concerniente á la pretendida preeminencia del hombre sobre la mujer. El califica de preocupación la desigualdad de los dos sexos. «En vano se buscarían, dice él, motivos para justificarla en las diferencias de su organización física, en las que se quisiera hallar en la fuerza de la inteligencia, en la sensibilidad moral. Esta desigualdad no ha tenido más origen que el abuso de la fuerza, y en vano es que en lo sucesivo se haya

1 Portalis, Exposición de motivos, núm. 62 (Loché, t. II, p. 896).

querido justificarla por medio de sofismas (1). Nada más cierto que esto; si quisiéramos subir á los orígenes del poder marital, por todas partes encontraríamos la fuerza. ¿Pero para que? ¿No lo confiesa el mismo Portalis? Pues bien, la fuerza que reinaba en el mundo antiguo fué destronada en 89; la ley de desigualdad ha cedido el lugar á la de igualdad. Para expresarlo mejor, la Revolución no ha hecho mas que consagrar la transformación que se había operado en las costumbres. A despecho del código que ha mantenido la tradición vieja, la igualdad reina en el matrimonio como en el orden político; no son la *protección* y la *obediencia* las que dominan, es el cariño, vínculo de las almas; no se trata de un amor que impone su voluntad y un esclavo que la sufre, sino que las decisiones se toman por la vía de deliberación común y de concurso de consentimiento. ¿Pero, exclama Portalis, cómo podría existir una sociedad de dos personas si no se diese voz ponderativa á uno de los asociados? (2). Portalis olvida que muy bien puede haber sociedades de dos personas, sin que una de ellas tenga preeminencia sobre la otra. Si los asociados están en disenso, el tribunal decide. Lo mismo pasa en la sociedad conyugal, á pesar del poder marital. Cuando el marido se niega á autorizar á la mujer á hacer un acto jurídico, la mujer puede dirigirse á la justicia. Cuando el marido no proporciona á la mujer el sostenimiento á que ella tiene derecho, pueden también recurrir al juez. ¿Por qué no habría de organizarse un recurso en todos los casos en que los esposos estuviesen en desacuerdo?

No insistimos, porque nuestro objeto no es criticar la ley, sino exponer sus principios. Hagamos notar, sin embargo, con Condorcet las funestas consecuencias que dima-

1 Condorcet. *Bosquejo de los progresos del espíritu humano*.

2 Portalis. Discurso preliminar, núm. 42 (t. 1<sup>o</sup>, p. 165).

nao del principio de la desigualdad. La mujer no es igual al hombre, luego no debe gozar, con el mismo título, de los beneficios de la educación. Se entiende que ella debe tener una religión, mientras que el marido es libre pensador. ¿Quién no sabe la hermosa armonía que reina en el hogar en donde la mujer es esclava de la superstición? Se entiende también que la mujer debe tener más moral que el hombre; libre es éste para adúlterar cuantas veces quiera; nada tiene que reprenderle la ley, con tal que se cuide de no tener á su concubina en la casa común! La ley de la igualdad es á la vez más severa y más benéfica. Quiere que los esposos vivan de la misma vida intelectual y moral; les reconoce los mismos derechos, pero también los mismos deberes. ¡Solo cuando este ideal haya entrado en nuestras leyes y en nuestras constumbres habrá un verdadero matrimonio!

## § II. *Deberes especiales.*

### NUM. 1.—FIDELIDAD, ASISTENCIA Y AUXILIO.

84. «Los esposos se deben mutuamente fidelidad,» dice el código Napoleón (art. 212). Ciertamente que éste es un deber común, el derecho natural nos lo dice, y la ley parece consagrar el grito de la conciencia. Sin embargo, nada de esto existe. Leáanse los artículos 229 y 230; en ellos se verá que el marido puede pedir el divorcio por causa de adulterio de su mujer, mientras que la mujer no puede pedir el divorcio por causa de adulterio de su marido, sino cuando haya tenido á su concubina en la casa común. Abrase el código penal, y se leerá que la mujer convicta de adulterio será sentenciada á una prisión de tres meses á dos años; mientras que al marido adúltero no se le señala

pena alguna, á menos que no haya tenido á su concubina en la casa común, y aun en este caso, á pesar de la circunstancia agravante del insulto, no será castigado sino con una prisión de un mes á un año (arts. 387-389). El código de 1810 no castigaba sino con una multa (art. 339).

¡Tales son las lecciones de moral que la ley de desigualdad dá al hombre! Montesquieu ha tratado de justificar esta irritante desigualdad: «Las leyes, dice, exigen á las mujeres un grado de modestia y de continencia que no exigen á los hombres, porque la violación del pudor supone en las mujeres la renuncia de todas las virtudes» (1). Si las leyes hacen esto, las leyes hacen mal; porque el legislador nunca debe dar lecciones de inmoralidad, y las da cuando permite que el hombre viole impunemente el deber de fidelidad, mientras que castiga esta violación en la mujer. En vano se dice que el adulterio de la mujer tiene consecuencias más graves, puesto que introduce en la familia y pone á cargo del marido hijos que le son extraños. Es ésta una circunstancia agravante que justificaría una pena más fuerte, pero no es ciertamente una razón para excusar el adulterio del marido. Mucho menos es razón para dar al marido el derecho de divorcio, cuando se le niega á la mujer. La desigualdad conduce á la injusticia lo mismo que á la inmoralidad.

85. «Los esposos se deben auxilio y asistencia,» dice además el art. 212. Estas dos obligaciones se refieren á lo que se llama el peso de la vida. Nuestra existencia tiene sus miserias, necesidades físicas y tormentos del alma. El esposo debe á su cónyuge las necesidades materiales, y esto es lo que se llama la obligación alimenticia; de ella ya hemos hablado. En cuanto á los consuelos, en cuanto á la abnegación que aligera las desgracias inevitables inherentes

1 Montesquieu, del *Espíritu de las leyes*, XXVI, 8.

á la condición humana, éstos deberes son más bien del resorte del sentimiento que del derecho. Este es el dominio del afecto conyugal, el más vivo, el más intenso de los afectos. No puede resultar acción judicial de la asistencia que deriva de la moral más bien que del derecho. No sucede lo mismo con la obligación de auxiliarse. Sin embargo, los dos deberes tienen una sanción civil: su violación puede constituir una injuria grave, lo que es una causa de divorcio ó de separación de cuerpo (arts. 231, 306).

*Núm. 2.—De la vida común.*

86. «La mujer, dice el art. 214, está obligada á habitar con el marido y á seguirle por donde él juzgue oportuno residir: el marido está obligado á recibirla y á procurarle todo lo que es necesario para las exigencias de la vida, según sus facultades y su estado.» Esta obligación dimana de la esencia misma del matrimonio, supuesto que éste implica una vida común. La comunidad de vida supone una sola y misma habitación para los dos esposos; esta habitación es la del marido; esta es la consecuencia más natural y más legítima del poder marital. De aquí el principio establecido por el art. 108 que la mujer no tiene más domicilio que el de su marido. La ley comprende el domicilio de hecho tanto como el domicilio de derecho.

El código Napoleón no ha hecho más que formular los principios admitidos en el derecho antiguo. Pothier dice, casi en los mismos términos, que la mujer está obligada á seguir á su marido por donde éste juzgue á propósito ir á residir; pero agrega, con tal que no sea fuera del reino y en país extranjero. Si el marido, dice, abjurando de su patria, quisiera establecerse en otra parte, la mujer, que debe mucho más á su patria que á su marido, no estará obligada

á seguirlo (1). El proyecto de código reproducía esta excepción: «Si el marido quisiese dejar el suelo de la república, no podrá forzar á su mujer á seguirlo, á no ser en el caso de que esté encargado por el gobierno de alguna comisión que exija residencia.» Esta disposición fué suprimida por el consejo de Estado á instancias reiteradas del primer cónsul: éste hizo notar, con razón, que siendo general y absoluta la obligación de la mujer de seguir á su marido, no debía recibir ninguna modificación (2). Romper la vida común, habría equivalido á romper el matrimonio. No se podía permitir á la mujer romper el matrimonio por su sola voluntad, siendo así que en el sistema del poder marital, ella no tiene voluntad, supuesto que debe obedecer á su marido. En cuanto á los motivos dados por Pothier, tienen por origen las ideas del viejo régimen que fijaba al hombre en la tierra en donde vió la luz; la abjuración de la patria no es ya un crimen según nuestro derecho público, sino un derecho que se deriva de la libertad individual.

87. Así, pues, en principio, el deber de cohabitación no permite excepciones. ¿Quiere esto decir que es absoluto? Todos admiten que la obligación de la mujer de habitar con su marido, está subordinada á la obligación que al marido incumbe de recibirla según sus facultades y su estado. Está juzgado que cuando la casa conyugal está desprovista de los objetos de primera necesidad, la mujer no está obligada á habitarla; basta el buen sentido para decidir que la mujer no puede verse obligada á habitar una casa que no es habitable, y el derecho agrega que si la mujer debe habitar con el marido, á éste corresponde recibirla (3). Los

1 Pothier, *Del poder del marido*, núm. 1.

2 Sesión del 5 vendimiario año XI, núms 307-32 (Loché, t. II, p. 433 y siguientes).

3 Véase la jurisprudencia en Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 749, 3<sup>o</sup>-7<sup>o</sup>.

autores están, además, de acuerdo en enseñar que si el marido búscase su subsistencia por medios vergonzosos, ó si albergase á una concubina en la casa común, la mujer no estaría obligada á habitar con él (1). En efecto, no está satisfecha la obligación que la ley impone al marido de recibir á su mujer, si el marido ofrece á su mujer las cuatro paredes de una habitación y los muebles, así como las necesidades de la vida; esto no es más que el elemento material de la vida común, pero la vida común, es ante todo una vida moral; si la mujer sólo encuentra en el domicilio conyugal la deshonor ó infamia, ya no hay vida común, y por lo tanto, la mujer no tiene obligación de compartirla. Se ha juzgado muy bien que si el marido, á la vez que pone á disposición de la mujer un alojamiento, no apetece una vida común, y se mantiene en barrio aparte, en donde rehusa recibir á su mujer, por este hecho mismo dispensa á su mujer de habitar la casa conyugal (2). Nosotros somos de opinión que debe resolverse, por los mismos motivos, que si la mujer sufre malos tratamientos en el domicilio del marido, no estará obligada á habitar en su compañía. En vano se dirá que la ley obliga á la cohabitación desde el momento en que el marido le satisface las necesidades de la vida según sus facultades y su estado. Nó, la ley exige más, prescribe la vida común; ¿y es vida común la que consiste en malos tratamientos? Dícese que estos excesos ó estas injurias serán para la mujer una causa de divorcio ó de separación de cuerpo, pero que no la dispensan del deber de cohabitación (3). Ya nos hemos encontrado con esta objeción y la hemos contestado con la jurisprudencia,

1 Duranton, *Curso de derecho frances*, t. II, p. 408, núm. 437.

2 Sentencia de casación de 20 de Enero 1830 (Dalloz, en la palabra *matrimonio*, núm. 748, 3º).

3 Demolombe, *Curso del código Napoleón*, t. IV, p. 117, núm. 97.

diciendo que el divorcio es un derecho que la mujer puede no usar, y que sería inmoral obligarla á él indirectamente. Vale más una separación de hecho que puede llegar á cesar, que una ruptura definitiva que es siempre un mal grave aun cuando sea una necesidad (1).

88. ¿Es absoluta la obligación que el marido tiene de recibir á su mujer? Se ha juzgado que el marido no estaba obligado á recibir á su mujer ni á ministrarle alimentos, cuando ella hubiese abandonado el domicilio conyugal para entregarse á una mala conducta (2). Esto es dudoso. Sin duda alguna que la mujer viola sus deberes y por todo el tiempo que no solicite volver al domicilio conyugal, no puede tratarse de pagarle una pensión alimenticia. Pero desde el momento en que ella quiere restablecer la vida común, no hay motivo jurídico para que el marido se niegue á ello, salvo el medio extremo del divorcio ó de la separación de cuerpo. Hay, á este respecto, una diferencia entre el deber de cohabitación de la mujer y el deber de cohabitación del marido. El primero está subordinado á un deber correlativo del marido, el de recibir á su mujer; el segundo no tiene correlativo; es, pues, absoluto, y no puede cesar o por la ruptura legal de la vida común.

89. ¿La obligación de la vida común tiene una sanción? Esta es una de las cuestiones más controvertidas del código civil. Ordinariamente se presenta en favor de la mujer. ¿Si ella deja el domicilio conyugal, puede el marido obligarla á volver? ¿Y cuáles son las vías de violencia que éste puede emplear? La opinión admitida con bastante generalidad es que los tribunales tienen un poder discrecional en

1 La jurisprudencia está en este sentido (Daloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 749, 8<sup>o</sup>.)

2 Sentencia de Paris, de 29 de Agosto de 1857 (Daloz, *Colección periódica* 1858, 2, 27.)

esta materia (1). Hay sentencias que fundan este pretendido poder en el silencio de la ley. El código establece un deber, ó por mejor decir, una obligación civil; nada dice de la sanción de este deber: ¿y de esto se deducirá que el código haya de atenerse á los tribunales? (2). Este razonamiento nos parece muy poco jurídico. En principio, los tribunales no tienen poder discrecional en lo que concierne á la ejecución forzosa de las obligaciones legales ó convencionales; el código de procedimientos traza estas vías, y el juez no puede prescribir otras. Esto se concibe: las vías de ejecución son de derecho público; ahora bien, nada de lo que se refiere al derecho público puede abandonarse al arbitrio de los tribunales. Para que así fuese, se necesitaría una voluntad del legislador, claramente manifestada. Se pretende que los autores del código han querido, en el caso del art. 214, dejar pleno poder al juez (3). Pero la discusión que tuvo lugar en el consejo de Estado no dice esto. La cuestión que en su seno se debatió ni siquiera era la nuestra. Preguntábase si la mujer estaba obligada á seguir á su marido al extranjero. Este era el parecer del primer cónsul. Réal objetó que no veía un medio de obligar á la mujer; Regnauld contestó que el marido intimidaría á la mujer á seguirlo, y que si ella persistía en su negativa, se daría por hecho que lo había abandonado. Esto no era contestar á la objeción; Réal, replicó que sería preciso un fallo que exigiese á la mujer seguir á su marido; pero ¿cómo se lograría ejecutarlo? El primer cónsul dijo que el marido, cesaría de dar alimentos á la mujer. Boulay

1 Demolombe, *Curso del Código de Napoleón*, t. IV, p. 119, número 100.

2 Sentencia de Bruselas, de 1º de Abril de 1821 (Daloz, en la palabra *matrimonio*, núm. 759).

3 Sentencia de Aix, de 23 de Marzo de 1840 (Daloz, en la palabra *matrimonio*, núm. 762, 4º)

concluyó por observar que todas estas dificultades deberían abandonarse á las costumbres y á las circunstancias (1). Esta es la discusión de donde se ha querido deducir que el legislador da un poder discrecional á los tribunales. Las palabras de Boulay que se citan son de esas que sólo expresan un sentimiento individual. Y aun así, él no dice lo que se le atribuye, y más bien dice lo contrario. En efecto, si esta es una cuestión de *costumbres*, en ella no deben intervenir los tribunales. Y nada es tan cierto, como vamos á verlo.

90. La única sanción jurídica de que se haya tratado en el consejo de Estado, es la que el cónsul inició. Si la mujer abandona el domicilio conyugal, es evidente que el marido no le debe alimentos, porque ella debe recibirlos en el domicilio del marido. Hay algunas sentencias en este sentido (2) y esto no puede dar margen á sombra de duda. Pero esta sanción no es suficiente. Si la mujer no pide alimentos, no hay lugar á que los rehuse. Si la mujer está casada bajo el régimen de la separación de bienes ó bajo el régimen dotal, ella misma dispone de todo ó de parte de sus rentas. En este caso no necesita alimentos, y en consecuencia, la obligación de cohabitar con su marido no tendrá esta sanción. ¿Y no hay otra?

91. ¿El marido puede tomar las rentas de la mujer y entrar en posesión de sus bienes? Esto supone que los esposos están casados bajo el régimen de la separación de bienes, ó bajo el régimen dotal. La mujer tiene en estos dos regímenes el derecho de disfrutar de sus bienes, salvo los bienes dotales propiamente dichos. Hay una hipótesis den-

1 Sesión del consejo de Estado del 5 ventidimario año X, número 32 (Loché, t. II, p. 344).

2 Véase la jurisprudencia en Dalloz, en la palabra *matrimonio*, núm. 757.

tro de la cual el marido tiene el derecho incontestable de apoderarse de los bienes de su mujer, y es cuando no entrega al marido la porción de sus rentas con la cual debe contribuir á los cargos del matrimonio. La corte de Paris ha resuelto en el sentido de que como la mujer que ha conseguido la separación de bienes debe soportar, en proporción á sus facultades y á las del marido, los gastos del hogar, había lugar á atribuir á su marido una parte de las rentas de su mujer hasta el día del reitegro de ésta al domicilio conyugal (1)

Pero es diferente la cuestión de saber si el marido puede tomar todas las rentas de su mujer y ponerse en posesión de sus bienes para obligarla á volver al domicilio conyugal. Nosotros creemos que la cuestión debe resolverse negativamente y sin vacilar. La mujer tiene el derecho de administrar sus bienes y de disfrutarlos. Para privarla de un derecho que debe á su calidad de propietaria y á su contrato de matrimonio, se necesitaría un texto. El derecho del propietario es absoluto, y los tribunales no pueden modificarlo sino en virtud de la ley. En vano se dice que el acreedor puede apoderarse de los bienes del deudor, en el caso en cuestión no hay ni acreedor ni deudor (2). Por otra parte, el apoderamiento de los bienes es una vía de ejecución que termina en la venta forzosa de los bienes para satisfacer á los acreedores, mientras que en el caso presente la mujer estaría privada, durante todo el matrimonio, de la administración y del goce de sus bienes, lo que sería un verdadero cambio en las convenciones matrimoniales. Se objeta que el apoderarse de los bienes equivale á negar alimentos, y que si la denegación de alimen-

1 Sentencia de 27 de Enero de 1855 (Daloz, *Colección periódica*, 1855, 2, 208).

2 Duranton, *Curso de derecho francés*, t. II, p. 410, 412, núms. 438 y siguientes).

tos es permitida en un régimen, debe autorizarse en todos los regímenes. Nosotros contestamos que no hay lugar á rehusar alimentos á la mujer que no los pide; que la denegación de alimentos no es legítima sino en el sentido de que la mujer debe recibirlos en la casa conyugal, y si ella la abandona, no puede reclamarlos de su marido. Así, pues, no há lugar á una denegación de alimentos cuando la mujer nada reclama. La jurisprudencia está dividida: se pronuncia generalmente por la toma de posesión (1), y lo mismo sucede con los autores (2).

92. Se pregunta si la mujer puede ser sentenciada á daños y perjuicios hasta el momento en que reitegre el domicilio conyugal. Hay sentencias y autores que admiten esta via de ejecución. A decir verdad, ésta no es una via de ejecución es una pena, una multa, como lo expresa la corte de Bruselas. que ha sentenciado á la mujer á pagar una suma de dinero por cada día que tardase en cumplir la obligación de cohabitar con su marido (3). ¿Esta palabra *pena*, que la corte pronuncia, no habría debido recordarle que no puede haber pena sin ley penal? ¿Y cómo unos juriconsultos han podido concebir la idea de aplicar al matrimonio los principios sobre daños y perjuicios? (4). Como muy bien lo dice la corte de Colmar, basta leer los articu-

1 Sentencia de Rion de 13 de Agosto de 1810 (Daloz, en la palabra *matrimonio*, núm. 759, 2<sup>o</sup>). Sentencia de Colmar de 10 de Julio de 1833 (Daloz, *ibid.*, núm. 761). Sentencia de Caen, 14 de Agosto de 1848 (Daloz, *Colección periódica*, 1850, 2, 185). En sentido contrario, sentencia de Pau, 11 de Mayo de 1863 (Daloz, *Colección periódica*, 1863, 2, 193).

2 Zachariae, edición de Massé y Vergé, t. I, p. 219, nota 4. Demolombe, t. IV, p. 124, núm. 105.

3 Sentencia de 1<sup>o</sup> de Abri de 1824 (Daloz en la palabra *matrimonio*, núm. 759, 3<sup>o</sup>).

4 Duranton, t. II, p. 412, núm. 410. Demolombe, t. IV, p. 125, núm. 106. En sentido contrario, Zachariae, edición de Dubry t. III, p. 220, nota 4, pfo. 471.

los del código referentes á daños y perjuicios para convenirse de que es imposible hacer su aplicación al deber que tiene la mujer de habitar con su marido (1). En los términos del art. 1149, los daños y perjuicios que se deben al acreedor son por la pérdida que ha sufrido y por la ganancia de que se ha visto privado. ¿El marido es un acreedor? ¿Cuál es la pérdida que ha sufrido? ¿Cuál la ganancia de que se ha visto privado? Estas cuestiones, tan naturales cuando se trata de una deuda de dinero, son absurdas cuando se plantean con motivo de una obligación moral. En definitiva, ¿de qué se trata? De obligar á la mujer á que vuelva al domicilio conyugal. Supongamos que lo haga; ¿su presencia material en la casa que su marido habita restablecerá esa vida común que hace de dos seres uno solo? ¿Cómo, la mujer ha abandonado la casa conyugal y vuelve á ella, no porque apetezca restablecerla, sino para no pagar daños y perjuicios! ¿Si al marido le queda un sentimiento de honra, no debería estar avergozado de haber obtenido por el interés lo que en vano había pedido al amor? ¿Y cómo conciliar el cariño con las penas y las multas?

93. La jurisprudencia y la doctrina han ido más léjos; admiten que el juez puede autorizar al marido para requerir la fuerza pública á fin de obligar á su mujer á reíntegrar el domicilio conyugal. Se invoca el principio elemental que permite la ejecución forzosa para todo derecho consagrado por la ley. El deber de la mujer de cohabitar con su marido no es únicamente un deber moral, es además una obligación civil, de la que nace un derecho para el marido; este derecho le da acción contra la mujer; así, pues, á instancias del marido, el juez debe ordenar á la mujer que vuel-

1 Sentencia de 10 de Julio de 1833 (Dalloz, en la palabra *matrimonio*, núm. 761).

va á la casa conyugal. ¿Qué sería de la autoridad de las leyes, qué del respeto debido á las sentencias de los tribunales, si la mujer pudiese provocar al legislador y al magistrado? (1). Al leer estas sentencias, recuérdanse las palabras de Napoleón en el consejo de Estado: «No saben vdes. lo que es el matrimonio.» Sin duda alguna que el deber de cohabitación es una obligación civil ¿pero resulta de esto que pueda asegurarse esta obligación por la ejecución forzosa? Véamos como obrará la fuerza. Los gendarmes llevan á la mujer á la casa conyugal. Ahí no tendrán á la mujer á la vista, si no habria una violación de la libertad individual. El marido no podrá tampoco poner á su mujer bajo de llaves. Así, pues, desde el momento mismo en que constreñida por la fuerza, la mujer pone el pié en el domicilio conyugal, puede salirse. ¿Habrá que recurrir de nuevo á la fuerza? ¿Los gendarmes se ocuparan permanentemente en transportar al domicilio conyugal á la mujer recalcitrante? ¿A esto se llama restablecer la vida común? Confesémoslo: en este caso los gendarmes son impotentes. No hay en el mundo fuerza alguna que pueda obligar á la mujer á habitar con su marido, cuando ella ya no lo apetece (2).

Los autores están divididos. Y los hay, por cierto, de los mejores, que admiten que se emplee la fuerza. En verdad que la argumentación de Zacarias seguida por Marcadé, bastaría para rechazar una doctrina tan mal defendida. El

1 Sentencia de Pau, de 12 de Abril de 1810 (Daloz, en la palabra *matrimonio*, núm. 762, 1°); de la corte de casación, de 9 de Agosto de 1826 (Daloz, *ibid.*, 762, 2°); de París, 31 de Marzo de 1855 (Daloz, *ibid.*, 1863, 2, 193); de Pau, 11 de Marzo de 1863 (Daloz, *ibid.*, 1863, 2, 192).

2 Sentencia de Bourges, 15 de Julio de 1811 (Daloz, en la palabra *matrimonio*, número 761); de Tolosa, 24 de Agosto de 1818 (*ibid.*, núm. 758 1°); de Colmar, 10 de Julio 1833 (*ibid.*, núm. 761). Las cortes de Holanda se pronuncian en el mismo sentido. Véanse dos sentencias citadas por Daloz, 1852, 2, 105 y 106.

marido, dice el jurisconsulto alemán, tiene un derecho cuyo objeto es la persona de la mujer; en donde yo encuentro una cosa la reivindico (1). Zacarias olvida que si la mujer es una cosa, es por lo ménos una cosa mobiliaria; y que las cosas mobiliarias no se reivindican. Marcadé da otro giro á este argumento brutal. «En el matrimonio, la mujer me ha ofrecido su persona misma: ¿por qué no habría yo de poder perseguir por las vías legales la posesión de esta persona (2)?» ¿Por qué, agregaremos nosotros no habrían de instalarse los gendarmes en la cámara nupcial? ¡No le vemos término á la cuestión, y con razón!

La opinión que sostenemos la enseñan Delvincourt, Durantón y Duvergier (3). Nosotros no aceptamos todas las razones que se dan en pró ó en contra de esta doctrina. En general, los que repelen la fuerza invocan la libertad individual; ven en el empleo de la fuerza una especie de pena corporal, y por consiguiente, una violación del art. 2063, que prohíbe al juez pronunciar la pena corporal fuera de los casos determinados por la ley. A nuestro modo de juzgar, nada común hay entre el uso de la fuerza, con el fin de obligar á una persona á hacer lo que está obligada á hacer la pena corporal (4). En principio, admitimos que el deudor puede ser forzado á cumplir su obligación cuando se pueda, por el empleo de la fuerza. En esto no hay la menor lesión á la libertad individual. Se violaría la libertad cuando el deudor fuese encarcelado; se violaría respecto á la mujer, si fuese encerrada en el domi-

1 Zachariæ, edición de Vergo, t. 1.º, p. 228, nota 4.

2 Marcadé, *curso elemental* t. 1.º, p. 457, art. 214, núm. 11.

3 Delvincourt, t. I, p. 79, nota 4. Durantón, t. II, p. 412, número 440. Duvergier sobre Toullier t. II, núm. 666, nota I, p. 10.

4 Esto está muy bien demostrado en una sentencia de la corte de Dijon, 25 de Julio de 1840 (Daloz, en la palabra *matrimonio*, número 762, 5.º).

cilio conyugal; no se viola la libertad si únicamente se la obliga á volver, puesto que á ello está obligada: ella misma es la que en este sentido, está privada de la libertad desde el momento en que se casa. Si rechazamos la fuerza, es porque se trata no sólo de obligar á la mujer á reintegrar el domicilio conyugal, sino de la vida común; ahora bien, en este caso la fuerza es impotente. La obligación, por más que esté consagrada por la ley, sigue siendo un deber moral, en el sentido de que es imposible la ejecución por la fuerza.

94. El marido está obligado á recibir á su mujer. ¿Si se niega á ello, cual será la sanción? Ciertamente es que la mujer podrá pedir una pensión alimenticia. Enséñase también que podrá reclamar daños y perjuicios. La jurisprudencia decide igualmente que ella podrá reclamar el empleo de la fuerza pública con el fin de hacerse abrir el domicilio conyugal (1). ¿Pero si el marido abandonase el domicilio conyugal podría la mujer exigir que volviese? evidentemente que sí podría, ¿y en dónde estaría la sanción? Los autores no quieren otra que no sea la de daños y perjuicios. Esto sería una flagrante lesión al poder marital, dice M. Demolombe (2). ¿Cómo! ¿sería violar el poder marital forzar al marido á que cumpliera su deber? ¿Por qué no aplicar al marido lo que se hace respecto de la mujer? ¿Existe un derecho aparte para el marido? ¿Una sola y misma obligación, la de cohabitar, tendrá una sanción, si de la mujer se trata, y no la tendrá si se trata del marido? ¿No probaría esto, que la doctrina de la fuerza no es suficientemente sólida? A nuestro juicio, no hay sanción, salvo el derecho para cada uno de los esposos, de pedir el divorcio ó la separación de cuerpo.

1 Sentencia de Bruselas, 7 de Diciembre de 1824 (Daloz, en la palabra *matrimonio*, núm. 748, 3°)

2 Demolombe, *Cursó de código Napoleón*, t. IV, p. 131. núm. 110.

SECCION II.—*De la incapacidad de la mujer casada.*

## § 1. PRINCIPIOS GENERALES.

93. La mujer casada está destinada á la incapacidad jurídica, se la coloca entre los incapaces por el código civil (art. 1124). ¿Qué fundamento tiene esta incapacidad? Ya en el antiguo derecho los autores estaban divididos en este punto, y no ha cesado del todo la incertidumbre bajo el imperio de la nueva legislación. Hay desde luego una razón bastante banal, que precisa rechazar, por más que tenga su parte de verdad. Invocabábase en otros tiempos la ligereza de la mujer y su inexperiencia para justificar la incapacidad que la ley le impone. Cierto es que las mujeres no tienen ni pueden tener en el mismo grado que los hombres, la experiencia de los negocios. ¿Pero esta diferencia de capacidad influye en el derecho? Nó, porque la mujer no casada ó viuda es tan capaz como el hombre. Supuesto que sólo la mujer casada es incapáz, debe buscarse la razón de esto en el matrimonio; en efecto, desde el momento en que el matrimonio se celebra, la incapacidad comienza, y cesa cuando el matrimonio se disuelve. El matrimonio coloca á la mujer bajo el poder de su marido. Este poder debe ejercer una influencia en la incapacidad jurídica de la mujer; como ella debe obedecer en todo á su marido, es claro que no conviene que ejecute acto alguno sin haber solicitado su consentimiento. Esta es la razón que da Pothier. «El poder, dice, que el marido tiene en la persona de su mujer no permite á ésta hacer algo sino bajo la dependencia de aquel (1).» Deduciase de aquí, en el derecho

1 Pothier, *Tratado del poder del marido*, sección II, t. II, p. 170.

antiguo, que la incapacidad de la mujer era absoluta y traía consigo una nulidad absoluta.

¿Y esta es la teoría del código civil? Nó, la dependencia de la mujer hace ciertamente su papel en su incapacidad, pero no un papel predominante, como en el derecho antiguo. Hay, á este respecto, una notable diferencia en los textos. Las costumbres decían: «La mujer casada, de ninguna manera puede contratar.» Mientras que el artículo 1124 dice que la mujer es incapaz de contratar *en los casos expresados por la ley*; esto equivale á decir que la incapacidad no es absoluta, en el sentido de que engendre una nulidad absoluta. En efecto, el artículo siguiente asienta el principio de la nulidad relativa. Esto revela un cambio completo de sistema. Una nulidad relativa implica que no está establecida por un motivo de interés general. Así, pues, no puede decirse con Coquille que la incapacidad de la mujer casada esté fundada en el decoro público; hay que decir que está establecida para poner á cubierto los intereses de las que pueden prevalerse de la nulidad. El marido lo puede, porque su autoridad ha sido menospreciada. La mujer lo puede, pero ¿por qué? Debe contestarse que porque ella no ha disfrutado de la protección que la ley ha querido asegurarle. ¿Pero cuáles son los intereses que la ley ha pretendido poner á cubierto? La mujer casada no está ya en la posesión en que se *encontraba* siendo doncella; no puede ejecutar acto jurídico que no refluya sobre sus hijos ó sobre su marido; así, pues, los actos que se halla en el caso de ejecutar interesan á toda la familia. ¿Y siendo esto así no es necesario que el jefe de la familia intervenga para garantizar los intereses comunes? El matrimonio es una sociedad; cada asociado tiene su esfera de acción, su misión; tócanle á la mujer los cuidados del interior de la casa, la educación de los hijos; al mari-

do, la dirección de los negocios. En este sentido, requiérese su intervención no sólo porque tiene autoridad sobre la mujer, sino también porque debe velar por los intereses generales de la familia (1).

Esta teoría descansa en los textos del código; hemos citado los artículos 1124 y 1125. Hay además otras disposiciones que no pueden explicarse por el principio del poder marital. En el derecho antiguo, el marido menor de edad podía autorizar á su mujer; no puede hacerlo según el código (art. 224). Y es porque en el derecho antiguo la incapacidad de la mujer sólo se fundaba en el poder del marido; ahora bien, el menor tiene este poder tanto como el mayor de edad, así, pues, debía solicitarse su autorización. En el derecho moderno, al contrario, la idea de protección es la que preferentemente domina, y ¿de qué serviría la protección de un marido menor que á su vez necesita ser protegido?

Cuando el marido es menor, está ausente ó incapacitado, se acude á la justicia para que autorice á la mujer (artículos 224 y 222). Evidentemente que entonces ningún papel hace el poder marital. Así, pues, si la incapacidad de la mujer casada no tuviese más fundamento que el poder del marido, la mujer debería volver al goce de su capacidad natural. Si sigue siendo incapaz, si necesita la autorización de la justicia, esto prueba que hay además otros intereses en juego, el interés de la familia que se confunde con el de la mujer.

96. El principio de que la incapacidad de la mujer está fundada en el matrimonio tiene importantes consecuencias. Resulta que es de orden público, supuesto que el matrimonio es de orden público. Siguese de aquí, que las con-

1 Zachariae, *Curso de derecho civil francés*, t. III, p. 323, pfo. 472.

venciones matrimoniales no pueden dar á la mujer la capacidad que pierde al casarse. El art. 1388 lo dice: «Los esposos no pueden derogar los derechos que resultan del poder marital sobre la persona de la mujer.» Hé aquí por qué los arts. 215 y 217, que establecen la incapacidad de la mujer casada, agregan que esta incapacidad existe aun cuando la mujer esté separada de bienes ó no viva en común. Sin embargo, la regla formulada por el art. 1388 no es absoluta; el contrato de matrimonio puede modificar la incapacidad de la mujer. Esto acontece toda vez que la mujer se reserva la administración de todo ó de parte de sus bienes; puede entonces ejecutar los actos relativos á esta administración sin autorización del marido ni de la justicia (arts. 223, 1536 y 1576).

Del principio de que la incapacidad de la mujer es una consecuencia del matrimonio, siguese además, que subsiste durante todo el tiempo del matrimonio. La mujer, aun separada de cuerpo, sigue siendo incapáz, porque la separación de cuerpo, rompe únicamente la vida común, no arrebatá al marido el poder que tiene sobre su mujer sino en lo que concierne al deber de cohabitación; en todos los demás respectos, la autoridad marital subsiste, y en consecuencia la incapacidad de la mujer. Sin embargo, la separación de cuerpo tiene una influencia considerable en la capacidad de la mujer, puesto que trae consigo la separación de bienes (art. 311); ahora bien, la mujer separada en bienes tiene la libre administración de su patrimonio, y la incapacidad, por lo mismo, está disminuida.

El principio tiene otras muchas consecuencias, que exponaremos sucesivamente al entrar en los detalles de la materia.

---

## § II. EXTENSION DE LA INCAPACIDAD.

*Núm. I. De los actos extrajudiciales.*

## I. REGLA GENERAL.

97. El art. 217 establece: «La mujer aun no llevando vida común ó separada de bienes, no puede dar, enagenar, hipotecar, adquirir á título oneroso ó gratuito. . . .» ¿Es restrictiva esta enumeración? Es esto preguntar si la incapacidad de la mujer casada es general, ó si sólo se refiere á ciertos actos determinados por la ley. Es de principio que la mujer es incapaz de ejecutar un acto jurídico sin autorización de su marido. Los motivos que han hecho establecer la incapacidad son generales; la sumisión que la mujer debe á su marido exige que ella obtenga su consentimiento para todo acto, y el interés de la familia exige igualmente que el marido tome conocimiento de todos los actos que la mujer se propone ejecutar. Este principio resulta, por otra parte, del conjunto de las disposiciones del código.

El artículo 207 dice: «La mujer, aun no llevando vida común ó separada de bienes.» así es que la incapacidad existe en todos los regímenes. Acabamos de decir que esta es una consecuencia del principio, en el cual se funda la incapacidad. El código, á este respecto, deroga el antiguo derecho. En la naciones de derecho escrito, la mujer casada bajo el régimen dotal tenía la libre disposición de sus bienes parafernales. Esta era una evidente inconsecuencia. El legislador moderno con más lógica, mantiene la incapacidad en todos los regímenes; salvo el minorar su rigor cuando la mujer tiene la administración de sus bienes en virtud del contrato de matrimonio; en este caso, puede ella ejecu-

tar los actos que conciernen á esta administración sin autorización marital, pero sigue siendo incapaz para todo acto extraño á la administración.

La incapacidad se aplica á toda especie de actos, sin distinguir si son á título gratuito ó á título oneroso. De manera que la mujer necesita la autorización marital, aun para aceptar una donación que se le hace. Así era ya en el antiguo derecho, en virtud de la ordenanza de 1731; era esta una de las raras disposiciones aplicables á las provincias de derecho escrito como á los países del derecho consuetudinario; lo que prueba que la incapacidad se fundaba en un motivo de orden público. Ciertamente es que, cuando la mujer adquiere á título gratuito, no contrae ninguna obligación, pero las buenas costumbres exigen que el marido intervenga para autorizar la aceptación.

El art. 217 no dice, como las costumbres, que la mujer no puede de ninguna manera contratar. Sin embargo, claro es que la mujer casada es incapaz para obligarse. Esto resulta de los textos mismos del código. El art. 220 establece que la mujer, si es comerciante pública, puede, sin la autorización de su marido, obligarse en lo que concierne á su negocio. Esta excepción supone que la incapacidad de obligarse, forma la regla. Los arts. 221, 222 y 224, exigen que la mujer obtenga la autorización de justicia para contratar, cuando el marido está en la imposibilidad legal de dar su consentimiento; *contratar*, es obligarse por convención; así, pues, la mujer no puede obligarse sin autorización de justicia, lo que de nuevo implica que su incapacidad es general. Por último, el artículo 1121 pone á las mujeres casadas entre los menores y los incapacitados. La ley agrega, en verdad, que la mujer es incapaz de contratar en los casos previstos por la ley; pero, según lo hemos hecho notar, estos términos no son restrictivos.

Los textos confirman, pues, el principio elemental que declara á las mujeres casadas incapaces de ejercitar acto jurídico ninguno. Pero la incapacidad recibe excepciones, y sin duda, por esta razón el legislador no ha querido formularla de una manera demasiado absoluta.

## II.—*Excepciones.*

98. La doctrina admite como principio que los incapaces pueden ejecutar los actos conservatorios, sin autorización ni asistencia ninguna. Este principio se desprende de la naturaleza misma de los actos conservatorios; tienden á conservar los derechos, y aprovechan necesariamente á los que los tienen, y por lo mismo no hay razón para prohibirlos á los incapaces. En cuanto á la mujer, hay, no obstante, un motivo para dudar. Su incapacidad estriba no en la edad, como para con el menor, ni en las facultades intelectuales, como en el incapacitado, sino en el poder marital; ahora bien, en teoría puede decirse que el poder marital no tolera excepciones; la mujer debe obediencia á su marido en las cosas pequeñas como en las grandes. Si este principio se siguiese con todo rigor, habría que exigir siempre la autorización marital, hasta para los actos conservatorios. Pero la ley misma deroga esto. Así es que permite á la mujer requerir la inscripción de su hipoteca legal (1). La aplicación del principio es lo que permite á los incapaces ejecutar los actos conservatorios. Hay que aplicar el mismo principio á la inscripción de la hipoteca convencional ó testamentaria. El código civil lo dice expresamente de la transcripción de las donaciones hechas á la mujer; la mujer puede proceder sin autorización (art. 940). Nuestra ley hipotecaria generaliza el principio de la transcripción (art. 10);

1 Ley hipotecaria del 16 de Diciembre de 1851, art. 64

es en todo caso un acto conservatorio, para el cual la mujer puede en todo tiempo requerirla. Interrumpir una prescripción, hacer una protesta, son actos conservatorios, en los que la mujer puede proceder sin autorización.

99. Hay, en segundo lugar, actos que la ley permite ejecutar á la mujer, dispensándola expresa ó tácitamente de la autorización marital. Tal es el testamento. En nuestro antiguo derecho, había costumbres que declaraban á la mujer incapaz de testar. Esto era exagerar el principio de la incapacidad: como el testamento no ha de tener efecto sino á la muerte de la mujer, no ha lugar á hacer intervenir en él la autoridad del marido, supuesto que, á la muerte ya no tiene poder marital. Por otra parte, es de la esencia del testamento que sea la libre expresión de la voluntad del testador, y ninguna voluntad extraña puede intervenir en él, sin viciarlo. El código Napoleón ha devuelto á la mujer un derecho de que malamente la habían despojado las leyes antiguas (art. 226).

Las donaciones hechas entre esposos durante el matrimonio participan de la naturaleza de los testamentos, en el sentido de que son siempre revocables. ¿Quiere esto decir que la mujer puede hacerlas sin autorización? No, porque la donación, aunque revocable, es un contrato por el cual la mujer enajena á título gratuito, y desde luego la mujer no puede donar (art. 217). Pero el código le permite que revoque la donación, sin estar autorizada por el marido ni por justicia (art. 1096). Esta excepción resulta de la naturaleza misma de estas donaciones; si la ley las declara revocables, es porque abriga el temor de que no sean la expresión de la voluntad libre del donante; desde entonces debía permitir á la mujer que manifestase su voluntad revocando sin autorización las liberalidades que sólo hizo en vista de una violencia moral.

La ley permite á la madre que acepte una donación hecha á su hijo menor de edad (art. 985); y por esto mismo, puede aceptarla sin autorización; si la ley hubiere pretendido exigir la autorización, inútil habria sido decir que el *el padre y la madre* pueden aceptar por el menor. Hay, sin embargo, esto de singular, y es que un incapás está llamado á cubrir la incapacidad de otro incapaz. La razón de esta anomalía aparente es que la incapacidad de la mujer casada no es absoluta; no se establece sino en razón del poder marital y de los intereses de la familia; ahora bien, cuando se trata de aceptar una donación en nombre del hijo menor, estos motivos no tienen ya valor.

El artículo 337 permite al esposo hacer durante el matrimonio el reconocimiento de un hijo natural que hubiese tenido antes de su matrimonio, de persona que no es su cónyuge. Se pregunta si la mujer puede hacerlo sin autorización. Generalmente se enseña la afirmativa. Insistiremos en este punto en el título de la Paternidad.

100. La mujer casada es incapaz, en el sentido de que no puede ejecutar ningún acto jurídico sin autorización. Siguese de aquí que no puede estar obligada por el hecho de haberlo ejecutado. Pero hay casos en que estamos obligados sin acto nuestro: la mujer, dice Pothier, es capaz de estas obligaciones, como cualquiera otra persona, sin ninguna autorización. El principio es cierto, pero la aplicación presenta algunas dificultades.

Según los términos del art. 1370, hay compromisos que resultan de la sola autoridad de la ley: tales son, dice el código, los de los tutores y otros administradores que no pueden rehusar la función que se les ha confiado. Se pregunta si la mujer queda valederamente comprometida cuando tiene á su cargo una tutela, sin que la haya aceptado con autorización del marido. Durantón dice que la

mujer, no está obligada, como tutora, sino cuando ha aceptado la tutela con autorización. Zachariæ critica esta decisión; pretende que las obligaciones que nacen de la tutela se desprenden de la ley misma, independientemente de toda aceptación. Esto es cierto en general, pero no tratándose de la mujer; la madre tutora puede rehusar la tutela, luego si no la rehusa es porque la acepta, y por lo tanto, las obligaciones que contrae proceden de un hecho voluntario. Hay, pues, lugar para aplicar la regla general y no la excepción (1), entendiéndose bien si la viuda vuelve á casarse. ¿Pasaría lo mismo si una ascendiente fuese nombrada tutora? La cuestión presenta otras dificultades. Insistiremos en ellas en el título de la *tutela*.

Por aplicación del mismo principio, la mujer está obligada por sus delitos y por sus cuasi delitos. Esto no tiene duda. La ley lo expresa así respecto del menor (art. 1310); con mayor razón debe ser lo mismo respecto de la mujer.

101. Pothier aplica también la excepción á los cuasi contratos, en el sentido de que los compromisos que de ellos se derivan, sin concurso de consentimiento, existen respecto á la mujer, aunque no esté autorizada. Tal es la gestión de negocios. Si es negocio de la mujer el que se gestiona, ella quedará obligada, como cualquiera otra persona, por el hecho del gerente. ¿Puede ella también gestionar negocio ajeno sin autorización? No, porque aquí se trata de un hecho personal á la mujer, y ella no puede quedar obligada de hecho sin estar autorizada (2). Ninguna duda hay en cuanto á las obligaciones que ella contrae respecto á tercero como gerente; evidentemente que serían nulas. ¿Pero al menos la mujer no estaría obligada res-

1 Duranton, t. II, p. 449, núm. 500. Zachariæ, t. III, p. 327, nota 18, pfo. 472.

2 Pothier, *Tratado del poder del marido*, núm. 50.

pecto al actor por el perjuicio que ella le causa por su mala gestión? Aquí hay una duda. Cierto es que la mujer no puede verse obligada como gerente, porque no puede ser gerente sin autorización. ¿Pero no podría obligársele en virtud de un cuasi delito? La dificultad consiste en saber si puede aplicársele el art. 1382, en cuyos términos todo hecho cualquiera del hombre que causa daño á otro, obliga á aquel por cuya culpa ha tenido lugar á repararlo (1). Há y un motivo para dudar; el hecho de gestionar asuntos de otro está previsto por el art. 1372, en el capítulo de los cuasi contratos; ahora bien, ¿un solo y mismo hecho puede ser á la vez un cuasi contrato y un cuasi delito? ¿Desde ese momento, no es preciso decir que hay lugar á aplicar los principios que rigen los cuasi contratos, y no los que rigen los cuasi delitos? No, porque en realidad no hay gestión de negocios, supuesto que la mujer no puede ser gerente. Queda, pues, en pie un hecho voluntario de la mujer que causa un daño, es decir, un cuasi delito.

La mujer recibe un pago indebido. ¿Está obligada á restituir lo que le ha sido pagado? Pothier establece como regla que la mujer debe cumplir las obligaciones que produce la sola equidad; cita como ejemplo el caso de un préstamo hecho á la mujer; ésta debe restituir lo que ha recibido en tanto que con elio se ha enriquecido, no en virtud del préstamo, sino en virtud de la máxima de equidad que prohíbe enriquecerse á expensas de otro (2). Hay que aplicar el mismo principio al pago indebido; la mujer á quien se ha hecho quedará obligada en tanto que se ha enriquecido. Se pregunta si estaría obligada á restituir todo lo que ha recibido en el caso de que, estando separada de bienes, es

1 Demolombe, t. IV, p. 217, núm. 181. Mourlon, *Repeticiones*, t. 1º, p. 393, nota.

2 Pothier, *Tratado del poder del marido*, núm. 51.

capáz de recibir un pago (1). La cuestión está mal planteada. Es de principio que el que recibe un pago indebido, aun cuando sea capáz, no está obligado sino en tanto que se ha enriquecido, si él es de buena fé. Así, pues, cuando la mujer separada de bienes recibe de buena fé lo que no le es debido, ella no debe restituir sino aquello con lo que se ha enriquecido. ¿Pero qué se resolverá si ella es de mala fé? Debe aplicársele el principio de derecho común, según el cual el que recibe de mala fé lo que no le es debido, está obligado á reparar todo el perjuicio que causa? En este caso hay dolo, y en consecuencia delito civil más bien que cuasi contrato. Ahora bien, la mujer está obligada por sus delitos y por sus cuasi delitos.

## NUM. 2. DE LOS ACTOS JUDICIALES.

### I. REGLA GENERAL.

102. El art. 215 previene que la mujer no puede comparecer en juicio sin la autorización del marido; lo que quiere decir que ella no puede litigar ni como actora, ni como demandada, si para ello no está autorizada. Esta incapacidad es más absoluta que la de que acabamos de hablar. La mujer separada de bienes puede ejercitar los actos relativos á su administración sin autorización marital; pero si con motivo de estos actos se suscita un litigio, no puede ella comparecer en juicio. ¿Por qué si es capáz de administrar, no ha de serlo para sostener las causas judiciales referentes á su administración? Al permitir á la mujer que administre sus bienes, el legislador debería, por lo mismo, permitirle que ejecutase los actos de administración sin autorización marital, porque estos actos son de to-

1 Demolombe, *Curso del código de Napoleón*, t. IV, p. 218, número 182.

dos los días y de todos los momentos. No se palpa la misma necesidad respecto á las causas judiciales que afortunadamente son cosa rara en la vida. Además, los litigios son actos peligrosos que pueden comprometer la fortuna de la mujer á causa de los gastos que ocasionan, mientras que los actos de administración siempre le son más ó menos provechosos. Por esto es que la prohibición de litigar es absoluta (1).

El art. 215 agrega: «aun cuando sea comerciante público.» Cuando la mujer es comerciante pública, puede obligarse y hasta hipotecar y enagenar sus muebles para las necesidades de su comercio. Su capacidad es, pues, mayor que la de la mujer separada de bienes. No obstante, la ley la declara incapaz de comparecer en juicio en las causas judiciales referentes á su comercio. Las razones son las mismas que acabamos de exponer para la mujer separada de bienes. La incapacidad es idéntica y tan absoluta en uno como en otro caso. Sorprende, pues, que una corte haya resuelto lo contrario. Se ha juzgado que la mujer autorizada por su marido para hacer toda clase de operaciones de comercio, y con relación á estas operaciones, todos los actos permitidos por la ley á la mujer comerciante, puede, en virtud de esta autorización, proseguir una instancia mercantil (2). Esto es violar la ley en su letra y en su espíritu. Cuando la ley exige que la mujer comerciante esté autorizada para comparecer en juicio, quiere una autorización especial para cada instancia mercantil, y desde luego toda autorización general, y que ni siquiera hable de causas judiciales, es ineficáz.

La expresión *comparecer en juicio* es general; se aplica

1 Sentencia de casación, 13 de Noviembre de 1844 (Dallos, *Colección periódica*, 1845, 1, 33).

2 Sentencia de la corte de Aix, 9 de Enero de 1866 (Dallos, *Colección periódica*, 1867, 5, 35).

al caso en que la mujer es la demandada. En efecto, la razón es la misma; puede interesarle no defenderse. Aun se admite que la mujer necesita estar autorizada para presentarse á la oficina de conciliación (1). Que la mujer deba estar autorizada, esto no tiene duda; ¿pero debe estarlo en virtud de la disposición que le prohíbe comparecer en juicio? Nó, porque el preliminar de la conciliación no es una instancia judicial: es, como la palabra lo indica, una tentativa para conciliar á los que van á entrar en un litigio; así, pues, no hay todavía litigio, y no puede decirse que la mujer comparece en juicio cuando comparece ante el juez de paz. Pero por lo mismo que los preliminares de la conciliación pueden llevar á una transacción, la mujer debe estar autorizada; de lo contrario, su comparecencia ante el juez de paz no tendría objeto.

103. ¿Cuándo debe otorgarse á la mujer la autorización para comparecer en juicio? Es de jurisprudencia que no debe darse antes que la instancia comience y que basta que la mujer la obtenga antes del juicio definitivo. Así es que se ha juzgado que la autorización puede darla el marido á su mujer separada de bienes, por la primera vez en la audiencia, y que, en este caso, hace válido todo el procedimiento anterior (2). La corte de casación ha ido mas lejos; ha resuelto que la autorización á efecto de apelar de un juicio, cubre la nulidad del defecto de autorización para proceder ante el primer juez (3). Por aplicación de este principio, se ha juzgado que la apelación interpuesta por una mujer no es nula, aun cuando la haya hecho sin autorización de

1 De los autores citados por Dalloz, en la palabra *matrimonio* número 780.

2 Sentencia de Pothiers, 14 de Marzo de 1828 y de Besaçon, 1.º de Octubre de 1810 (Dalloz, en la palabra *matrimonio*, núm. 859, 4.º y 5.º).

3 Sentencia, 5 de Diciembre de 1809 (Dalloz, en la palabra *Culto*, núm. 625).

su marido, y que hasta que esta autorización se le haya dado posteriormente (1). Según el rigor de los principios es nula la instancia abierta por la mujer no autorizada, lo mismo que el acto extrajudicial ejercitado por ella. En el momento en que un incapaz obra es cuando se le debe autorizar so pena de nulidad de todo lo que hace. Pero la nulidad puede quedar cubierta, como lo expresa la corte de casación; la autorización que se dé después de la introducción de la instancia confirma lo que se ha hecho irregularmente. ¿Podría darse la confirmación después de que la instancia ha quedado terminada por un juicio definitivo? Más adelante examinaremos esta cuestión.

### II.—*Excepciones.*

#### EN MATERIA CIVIL.

104. La corte de casación asienta como principio, en esta materia, que no pueden admitirse más excepciones que las que están formalmente establecidas por la ley (2). Tratábase de saber si la mujer que pide la nulidad de su matrimonio, por vicio de consentimiento, debe estar autorizada por su marido. Nosotros hemos enseñado la afirmativa, (3) y, á nuestro juicio, no ofrece duda alguna. La ley no establece excepciones, y por lo tanto el caso entra en la regla general que exige la autorización. Es la aplicación del principio elemental que rige las excepciones (4). Muy diversa sería la cuestión, así como su resolución, si la mujer pretendiese que jamás hubo matrimonio. Entonces no

1 Véase la jurisprudencia en Dalloz, en la palabra *matrimonio*, números 860 y 861.

2 Sentencia, 21 de Enero de 1845 (Dalloz, 1845, I, 97).

3 Véase el tomo II de mis *Principios*, núm. 436.

4 Véase el tomo I de mis *Principios*, núm. 277.

obra como mujer casada, y, por lo mismo, no necesita autorización. La corte de casación ha resuelto muy bien que la mujer que se inscribe en falso contra el acto de celebración de su matrimonio, no debe estar autorizada por su marido (1). Esto no es una excepción de la regla, sino la regla misma que no recibe aplicación.

105. Hay lugar para aplicar la regla cuando la mujer litiga contra su marido. Si es como actora, es evidente que debe ser autorizada; más adelante veremos si por el marido ó por los tribunales. Si es como demandada, se admite que no le es necesaria la autorización. Formulada de este modo, la decisión es inadmisibile. Desde el momento en que la mujer litiga, debe estar autorizada; la letra y el espíritu de la ley lo exigen. ¿Qué importa que el marido sea el actor? Hay siempre que examinar si la mujer está interesada en defenderse. Necesita, pues, una autorización. Lógicamente la ley habría debido exigir la intervención de la justicia, supuesto que el marido es parte en la causa. Ya veremos que no es este el sistema del código. El marido es llamado para autorizar. ¿Pero precisa una autorización expresa, ó el hecho de que el marido intente una acción contra su mujer puede considerarse como una autorización tácita? Es de principio que la autorización puede ser tácita, cuando se trata de acciones judiciales, tanto como cuando se trata de actos extrajudiciales. La autorización es tácita cuando el marido asienta un hecho que implica necesariamente la voluntad de autorizar. Tal es, sin duda alguna, el hecho de intentar una acción contra su mujer. ¿Que es lo que quiere el marido que demanda? Quiere obtener un juicio; ahora bien, para esto, es fuerza que la mujer pueda

1 Sentencia de 31 de Agosto de 1824 (Dalloz, 1824, 1, 336), Véanse mis principios, t. II, núm. 446.

defenderse. Intentar acción contra la mujer, equivale, pues, á autorizarla para litigar (1).

106. La jurisprudencia admite que no ha lugar a autorizar á la mujer, cuando contra ésta se ha dirigido una acción de expropiación. Desde luego, dice la corte de Agen, (2) la acción va más particularmente dirigida contra la cosa que contra la persona. Este primer argumento prueba demasiado, ¿no pasa lo mismo en todas las acciones reales? El aseguramiento, se dice, no es una instancia judicial. Ciertamente que tiene sus caracteres particulares; pero esto no impide que venga á terminar en un juicio. Así es que se admite que la adjudicación, aun preparatoria, no puede pronunciarse contra la mujer sin autorización (3). Esto nos parece que decide la cuestión respecto á los actos de procedimiento que preceden á la adjudicación. El principio que domina en esta materia, es, en efecto, que la mujer no pueda figurar en un acto jurídico sin estar autorizada. Poco importa, pues, que el procedimiento de expropiación sea judicial ó extrajudicial.

M. Demolombe dice que la cuestión la decide el texto del código (4). En efecto, el art. 2208 supone que la mujer debe estar autorizada. Pero no lo previene así sino para el caso en que la mujer es deudora. La mujer puede ser traída á juicio por detener un inmueble hipotecado por la deuda de un tercero. En este caso, puede decirse con la corte de Agen, que no es la mujer la perseguida, sino el inmueble. Sin embargo, hay entonces una razón de más, para exigir la autorización. El tercero detentador tiene derechos, puede desistir, puede pagar; ahora bien, desde el

1 Esta es la opinión unánime, (Daloz, *Repertorio*, en la palabra *matrimonio*, núm. 776.)

2 Sent., 4 de Enero 1841 (Daloz, 1845, 4, 41.)

3 Véanse las sentencias citadas por *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, núm. 776.

4 Demolombe, *curso de código Napoleon* t. IV, p. 153, núm. 134.

momento en que se trata del ejercicio de un derecho, el marido debe intervenir para garantizar los intereses de la mujer y los de la familia.

107. Hay casos en que la mujer no necesita autorización, ó por mejor decir, en que la autorización del marido la reemplaza la intervención de la justicia. La mujer puede, sin previa autorización, intentar la acción en divorcio por causa determinada. Según los términos de los artículos 240 y 241, la mujer debe pedir al tribunal permiso para citar á su marido. Este permiso equivale á una autorización. Concíbese que á causa de la naturaleza de la acción, la mujer no esté obligada á dirigirse á su marido, á quien debe suponerse culpable, y el cual, autorizando á su mujer, confesaría hasta cierto punto, sus faltas y sus crímenes. Por el mismo motivo, la mujer puede formular una demanda de separación de cuerpo sin la autorización del marido. En este caso, llámase al presidente del tribunal para que la autorice (código de procedimientos art. 875, 878). Por análogas razones, la mujer que pide la separación de bienes, debe estar autorizada no por el marido, sino por el presidente del tribunal (código de procedimientos, art. 865).

108. ¿Debe aceptarse la misma excepción cuando la mujer pide el interdicto de su marido? La corte de Tolosa ha resuelto que la mujer no necesitaba de autorización, fundándose en el artículo 490 que da á cada esposo el derecho de provocar el interdicto de su cónyuge. Lejos está esta decisión de ser decisiva. Decir que la mujer tiene calidad para ejercitar una acción, no es autorizarla para que la ejercite sin autorización. La corte de Tolosa así lo ha sentido. Sustituye la autorización de marido por la de la justicia; y esto no porque la mujer esté obligada á pedir al tribunal una autorización formal; el tribunal interviene para nombrar el consejo de familia y para la notificación que debe hacerse al demandado en juicio de

interdicto. Esto equivale á una autorización, dice la corte, para lo que invoca la analogía que existe entre la acción de interdicto y las acciones de divorcio, de separación de cuerpo y de separación de bienes (1) ¿Pero es cierto que exista tal analogía? Las tres últimas acciones son más ó menos injuriosas, y hasta infamantes, mientras que el interdicto se pide por interés mismo del marido; pero no debe intentarse con ligereza. Bueno es que haya acuerdo entre los cónyuges, si ello es posible; y en el caso de que el marido lo rehuse, es inútil que la justicia intervenga antes de proceder á las formalidades necesarias.

*En materia criminal.*

109. El art. 216 establece: «No es necesaria la autorización del marido cuando la mujer es perseguida en materia criminal ó de policía.» Se ve que la excepción se hace en el caso de que la mujer sea acriminada; si ella es la que ejecuta la persecución, el caso entra en la sola regla general; la mujer necesita autorización, porque ninguna razón hay para dispensársela (2). ¿Por qué no ha de ser autorizada cuando se la persigue? La mujer debe tener la autorización de su marido, en materia civil, aun cuando sea la parte demandada. ¿Qué razón de diferencia hay entre las causas civiles y las criminales? A veces se aduce una razón débil, diciendo que la defensa es de derecho natural, cuando la mujer es perseguida en materia criminal. ¿Y acaso en derecho civil la defensa no es un derecho natural? La verdadera razón es esta. Puede interesarle a la mujer demandada en materia civil el no defenderse para evitar gastos inútiles; importa, pues, que el marido intervenga. En

1 Sentencia. 10 de Febrero de 1823 (*Dalloz, Repertorio* núm. 778 2°)

2 Véase la jurisprudencia en *Dalloz, Repertorio*, núm. 794.

materia criminal, la causa sigue su secuela, defiéndose ó nó la mujer; de donde resulta que ella está siempre interesada en defenderse, por lo que es inútil la intervención del marido.

110. ¿Qué debe resolverse respecto de la acción civil que emana del delito? Si se intenta ante los tribunales civiles, es una acción de daños y perjuicios, y, por lo mismo, una acción puramente civil. Así, pues, no estamos en el caso de la excepción establecida por el art. 216: la mujer no está perseguida en materia criminal, y puede interesarse no defendiéndose. Volvemos a entrar en la regla general del art. 215: la mujer no puede comparecer en juicio sin estar autorizada por su marido. Si la acción civil se promueve en los tribunales criminales, hay que hacer distinciones. Hay una hipótesis en la cual todos están de acuerdo. El ministerio público es el que promueve, y la parte lesionada se constituye parte civil: la mujer no necesita autorización, porque se la persigue en materia criminal. Cierto es que hay dos acciones distintas, normadas por diferentes principios, pero estas diferencias no tienen ninguna influencia en la solución de nuestro caso. La acción civil es aquí el accesorio de la acción pública; la mujer, al defenderse contra la acción pública, se defiende contra la acción civil; y, como puede defenderse sin autorización contra la acción del ministerio público, puede también defenderse contra la parte civil, sin autorización. Es más difícil la cuestión cuando la parte lesionada intenta directamente su acción ante el tribunal correccional ó de policía. Aunque intentada ante un tribunal penal, la acción no es criminal, supuesto que tiende á una sentencia en daños y perjuicios. Así, pues, es una acción civil, y en consecuencia, estamos dentro de la regla que exige la autorización cuando la mujer es la parte demandada en el orden

civil. Tal es la opinión de Zacarias, seguida por Marcadé (1). Objétase que la acción no es puramente civil, supuesto que el ministerio público puede de un momento á otro tomar conclusiones contra la mujer, si la parte civil prueba la existencia de un delito ó de una contravención (2). No nos parece concluyente la objeción: Para que haya lugar á la excepción del art. 216, se necesita que la mujer esté perseguida en materia criminal, es decir, como culpable de un delito ó de una contravención. Pues bien; no puede decirse que la mujer esté perseguida en materia criminal cuando la acción tiene por objeto único reclamar daños y perjuicios. Poco importa lo que pueda llegar á suceder; la naturaleza de la acción se determina no por lo que el ministerio pueda hacer, sino por lo que la parte vulnerada demanda. En cuanto al espíritu de la ley, es igualmente contrario á la opinión que combatimos. ¿Por qué el artículo 216 dispensa á la mujer de la autorización en materia criminal? Porque perseguida criminalmente tiene siempre interés en defenderse. ¿Y puede decirse que la mujer está siempre interesada en defenderse cuando es requerida ante un tribunal criminal por la parte vulnerada? Ciertamente que no; puede interesarle indemnizar desde luego al quejoso, para impedir que el ministerio público concluya contra ella, en el caso de que se estableciese un hecho criminal. Esto quiere decir que estamos dentro de la regla que prohíbe á la mujer comparecer en juicio sin autorización.

### § III. De la autorización marital.

#### NUM. 1.—PRINCIPIOS GENERALES.

111. ¿Qué se entiende por autorización? ¿Es una de esas

1 Zacarias, t. III, pfe. 472, p 825 y nota 13. Marcadé t. I, p. 549, núm. 1, sobre el art. 216.)

2 Demolombe, *curso de código Napoleón*, t. IV, p. 157 núm. 143.

formalidades que llamamos instrumentales y que la ley prescribe para garantizar la libre expresión de la voluntad del que ejercita una acción? ¿O es un simple consentimiento, una aprobación que el marido da al acto que la mujer quiere ejecutar? Esta cuestión se origina de la comparación entre el derecho de las costumbres y el código actual. En el antiguo derecho, la mayor parte de las costumbres distinguían entre la autorización que se daba por las instancias judiciales y la que intervenía en los actos extrajudiciales; la primera era un simple consentimiento, mientras que la otra era una forma solemne, de donde se deducía que había que servirse del término *autorizar*, término sacramental, sin lo cual no había autorización (1). Pothiers no da ninguna razón para esta diferencia. El código la ha rechazado; se sirve indiferentemente de las palabras *autorización* y *consentimiento*, para los actos extrajudiciales como para los juicios, (2) y admite formalmente la autorización tácita (art. 215), lo que excluye toda forma solemne. La teoría del código está en armonía con la esencia de la autorización. Si el marido interviene es para aprobar lo que la mujer hace y no para asegurar la libertad de su voluntad; así, pues, se le llama para dar una aprobación ó un *consentimiento* (3).

112. No hay que confundir la *autorización* con el *mandato*. La mujer debe ser autorizada por su marido cuando obre en su propio nombre, cuando litigue ó cuando sea contrayente; ella es la que se obliga, el marido que la autoriza no se obliga, no hace más que aprobar la obli-

1 Pothiers, *Tratado del poder marital*, núm. 63 y 75. Merlin, *Repertorio*, en la palabra *autorización marital*, sec. VI, pfo. 2.

2 Véanse los arts. 215, 226, 776, 934, 2426, 1449, 1535, y código de comercio, arts. 4 y 5.

3 Zachariæ, traducción de Massé y Vergé, t. I, p. 230, nota 3.

gación contraída por la mujer. Cuando el marido da mandato á su mujer, trátase de los propios derechos de aquél, de sus intereses; es él quien litiga, qu en habla en el contrato, y quien se obliga; la mujer mandataria no se obliga mas que otro mandatario cualquiera. Cuando el marido otorga un mandato á su mujer, no necesita autorizarla, ó, por mejor decir, no hay lugar á autorización; aun cuando el marido se hubiese servido de esta palabra, habría mandato. Grande es la diferencia entre el mandato y la autorización. Según los términos del artículo 223, la autorización no puede ser general, debe ser especial, bajo pena de nulidad, mientras que el mandato puede ser general (artículo 1987). Cuando la autorización es expresa, el código quiere que se otorgue por escrito (art. 215; el mandato no debe darse por escrito.

Importa, pues, mucho distinguir cuando hay autorización y cuando mandato. No son los términos los que deciden la cuestión; posible es que el marido se haya servido de la palabra *autorización*, siendo así que otorga á su mujer un verdadero mandato. La cuestión de saber si se trata de los derechos de la mujer ó de los derechos del marido, depende de las convenciones matrimoniales. Supongamos que los esposos se hayan casado bajo el régimen de la comunidad legal. No es necesario decir que, si el marido otorga poder á la mujer para que intente acciones judiciales respecto á sus bienes propios ó respecto á los bienes de la comunidad, hay mandato y no autorización. Siguese de aquí, que si el poder se refiere á la administración de los bienes de la mujer, hay todavía mandato, porque en el régimen de la comunidad, el marido administra los bienes de la mujer; se trata, pues, de un derecho del marido, y la mujer no puede ejercitarlo sino en virtud de un mandato. Si, al contrario, el poder es concerniente á la propie-

dad de los bienes de la mujer, este pretendido poder no se en realidad más que una autorización, porque se trata de un derecho de la mujer. Resulta de ésto que para la administración de los bienes de la mujer, no hay nunca lugar á autorización. Si esta administración pertenece al marido, la mujer no tiene ya ningún derecho, así es que no puede obrar sino en virtud de un mandato. Si el contrato del matrimonio da á la mujer la administración de sus bienes, puede ejecutar todos los actos de administración sin autorización marital; ó, como lo expresa el art. 223, la cláusula del contrato de matrimonio se considera como una autorización general.

*Núm. 2.—Especialidad de la autorización.*

113. La autorización debe ser especial. El art. 223 prohíbe toda autorización general. ¿Qué debe entenderse por autorización especial? La cuestión es incontrovertible. Nos parece que el texto y el espíritu de la ley la deciden con claridad. El art. 215 dice que la mujer no puede comparecer en juicio sin la autorización de su marido, lo que implica que la mujer debe ser autorizada para cada causa en que sea demandante ó demandada. Cuando se trata de un acto extrajudicial, el art. 216 quiere el concurso del marido en el acto; esta expresión nos revela la mente del legislador; se necesita que en cada acto que la mujer ejercite, el marido intervenga para aprobarlo. La ley agrega: «ó su consentimiento por escrito.» Deben entenderse estas palabras en el mismo sentido; la autorización expresa no puede regirse por otros principios que por la autorización tácita. El espíritu de la ley no deja duda alguna sobre esta interpretación. ¿Por qué se llama al marido para que autorice á la mujer? Para resguardar los intereses de la mujer

y los de la familia; ahora bien, la autorización no puede llenar este objeto si no es que el marido tome conocimiento de cada acto antes de autorizarlo. La ley exige además la autorización, porque la mujer debe respeto y obediencia al marido, lo que igualmente implica que la mujer consulte á su marido en todo acto jurídico que se halle en el caso de otorgar. ¿Y sería mantener su autoridad, si el marido dióse de antemano á la mujer la autorización para hacer todo lo que le viniese á las mientes? Esto sería no ejercer el poder marital, sino abdicarlo. Ahora bien, el poder marital es de orden público, y por la mismo no es permitido derogarlo (art. 6). La ley ni siquiera permite á los futuros esposos derogarlo por sus convenciones matrimoniales, por más que el contrato de matrimonio sea el más favorable de todos los contratos (arts. 223, 1388).

Los autores del código no han hecho más que reproducir los principios consagrados por nuestras antiguas costumbres forenses. Importa recordarlos puesto que hay controversia. Pothier nos hace saber que se había declarado en varios actos de notoriedad, emanados del Chatelet de París, que la autorización debe ser especial, es decir, puesta en el acto mismo ó por medio de una procuración hecha especialmente para el acto en cuestión (1). Esta era también la opinión unánime de los autores. Pothier enseña que la autorización del marido debe ser especial para *tal y tal acto* (2). «Estimo, dice Lebrun, que las autorizaciones deben ser especiales en *cada negocio y en cada contrato* (3).

Tal es también la opinión generalmente seguida bajo el imperio del código. Hay, sin embargo, disentimientos y cierta vacilación en la jurisprudencia. Durantón y Zacariæ

1 Pothier, *Tratado del poder del marido*, núm. 67.

2 Pothier, Introducción al título X de la costumbre de Orleans.

3 Lebrun, *De la comunidad*, lib. II, cap. I, sec. IV, núm. 8.

entienden la palabra *especial* en el sentido de *determinado*; decir que la autorización es especial cuando los bienes á los cuales se refiere están determinados: por ejemplo, la autorización para enagenar los inmuebles situados en tal departamento. Lo que la ley prohíbe, según estos autores, es la autorización dada en términos generales de enagenar, de hipotecar, de litigar (1). Se ha resuelto en este sentido que la autorización dada á una mujer «para pedir prestadas las sumas que le son ó que pueden serle necesarias para pagar lo que puede deber, y para hacer reparaciones en una de sus propiedades, ó para hacer el uso que juzgare conveniente,» es especial; la sentencia ha conservado, en consecuencia, las hipotecas que la mujer había consentido para la garantía de los préstamos por ella contraídos (2).

Esta doctrina no ha prevalecido en la jurisprudencia, y con razón; ella se aparta de la tradición, es contraria al texto y al espíritu de la ley, tales como los acabamos de comprobar. La corte de casación ha juzgado que era preciso un consentimiento especial del marido para cada venta, cada préstamo, cada constitución de hipoteca. Invoca el art. 1538, que declara nula la autorización general de enagenar los inmuebles de la mujer; este texto, dice la corte, se extiende, por identidad de razón, á los préstamos y á las hipotecas (3). El art. 1538 no nos parece decisivo: no dice lo que debe entenderse por autorización *general*; hay, pues, que recurrir, como lo hemos hecho, al antiguo derecho y al espíritu de la ley (4).

1 Duranton, t. II, p. 417, núm. 449. Zacarías, t. III, pfo. 333, nota 42.

2 Sentencia de la corte de casación de 3 de Enero de 1822 (Daloz, *Repertorio*, en la palabra *matrimonio*, núm. 852 1.º)

3 Sentencia de 18 de Marzo de 1810 (Daloz en la palabra *Matrimonio* núm. 853, 1.º)

4 Esta es la opinión de la mayor parte de los autores. Véase Domolombe, t. IV, p. 241, núm. 207.

114. Por aplicación de estos principios, la corte de casación ha decidido que la autorización dada por contrato de matrimonio para enagenar un inmueble indicado nominalmente era nula; era preciso, dice ella, que el marido interviniese en el acto de la enagenación. En el caso de que se trataba, la venta se había hecho treinta años después del contrato de matrimonio, por un precio que se pretendía era inferior al valor real, y sin que se supiese en lo que había parado este precio. El consejero dictaminador hizo notar, con mucha razón, que semejante autorización no correspondía del todo al objeto de la ley. Un consentimiento vago, dado con treinta años de anticipación, para el objeto de una enajenación eventual, sin que el marido conociese ni pudiese conocer al adquirente, ni las condiciones de la venta, ni el precio, ni el empleo del precio ¿es esto lo que el legislador ha querido al exigir una autorización especial? La facultad discrecional, irrevocable, de enagenar un inmueble, aun cuando esté determinada, sería compatible con la obediencia que la mujer debe al marido y con la protección que éste debe á aquella (1).

Ante la corte de casación de Berlín se ha presentado una cuestión cuya solución pone el principio en toda su luz. Un marido autorizó á su mujer para que caucionase todas las deudas que pudiese contraer con motivo de las operaciones que hiciese con un tercero. La corte de Colonia hizo válida esta autorización, porque había sido otorgada para un acto especial, la caución, y porque se refería á personas designadas y á un género determinado de negocios. Su sentencia sufrió casación por la corte de Berlín (2), porque la cau-

1 Sent., 14 de Diciembre 1810 (Daloz, en la palabra *matrimonio*, núm. 853, 2°)

2 Sentencia de 9 de Noviembre de 1816 (Daloz, 1817, 2, 146). Resuelto en el mismo sentido por la corte de Bruselas (sentencia 9 de Marzo de 1868, en la *Pasicrisia*, 1868, 2, 406.)

ción para la que se había dado la autorización era general; en efecto, comprendía no sólo una obligación determinada, sino el conjunto de todas las obligaciones que pudieran resultar de las relaciones de negocios entre el marido y un tercero. Para ser especial, la autorización había debido otorgarse para cada obligación contraída por el marido; la mujer habría sabido entonces á qué quedaba obligada, mientras que en el caso en cuestión, no podía saberlo. Nada es tan peligroso como una caución contraída de este modo. Esto equivale á decir que la mujer no había disfrutado de la protección que la ley quiere asegurarle. La autorización era, pues, nula: esto es lo que muy bien ha resuelto la corte de Metz en un negocio análogo (1). Como otra corte lo expresa, «la autorización del marido se exige no sólo como un homenaje al poder marital, sino también como un acto de tutela y de protección; preciso es, pues, para que se cumpla el objeto de la ley, que la autorización se otorgue con pleno conocimiento de causa, es decir con la mira de un acto determinado por la conveniencia y acerca de cuya oportunidad el marido puede ilustrar á su mujer.» (2)

145. La regla de que la autorización debe ser especial recibe algunas excepciones. Según los términos del artículo 223, «toda autorización general, aun estipulada por contrato de matrimonio, no es válida sino en cuanto á la administración de los bienes de la mujer.» La mujer puede estipular por su contrato de matrimonio que tenga la libre administración de sus bienes. Esto es lo que se llama el régimen de separación de bienes. La mujer separada de bienes puede ejecutar los actos de administración sin estar autorizada por su marido, ó por mejor decir, sin especial

1 Sentencia de 7 de Junio de 1849 (Dalloz, 1851, 2, 156).

2 Sentencia de la corte de casación, de 27 de Enero de 1851 (Dalloz, 1852, 2, 27).

autorización; la cláusula del contrato de matrimonio vale lo que una autorización general (1). ¿Por qué el legislador en este caso, proscribió el rigor de los principios? Lo hace por favorecer el matrimonio. Permite á los consortes que convengan en que la mujer administre sus bienes; y, desde el momento en que la mujer administre, debe tener derecho á verificar los actos de administración sin una autorización especial, porque la necesidad de semejante autorización para cada acto que fuese á verificarse, estorbaria á cada instante su gestión.

Pothier enseña que la autorización general de administración puede también darse á la mujer fuera del contrato de matrimonio (2). Parece que el art. 223 reproduce esta doctrina: «Toda autorización general, aun estipulada por contrato de matrimonio, etc.» De donde pudiera deducirse que el marido puede dar á la mujer una autorización general para administrar durante el matrimonio. Pothier confunde el mandato con la autorización. Cuando el contrato de matrimonio no estipula que la mujer tenga la libre administración de sus bienes, los consortes están casados bajo el régimen de la comunidad, bajo el exclusivo régimen de comunidad ó bajo el regimen dotal. Ahora bien, en todos estos regimenes, el marido tiene la administración de los bienes de la mujer, es un derecho que le pertenece. Puede delegar su ejercicio á la mujer, pero si lo hace es por vía de mandato y no por vía de autorización. El mismo Pothier lo reconoce implícitamente; habla, en efecto, de una procuración que el marido da á su mujer, y una procuración es un mandato; hay muchas diferencias, como antes lo hemos dicho, entre el mandato y la autorización. Pothier

1 Arts. 1536, 1119, 1576. Véase el título *Contrato de matrimonio*.

2 Pothier, *Traité de del poder del marido*, núm. 67.

no las distingue suficientemente, y esta inexactitud ha pasado al art. 225.

116. La regla de que la mujer no puede ejecutar acto alguno jurídico sin la autorización especial de su marido, recibe una segunda excepción. Según el art. 220, «la mujer, si es comerciante pública, puede sin la autorización de su marido, obligarse en lo concerniente á su negocio.» La ley se expresa mal al decir que la mujer comerciante puede obligarse sin autorización marital; en efecto, en los términos del art. 4 del código de comercio, la mujer no puede ser comerciante pública sin el consentimiento de su marido; necesita, pues, una autorización, pero basta una autorización general. Así es que el art. 220 consagra una excepción al principio de la autorización especial. Pothier nos ha dicho la razón de esto, la utilidad, la necesidad del comercio; si la mujer necesitase de una autorización especial debería tener siempre á su lado al marido, porque los actos del comercio son de todos los instantes y no permiten demora alguna (1).

¿Cuándo es la mujer comerciante pública? El art. 220 establece: «No se le reputa comerciante pública, cuando no hace más que vender al menudeo las mercancías del comercio de su marido, sino únicamente cuando hace un comercio separado.» Cuando la mujer expende en la tienda de su marido ¿hace oficios de factor ó de dependiente? ¿En este caso necesita una autorización? No, porque no obra en su nombre ni en el ejercicio de sus derechos, obra en nombre y en interés del marido. Esto quiere decir que es mandataria, así es que el marido debe otorgarle un mandato y no una autorización. Mucha es la diferencia entre la mujer comerciante y la mujer mandataria: la primera está perso-

1 Pothier, *Treatado del poder del marido*, núms. 20 y 21.

nalmente obligada, mientras que la otra no lo está (artículo 1420); el marido sólo es el que contrae por medio de la mujer mandataria. Cuando la mujer es comerciante pública, el marido no está, en principio, obligado por la autorización general que le ha otorgado, porque el que autoriza no se obliga. Se exceptúa el caso en que los consortes estén casados bajo el régimen de la comunidad; en este caso, dice el art. 220, la mujer obliga también a su marido. Esto es la aplicación de los principios que rigen la comunidad; toda deuda contraída por la mujer con autorización del marido se vuelve deuda de comunidad, y toda deuda de comunidad es una deuda del marido (art. 1419). Así, pues, cuando hay comunidad, el marido está obligado por la autorización tanto como por el mandato que otorga a la mujer, siempre con la diferencia de que la mujer mandataria no está obligada personalmente.

¿Cuándo es la mujer comerciante? Debe aplicarse el artículo 1.º del código de comercio: «Son comerciantes los que ejecutan actos de comercio y de ellos hacen su profesión habitual.» Nos referimos al derecho mercantil para las dificultades que se presenten en la aplicación del principio. Lo mismo es para los actos que la mujer verifique como comerciante pública. El art. 220 dice que puede obligarse en lo que concierne a su negocio; el art. 7 del código de comercio ha explicado y extendido esta disposición; establece que las mujeres comerciantes públicas pueden empeñar, hipotecar y enagenar sus inmuebles. No necesita decirse que estos términos aunque generales, deben entenderse en el sentido de que la mujer comerciante no puede disponer de sus inmuebles sino en interés de su comercio. La capacidad de la mujer comerciante es una excepción a un principio general; debe, pues, restringirse en los límites que resultan de la autoridad del comercio.

El código mismo aplica esta regla de interpretación. Por los términos del art. 215, la mujer no puede comparecer en juicio sin la autorización de su marido, aun cuando sea comerciante pública. La necesidad que ha hecho establecer una excepción para los actos de comercio no existe para las causas judiciales; los unos, como dice Pothier, no sufren demora, mientras que los otros, se prosiguen, por el contrario, con una prudente lentitud.

*Núm. 5.—De la autorización expresa y tácita.*

417. Resulta del art. 217 que la autorización marital puede ser expresa ó tácita. En estos términos generales, la regla establecida por el código no es más que la aplicación de un principio elemental. La autorización es un consentimiento, y el consentimiento puede manifestarse sea por una declaración expresa, sea por hechos que impliquen la voluntad de consentir. Pero el art. 217 se aparta de los principios generales en lo concerniente á los caracteres del consentimiento expreso y del consentimiento tácito. El consentimiento expreso puede darse, en general, verbalmente tanto como por escrito, mientras que el art. 217 parece exigir un consentimiento por escrito. Del mismo modo el consentimiento tácito resulta de toda especie de hechos que manifiesten la voluntad de consentir; mientras que el art. 217 parece limitar el consentimiento tácito á un solo hecho, el concurso del marido al acto. ¿Hay realmente derogación de los principios generales? ¿ó debe interpretarse el art. 217 conforme á estos principios? En esto hay controversia y, á nuestro juicio, inconsecuencia en la doctrina sobre estas cuestiones elementales.

El código define la autorización tácita: el concurso del marido al acto. Define también la autorización expresa: el

consentimiento por escrito. Estas definiciones derogan el derecho común, y son, por lo tanto, excepciones. ¿El intérprete puede no tener en cuenta estas excepciones y decir que, á pesar de los términos excepcionales de la ley, el derecho común es el que debe recibir su aplicación? Esto nos parece inadmisibile. Preguntaremos ¿qué para que sirven unas definiciones que en el fondo son excepciones, si el legislador hubiese tenido la intención de mantener el derecho común? Dicese que lo que nosotros llamamos definiciones son en realidad ejemplos; que en este sentido debe interpretarse el texto del art. 217, porque no hay una razón para desviarse de los principios generales. Esto es lo que nosotros ponemos en duda. Tal vez no hay acto jurídico tan frecuente como la autorización marital y es un acto tan importante como usual. Preciso era prevenir las disputas á que pudiese dar lugar. Estas disputas se habrían multiplicado hasta lo infinito si el legislador hubiese admitido todo género de manifestación de la voluntad del marido. Esto es cierto, sobre todo de la autorización tácita; nada tan vago, y en consecuencia, tan difícil de determinarse. Esto es también acto de la autorización expresa; si se admite un consentimiento verbal, una palabra pronunciada á la ligera ó extraída por la oportunidad, se invocaría como autorización. Un consentimiento semejante estaria en oposición con el fin de la autorización. El marido debe examinar la naturaleza y las consecuencias del acto que la mujer se propone verificar, y es preciso que reflexione seriamente; es, pues, necesario que haya una garantía de que su aprobación se ha dado con consentimiento de causa. Se tiene esta garantía, ateniéndose al texto del art. 217; cuando el marido concurre al acto da una prueba de su voluntad seria y razonada; cuando da por escrito su consentimiento, pesa sus palabras así como calcula su resolución. El espíritu de la ley está,

pues, en armonía con el texto; uno y otro exigen que el art. 217 se interprete restrictivamente. Tal es, á nuestro juicio, el principio. Entrando en los detalles veremos cuáles son las opiniones divergentes.

118. La autorización expresa, dice el art. 217, es el consentimiento dado por escrito. ¿Quiere esto decir que la autorización sea un acto solemne? Nó, porque la ley admite la autorización tácita, y el consentimiento tácito excluye toda idea de solemnidad. De aquí, la mayor parte de los autores concluyen que la autorización puede darse verbalmente; todo lo que, según ellos, resulta del art. 217, es que la autorización verbal no puede probarse por testigos. Y aun Zachariæ enseña que la prueba testimonial sería admisible en los casos prescritos por los artículos 1347 y 1348 (1).

Nosotros rechazamos esta doctrina, porque nos parece contraria al texto y al espíritu de la ley. Sin duda alguna que la autorización no es un acto solemne; pero por los motivos que acabamos de decir, la ley quiere que conste por escrito, ó que se pruebe de una manera evidente por el concurso al acto. M. Demolombe está de acuerdo con nosotros en principio, pero, como de costumbre, ceja en la aplicación. Repele la prueba testimonial, aun cuando hubiese un comienzo de prueba por escrito, y admite el juramento. Esto es una inconsecuencia, se debe ó atenderse estrictamente á la letra de la ley, ó admitir toda especie de prueba, salvo la prueba testimonial pura y simple (2). Tomemos, además, nota de la inconsecuencia de los que interpretan restrictivamente la definición tácita dada por el art. 217, y que se desvían del texto, para ex-

1 Demante, t. 1º, p. 424, núm. 300 bis, VII. Zachariæ, edición de Aubry y Pau, t. III, pfo. 472, p. 336 y nota 50.

2 Demolombe, *curso de código Napoleón*, t. IV p. 228 núm. 193.

tender, más allá de sus términos, la autorización expresa(1). ¿Cómo es posible que en una sola y misma disposición, dos definiciones del mismo hecho jurídico, sean la una, una definición restrictiva, la otra una especie de explicación muy obscura? ¿Por qué si el legislador quería únicamente retirar la prueba testimonial, no lo ha dicho en términos claros y precisos? Nuestra conclusión es que la autorización expresa, sólo por escrito puede probarse.

119. ¿El escrito debe ser auténtico? El texto de la ley contesta la pregunta: únicamente exige un escrito, porque todo escrito será suficiente. No había razón para exigir un acto auténtico, y, por el contrario, hay motivo para conformarse con un acto bajo firma privada, cualquiera que sea esta acta, aun cuando sea una simple carta; estas autorizaciones son tan frecuentes, que exigir la autenticidad habría equivalido á estorbar las relaciones civiles. Esto es de toda evidencia cuando el acto otorgado por la mujer está bajo firma privada. Pero aun en el caso de que el acto principal sea auténtico, y todavía más, aun cuando sea un acto solemne, tal como una donación ó una hipoteca, es fuerza mantener el principio establecido por el art. 217. Es cierto que las leyes exigen alguna vez la autenticidad para el mandato otorgado con motivo de un contrato solemne: la ley hipotecaria belga quiere que las procuraciones á efecto de constituir hipoteca se den en la forma auténtica, y la jurisprudencia extiende este principio á todos los actos solemnes. ¿Debe también aplicarse á la autorización marital? Nó, porque cosas diferentes son el mandato y la autorización. El mandato se confunde con el consentimiento, y en los actos solemnes, todo lo que se refiere á la expresión del consentimiento debe ser solemne; así, pues, debe serlo también la procuración. Mientras que la autorización es el

1 Mourlon, *Repeticiones*, t. 1° p. 395.

consentimiento del marido, nada tiene de común con la libre expresión de la voluntad de la mujer. De donde se deduce que la autorización permanece en el derecho común de los actos no solemnes (1).

Hay una sentencia contraria de la corte de Besançon (2). Esta, invoca el art. 217, en cuyos términos la mujer no puede donar sin autorización de su marido; y no puede haber donación sin la condición de la autenticidad, lo que implica que todas las partes integrantes de la donación deben ser auténticas, por lo que debe serlo también la autorización. Ya hemos contestado de antemano á la objeción. El art. 217 nada prueba; por el contrario, puede uno prevaleerse de él á favor de la opinión que sostenemos, supuesto que se conforma con un *escrito*, sin distinguir entre las diversas especies de los actos que enumera. No es exacto decir que la autorización es una parte integrante de la donación. Es un acto de autoridad y de protección del marido; nada de común tiene con el consentimiento de la mujer, y sólo este consentimiento es el que debe recibirse en la forma auténtica.

120. La aplicación del principio á la letra de cambio da lugar á algunas dificultades. Un marido gira contra su mujer una letra de cambio, y ésta acepta. ¿Está la mujer suficientemente autorizada? La jurisprudencia decide la cuestión afirmativamente, y nos parece que con razón. Cuando el marido gira una letra de cambio contra su mujer, manifiesta con este hecho la voluntad de que ella la acepte; ahora bien, todo lo que la ley exige, es una manifestación de voluntad por escrito, no exige, como el antiguo derecho, que el marido se sirva de la palabra *autorizar* ó de una

1. Demolombe, *curso de código Napoleón*, t. IV p. 230 núm. 149.  
2. Sentencia de 30 de Mayo de 1844 (Daloz, 1845, 4, 153).

análoga expresión (1). ¿Debe resolverse lo mismo cuando la mujer gira una letra de cambio contra su marido y que éste la acepta? No, dice la corte de París (2). La autorización debe, evidentemente, preceder al compromiso contraído por la mujer, ó acompañarlo; antes que la mujer se obligue, el marido debe examinar si este acto no vulnera los intereses de la mujer ó de la familia. Una vez consumado el acto, no es ya oportunidad para autorizar; todo lo que el marido puede hacer, es confirmar. Más adelante veremos si la confirmación del marido hace válido el acto respecto á la mujer.

121. La ley define así la autorización tácita; es el consentimiento del marido en el acto (art. 217). ¿Qué debe entenderse por esto? Sólo dos maneras hay para el marido de concurrir al acto celebrado por su mujer, ó figurar en él, autorizando á su mujer, ó ser una de las partes. En el primer caso, hay autorización expresa. Para que haya autorización tácita, preciso es que el marido haya sido parte en el acto, es decir, que haya prometido ó estipulado. No basta que el marido se halle presente, porque la presencia en un contrato no es el concurso en dicho contrato. En vano se invocaría el viejo adagio: que el que calla otorga, porque aun suponiendo que el adagio siempre sea cierto, no podría uno prevalerse de él en el caso de que se trata, porque la ley exige un poco más que el silencio, exige el concurso, y el que se calla no concurre. Hay más. No basta que el marido y la mujer sean partes en un acto; se necesita también que el marido haya tenido conocimiento del concurso de la mujer; sólo con esta condición, es como puede suponérsele la voluntad de confirmar lo que la mu-

1 Sentencia de Caen 18 de Noviembre de 1828 (Daloz, en la palabra *matrimonio* núm. 837.)

2 Sentencia de 12 de Enero de 1815 (Daloz en la palabra *Matrimonio* núm. 842.)

jer hace. Así, pues, si un billete hiciese constar únicamente la obligación contraída por el marido y que por la firma del marido la mujer se obliga solidariamente con él no hay autorización tácita. Hay en el caso dos actos, aunque estén comprobados en el mismo billete; ahora bien, la mujer no es parte en el acto firmado por el marido y el marido no es parte en el acto firmado por la mujer; no hay, pues, concurso del marido en el acto, y, por lo tanto, no hay autorización tácita. Esta decisión que parece rigurosa, esta en armonía con el espíritu de la ley. La autorización es una aprobación, y la aprobación implica que el marido tenga conocimiento del acto; ahora bien, cuando la mujer se obliga en virtud del marido, nada prueba que el marido haya conocido esa obligación, y, por lo mismo, no puede decirse que la haya aprobado (1).

Hay una sentencia contraria de la corte de Aix (2). El marido se halla presente á un compromiso recibido por el juez de paz, no es parte en el litigio ni es contrayente; la corte deduce de ahí que el marido tácitamente ha autorizado á su mujer. De hecho, es probable que tal haya sido la intención del marido; pero esta probabilidad bastaría para que hubiese autorización tácita? El texto del artículo 207 contesta á nuestra cuestión. Una cosa es la *presencia* en un acto, y otra el *concurso en este acto*. La ley no se ha conformado con la presencia, sino que ha exigido el *concurso*. Esto decide la cuestión.

122. La aplicación del principio se hace sin dificultad, cuando la mujer suscribe un billete con su marido. Se ha juzgado que la mujer que firma juntamente con su marido, está autorizado, aun cuando en el cuerpo del acto no se ni-

1. Zachariae, t. III, pfo. 472, p 387 nota 53. Demolombe, t. IV, p. 231, núm. 196.)

2. Sentencia de 29 de Noviembre de 148, confirmada por una sentencia de denegación (Dalloz, en la palabra *matrimonio* núm. 840, 2<sup>o</sup>.)

ciere especial mención de la obligación contraída por la mujer y por el marido; la obligación colectiva, seguida de la firma de los consortes, es bastante para que la mujer quede legalmente obligada (1).

La cuestión se hace dudosa, cuando el marido comienza por firmar una obligación á la que es extraña la mujer; viene después una caución firmada por la mujer, sin que el marido la haya autorizado, pero él es el que ha escrito la acta de caución. ¿Hay concurso del marido en el acto? Se juzga que había concurso del marido. (2) Esto nos parece más que dudoso. La caución, aunque contraída en interés del marido, no es un acto en que el marido figure como parte; nada se estipula, nada se promete y por lo mismo no puede tratarse de un concurso del marido en el acto; era, pues, forzosa una autorización expresa. Puede decirse que el marido, por más que no haya sido parte en la caución, la ha conocido, supuesto que el ha levantado el acta; y, por lo mismo que levanta una acta hecha á favor suyo, la aprueba; hé aquí evidente la autorización. Si se admite que pueda haber autorización tácita fuera del concurso al acto. Nó, si se admite como lo hemos hecho, que no hay más autorización tácita que la que define el art. 217 es decir, el concurso del marido al acto. Esta cuestión es controvertida; vamos á examinarla.

123. La opinión generalmente seguida por los autores es que el art. 217 es restrictivo. Ya hemos dicho los motivos por los cuales la adoptamos. Zachariæ enseña lo contrario, pero sin motivar su disentiimiento, apoyándose en la jurisprudencia. Hay aplicaciones que conciernen á la autorización expresa más bien que á la autorización tácita:

1 Véase la jurisprudencia en Dalloz, *Matrimonio*, núm. 832 2º 3º y 5º.

2 Sentencia de París de 14 de Mayo de 1846 (Dalloz, 1846. 2 149.)

tal es el caso en que el marido gira una letra de cambio contra su mujer (véase el párrafo 120). Hay un caso previsto por el código de comercio, que parece confirmar la opinión de Zachariæ. El art. 5 establece que la mujer no puede ser comerciante pública sin el consentimiento de su marido. No exigiendo la ley que el consentimiento se dé por escrito, la doctrina y la jurisprudencia admiten que el consentimiento puede ser tácito, en el sentido de que basta que la mujer comercie á ciencia y paciencia de su marido, para que esté tácitamente autorizada para ejercer la profesión de comerciante pública. Zachariæ deduce de aquí que toda especie de autorización tácita es bastante en todo caso. Esto nos parece que es razonar mal. La autorización otorgada á la mujer para ser comerciante es una autorización general, que interviene antes de que la mujer ejecute algún acto de comercio. Por esto sería imposible exigir que la autorización se diese por el concurso del marido en el acto: ¿si todavía no hay acto, cómo es posible que á él concorra el marido? El art. 5 del código de comercio se queda dentro del derecho común; ni razón ni posibilidad habrá para derogarlo. Otra es la hipótesis prevista por el artículo 217. Aquí se trata de una autorización especial otorgada para actos determinados. La ley podía y debía definir la autorización tácita. En dos palabras, el principio establecido por el art. 217 no recibe aplicación al art. 5 del código de comercio, porque los casos regidos por estas dos disposiciones son esencialmente diferentes (1).

124. La jurisprudencia se inclina hacia la opinión de Zachariæ. Esto se comprende; los tribunales reciben necesariamente la influencia de los hechos; ahora bien, es muy posible que, en un caso particular, la voluntad del marido para autorizar á su mujer, sea cierta, aun cuando no hay

1 Domblombe, *curso de código Napoleón* t. IV, p. 233, núm. 147.

concurrido al acto; dominado por la equidad, el juez retrocede ante el rigor de los principios. El intérprete debe ponerse en guardia contra esta tendencia, porque viene á terminar, como lo expresa un autor acerca de la cuestión que agitamos, en hacer la ley (1), siendo así que su misión se limita á interpretar. Recorramos algunas decisiones.

La mujer ejerce acción de heredero disponiendo de una parte del mobiliario de la sucesión á que es llamada; el marido concurre á este hecho. ¿Hay autorización tácita otorgada á la mujer para que acepte la herencia? Sí, ha dicho la corte de Bourges, porque la autorización puede ser tácita (2). Si la sucesión fuese puramente mobiliaria, no habría la menor duda. En efecto, el marido en el régimen de la comunidad puede aceptar las sucesiones mobiliarias que toquen en suerte á su mujer, y al disponer del mobiliario hereditario, lo acepta tacitamente. Para que haya cuestión hay que suponer que la sucesión es en parte mobiliaria y en parte nó. En esta hipótesis creemos que la corte de Bourges ha juzgado mal; en el caso no podía haber concurso del marido al acto, supuesto que él no tenía calidad alguna para intervenir en él; así es que no podía obrar sino como marido que autoriza á su mujer, es decir, que la autorización no podía ser tácita, que debía ser expresa.

Los consortes se separan voluntariamente; la mujer contrae obligaciones para su mantenimiento y pide después su nulidad por defecto de autorización. Se ha juzgado que estos compromisos tienen valor si no superan las necesidades y la fortuna de la mujer. La jurisprudencia se funda en que el marido que permite que su mujer viva separada-

1 Mourlon, *Repeticiones*, t. 1º, p. 396.

2 Sentencia, 9 de Julio de 1834 (Daloz, en la palabra *matrimonio*, Lúm. 843, 2º)

mente, la autoriza con esto á contraer obligaciones para su sostenimiento (1). Esta doctrina es inadmisibile. Un primer punto es cierto y es que la separación voluntaria es nula, y así es que el matrimonio subsiste con todos sus efectos. Uno de estos efectos es que el marido, común en bienes, debe respetar todas las cargas del matrimonio. Si la mujer contrae obligaciones para mantenerse, lo hace en virtud de un mandato tácito que resulta del matrimonio, y en tanto que dicho mandato no se revoque, el marido está obligado como mandante. Así, pues, la cuestión debe decidirse por los principios del mandato y no por los principios de la autorización. La mujer no necesita estar autorizada, porque obra como mandataria del marido. Si el marido quiere impedir á su mujer que lo obligue de esta manera indefinida, debe revocar el mandato tácito que resulta del matrimonio, y poner esta revocación en conocimiento del público por medio de los periódicos en el sitio donde la mujer resida.

125. El art. 217 sólo habla de los actos extrajudiciales. ¿Qué debe resolverse en las causas civiles? Una cosa es cierta y está admitida por todos los autores, y es que la autorización del marido para las instancias judiciales puede ser expresa ó tácita. El art. 215 dice sencillamente que la mujer no puede comparecer en juicio sin la autorización del marido; no dice cómo deba otorgarse esta autorización. Por esto mismo se permanece bajo el imperio de los principios generales. Ahora bien, la autorización es un consentimiento; así es que, como todo consentimiento, puede manifestarse por una declaración expresa ó por hechos (2). Pero deben aplicarse al art. 215 las disposiciones especiales del art. 217 sobre la autorización expresa y la autoriza-

1 Sentencia de Douai, 18 de Mayo 1840 (Daloz, 1847, 2, 60) y de París, 23 Febrero 1849 (Daloz, 1849, 2, 135).

2 Daloz, *Repertorio*, en la palabra *matrimonio*, núm. 834.

ción tácita? ¿ó, en otros términos, la autorización expresa otorgada á la mujer para litigar debe darse por escrito? ¿y la autorización tácita puede sólo resultar del concurso del marido en el proceso? Nos parece que la cuestión debe resolverse negativamente. Cierto es que hay completa analogía entre los actos judiciales y los actos extrajudiciales; así que el legislador debería haber establecido un solo principio para toda especie de actos jurídicos. Pero no lo ha hecho ¿y lo que él no ha hecho, puede hacerlo el intérprete? Siguiendo el rigor de los principios, nó. Porque las definiciones del art. 217 son derogaciones al derecho común, y por lo tanto de estricta observancia, no se los puede extender, ni siquiera por vía de analogía.

La cuestión que acabamos de suscitar no está resuelta de una manera explícita ni por la doctrina ni por la jurisprudencia. Se ha juzgado que cuando el marido sigue un pleito en misión de su mujer, hay autorización tácita. (1) Esto es evidente. Hay en este caso, concurso del marido en el acto, luego hay autorización, aun según el art. 217. Se ha juzgado, además, que el marido que hace comparecer á su mujer ante la justicia, por este mismo hecho la autoriza á litigar. (2) También nos parece incontestable esta decisión. Puede decirse que hay concurso del marido en el acto, supuesto que el marido y la mujer son partes en la misma causa. Por otra parte, demandando en justicia á su mujer, el objeto del marido es conseguir contra ella un fallo; así, pues, intentar contra ella una acción equivale á autorizarla. Otra cosa sería si la mujer intentase una acción contra su marido, y si ésta se presentase para defenderse. La corte de casación ha juzgado que en este caso no había autorización. En verdad que el marido y la mujer concurren en la

1 Dalloz, en la palabra *matrimonio*, núm. 854, 1.º y 4.º

2 Véase la Jurisprudencia en Dalloz *ibid* 5.º y 6.º

misma instancia, pues el marido niega lo que la mujer demanda; ahora bien, negar equivale á decir que no encuentra fundada la demanda, lo que implica que, si la mujer se hubiese dirigido al marido, éste le habría negado la autorización. (1)

#### § IV.—DE LA AUTORIZACION DE JUSTICIA.

##### *Núm. 1.—Denegación del mandato.*

126. En los términos del art. 218 “si el marido se rehusa á autorizar á su mujer para que comparezca en juicio,» el juez puede dar la autorización. El art. 219 contiene una disposición análoga para los actos extrajudiciales.

En general, la justicia no interviene en el ejercicio del poder marital lo mismo que no interviene para limitar ó modificar los derechos de los ciudadanos. ¿Por qué, pues, el código permite al juez otorgar la autorización que el marido rehusa? Es que el poder marital es un deber más bien que un derecho, un deber de protección confiado al marido, por interés de la mujer y de la familia; ahora bien, la protección no debe degenerar en opresión. La denegación del marido puede ser injusta, y por lo mismo había que abrir á la mujer un recurso ante los tribunales. Proudhón da otra razón. «El marido, dice, no es más que el delegado de la ley, en uso del poder con que ella lo ha investido; el poder público, *que absorbe todos los poderes particulares*, puede con mayor razón, suplirlos. (2) Con todas nuestras fuerzas protestamos contra semejante doctrina, que es la de la soberanía absoluta del Estado, es decir, la doctrina del poder absoluto, llámese el Estado república, reino ó imperio. Nó, el Estado no absorbe los de-

1. Sentencia de casacion de 21 de Enero de 1845, (Dalloz, 1845, I, 97.)

2 Proudhón, *Tratado sobre el estado de las personas*, t. I, p. 468.

rechos de los ciudadanos; tiene, al contrario, la misión de asegurar su libre ejercicio. Pero cuando varios derechos están en conflicto, la justicia interviene para resolver el debate. El marido que injustamente rehusa la autorización abusa de su derecho, si es que se quiere considerar el poder marital como un derecho. La mujer tiene también un derecho, tiene el derecho de ejecutar los actos jurídicos que le interesan. Tócale á la justicia pronunciar su fallo entre el marido y la mujer.

*Núm. 2.—Incapacidad del marido.*

I. AUSENCIA.

127. El art. 222 establece: «Si el marido está en interdicción ó ausente, el juez puede, con conocimiento de causa, autorizar á la mujer, sea para comparecer en juicio, sea para contraer obligaciones.» ¿Cómo debe entenderse la palabra *ausente*? ¿Acaso en el sentido legal, es decir, es preciso que haya ausencia declarada ó prescrita, para que el juez pueda autorizar á la mujer? ¿O basta con que el marido no se encuentre en lugar determinado? La cuestión es discutible y se presta á duda. Según el texto y el espíritu de la ley, debe resolverse que el juez no puede autorizar á la mujer sino en el caso de ausencia legal. En efecto, la palabra *ausente* tiene un sentido técnico en derecho; significa la incertidumbre que reina sobre la vida ó la muerte de una persona. Se concibe que en este caso la ley permita que la justicia autorice á la mujer; tiene ésta imposibilidad para procurarse el consentimiento de su marido y por lo tanto hay necesidad de que el juez intervenga. ¿En dónde está esta necesidad cuando el marido vive, pero no se halla en un sitio determinado? La regla es que el marido debe autorizar, porque se trata de poner á cubierto su au-

toridad, y sólo cuando él abusa de su autoridad es cuando el juez autoriza. De aquí se sigue que si el marido puede manifestar su voluntad no hay lugar á que el juez intervenga, porque esto sería usurpar el poder marital y debilitarlo. Los casos en que el juez autoriza son excepciones; estas excepciones no deben recibir su aplicación sino cuando la regla general no puede aplicarse.

El código de procedimientos confirma esta interpretación. Contiene un título sobre la autorización de la mujer casada; este título prescribe las formas que la mujer debe seguir para obtener la autorización. Los arts. 861 y 862 preveen el caso en que el marido se rehuse á autorizar á su mujer; los arts. 863 y 864, los casos en que el marido está incapacitado ó ausente. Ahora bien, el código de procedimientos, al hablar de la ausencia, agrega una explicación: «En el caso de *presumirse* la ausencia del marido, dice, ó cuando se haya declarado.» Hé aquí en cierto modo una interpretación auténtica del código civil. Si además del caso de ausencia legal, el legislador permitiese al juez autorizar en el caso de no presencia, el código de procedimientos habría previsto el caso. Si no lo prevee es porque la simple no presencia no es suficiente para que el juez intervenga. Esta es la opinión de Marcadé, y ha sido consagrada por varias sentencias (1).

Hay, no obstante, un motivo de duda que ha dominado á la mayor parte de los autores. En el antiguo derecho Pothier enseñaba «que la mujer puede ocurrir á la justicia cuando el marido está demasiado lejos para dar la autorización con la prontitud que el caso requiere (2). ¿El legislador ha tenido la intención de seguir la opinión de Po-

1 Marcadé, t. 1º, p. 550, sobre el art. 222, Dalloz, en la palabra *matrimonio*, núm. 870.

2 Pothier, *del poder del marido*, núm. 12; *Introit al tit. X de la costumbre de Orleans*, núm. 149.

thier? Cuando se discutía nuestro título en el consejo de Estado, el primer cónsul preguntó si la sección de legislación quería hablar de un marido ausente únicamente del lugar en que la mujer se encontraba, ó si hablaba del marido declarado ausente. Beslier contestó que la mujer estaría por mucho tiempo en la imposibilidad de obrar, si debiese esperar la declaración de ausencia. Esta contestación no prueba todavía que la ley entienda la palabra *ausente* en el sentido de *no presente*; Beslier, por el contrario dice que ha lugar á declarar la ausencia, lo que implica que hay presunción de ausencia. Tronchet fué más adelante: dijo formalmente que el juez puede autorizar á la mujer aunque el marido no se halle lejos, si es tal la urgencia que la mujer no puede tomar la autorización del marido (1).

Se ve que Tronchet y Beslier no están enteramente de acuerdo, lo que disminuye la importancia de este debate. Sin embargo, es probable que los autores del código entendían seguir la opinión de Pothier. Así, pues, si no tuviésemos más texto que el art. 222, nos colocaríamos del lado de la opinión general (2). Pero queda el código de procedimientos, y nos parece imposible conciliar el art. 863 con esta doctrina. Que en el art. 863 se vea una interpretación del art. 223 ó una derogación, poco importa; de todos modos es cierto que estamos en presencia de una ley posterior al código, ley destinada á poner en ejecución el art. 223. Nos parece difícil no entender este artículo en el sentido que le da el legislador. No queremos hablar de los inconvenientes prácticos que se reprochan á la opinión que defendemos; estos inconvenientes son del resorte del legisla-

1 Sesión del 5 vendimiario año X, núm. 40, (Loché, t. II, p. 346.)

2 Zachariæ, t. III, pfo. 472, p. 329, nota 27. Demolombe, t. IV, p. 264, núm. 214.—Hay sentencias en este sentido (Dalloz, en la palabra *matrimonio*, núm. 870, y sentencia de la corte de casación de Bélgica del 8 de Febrero de 1862, en el *Pasicrisia*, 1863, I, 162).

dor. ¿Puédese, por otra parte, invocar las distancias como un obstáculo, cuando ya no hay distancias?

## II.—*Minoría.*

128. El art. 224. establece: «Si el marido es menor, la autorización del juez es necesaria á la mujer, sea para que comparezca en juicio, sea para contratar.» En el antiguo derecho, el marido, aunque menor, podía autorizar á su mujer; así es que podía autorizarla para ejecutar actos que él mismo no tenía derecho de ejecutar. La razón, según Pothier, es que el marido, aunque menor, tiene el poder marital, y el poder de autorizar se consideraba como una dependencia del poder que el marido tiene sobre su mujer (1). El código ya no permite al marido menor que autorice á su mujer, de donde debe concluirse que ha cambiado el sistema. En efecto, como lo hemos visto, la autorización marital está fundada no sólo en el poder del marido, sino también en el deber de protección que tiene que cumplir. En este sentido Portalis dice: ¿Cómo podría el marido menor autorizar á su mujer, cuando él mismo necesita autorización?

La excepción establecida por el art. 224 no es absoluta, como la que resulta de la ausencia ó de la interdicción. Supuesto que se funda en la incapacidad del marido, debe restringirse dentro de los límites de esta incapacidad. Ahora bien, cuando el menor está emancipado tiene cierta capacidad, y el menor casado está emancipado de pleno derecho. Síguese de aquí que el menor casado, capaz de verificar los actos de administración, es por esto mismo capaz de autorizar á su mujer para que verifique los actos de administración. La cuestión no tiene importancia sino para

1 Pothier, *Tratado del poder del marido*, núms. 29 y siguientes.

las acciones mobiliarias, y hé aquí la razón. Si los consortes están casados bajo el régimen de la comunidad, el marido tiene la administración de los bienes de su mujer; en este caso la mujer no tiene que ejecutar ningún acto de administración, y por lo mismo no hay que tratar de autorizarla para que actúe. Lo mismo es bajo el régimen exclusivo de comunidad y bajo el régimen dotal. Si los consortes están separados en sus bienes, la mujer puede verificar todos los actos de administración sin autorización. Hay excepción, según el art. 215, para los procesos; la mujer, aun separada en bienes, no puede comparecer en juicio sin autorización, mientras que el menor emancipado puede intentar las acciones mobiliarias (art. 482). El marido menor puede, en consecuencia, autorizar á su mujer para que intente una acción semejante.

129. El código no prevee el caso en que la mujer es menor. Hay que resolver la dificultad según los principios combinados de la incapacidad de la mujer casada y de la emancipación. La mujer menor que se casa está emancipada por el matrimonio; el menor emancipado no puede ejecutar ciertos actos sino con la asistencia de un curador; puede, en general, ejecutar los actos de administración sin esta asistencia. En el antiguo derecho se admitía, y todavía hoy se admite, que el marido mayor es el curador de su mujer. Hé aquí, pues, cuál es la posición de la mujer menor. Como menor emancipada, podría ejecutar ciertos actos sin la asistencia de su curador, pero estando casada, necesita de la autorización marital. El marido, en este caso, interviene, no como curador, sino como marido. Y si se trata de actos para los cuales la mujer, como menor emancipada, debe estar asistida de su curador, el marido intervendrá como curador y como marido, para asistir á su mujer y para autorizarla. No siempre es suficiente esta

intervención. Para otros actos que no sean los de administración, la mujer menor deberá además obtener la autorización del consejo de familia, y si para ello hay lugar, la homologación del tribunal.

Queda en pie una dificultad. Si el marido es menor, no puede ser el curador de su mujer, en razón de su incapacidad; así es que no podrá, como acabamos de decirlo, intervenir sino como marido para autorizar á su mujer para que verifique los actos de administración. Si se trata de otros actos, preciso es á la mujer menor la asistencia de su curador, y, además, según el rigor de los principios, la autorización del tribunal que reemplaza la que el marido no puede darle por razón de su minoría, porque en este caso la mujer está afectada de una doble incapacidad, es menor y está casada; la asistencia del marido la levanta de su incapacidad como menor; para levantarse de la incapacidad resultante del matrimonio, debe ser autorizada por el juez (1).

### III—Interdicción.

130. Si el marido es incapaz, la mujer debe ser autorizada por el juez (art. 222). Afectado él mismo de una incapacidad absoluta para todo lo concerniente á sus intereses pecuniarios, concíbese que no pueda cubrir la incapacidad de su mujer por un consentimiento que legalmente no puede dar. ¿Qué debe resolverse si el marido se halla en estado de demencia sin estar declarado incapaz? Cierto es que si es incapaz para consentir, no podrá autorizar á su mujer, porque la autorización es un consentimiento. Pero es grande la diferencia entre la autorización dada por el marido declarado incapaz y la autorización dada por el ma-

1 Demante, *Curso analítico*, t. 1º, p. 439, núm. 307 bis III.

rido enagenado. La primera es nula de derecho, por aplicación del principio asentado por el art. 502, el cual declara nulo todo acto otorgado por el incapaz; mientras que ninguna ley impone la nulidad a los actos verificados por un enagenado. Esos actos son de derecho común. Es decir, que la autorización será válida si se ha dado en un intervalo lúcido, y nula, si en el momento en que el marido ha autorizado á su mujer, se hallaba él en estado de demencia.

Resta saber, de qué manera se hará autorizar la mujer, si su marido está enagenado siu estar declarado incapaz. Los autores no deciden la cuestión. Esto nos parece inadmisibile. En principio, es el marido quien debe autorizar á su mujer; el juez no puede intervenir sino en los casos previstos por la ley, cuando el marido se halla en la imposibilidad de manifestar su voluntad. La ley no coloca la demencia del marido entre estas excepciones, sino cuando queda legalmente aprobada por un juicio de interdicción. Siguiendo el rigor de los principios, habría, pues, que decidir, que la mujer debe promover la interdicción de su marido, á menos que se haga autorizar por él en un intervalo de lucidez.

131. ¿Si se nombra á la mujer tutora de su marido, puede, en este caso, hacer sin autorización de justicia los actos concernientes á la tutela? La afirmativa no permite duda alguna. Pothier dice que su nombramiento implica necesariamente una autorización para administrar los bienes de su marido (1). Esto es cierto, sólo que en lugar de *autorización*, debe decirse *mandato*. La mujer tutora no ejerce derechos que le sean personales, y así es que no necesita estar autorizada; obra en virtud de un mandato, y como mandataria, tiene derecho á hacer todo lo que está

1 Pothier, *Tratado del poder del marido*, núm. 26.

comprendido en el mandato, impertando poco de quien lo tenga, del marido, del consejo de familia ó del tribunal. No es necesario decir que si como tutora tiene que ejecutar un acto que salga de los límites del poder de administración, necesitaría la autorización del consejo de familia, y si á ello hay lugar, la homologación del tribunal.

En cuanto a los bienes personales de la mujer, Pothier dice también que ella puede, sin autorización, ejecutar los actos concernientes, haciendo las veces de autorización su nombramiento á la tutela. Esto es demasiado absoluto. Hay que distinguir. Si la mujer está separada en bienes, no es necesario decir que puede administrar sus bienes sin estar autorizada por el juez; esto es de derecho común. Hay, sin embargo, un acto que la mujer no puede verificar, aunque está separada en bienes: no puede comparecer en juicio, ni aun para una acción mobiliaria, sin autorización. Pregúntase si puede hacerlo, cuando es tutora de su marido incapaz. La cuestión está en controversia. No vacilamos en decir que no puede hacerlo. Aunque tutora, sigue siendo mujer casada, y como tal, incapaz; así es que debe estar autorizada. Se objeta que como tutora, podía intentar una acción mobiliaria concerniente á los bienes de su marido; ¿no es absurdo declararla incapaz para promover en justicia sus propios derechos mobiliarios (1)? La respuesta es muy sencilla; hay una razón jurídica de esta diferencia. En el caso de tutela, tiene la mujer un mandato, y, como mandataria, no tiene nunca necesidad de autorización. Si, por el contrario, se trata de los derechos personales de la mujer, ya no obra ésta en calidad de tutora, sino como mujer casada, y como tal, necesita estar autorizada.

Si los cónyuges están casados bajo un régimen que dé al

1 Demolombe, *curso de código Napoleón*, t. IV p. 275 núm. 227.

marido la administración de los bienes de la mujer, en este caso hay que decir con Pothier, que la mujer tutora puede administrar sus bienes sin autorización. Consiste la razón en que la mujer ejerce entonces un derecho del marido; obra, pues, como mandataria, aunque se trate de sus bienes, y como mandataria no debe ser autorizada (1).

132. La ley no prevé el caso en que el marido se halle colocado bajo consejo judicial. ¿De esto debe deducirse con Durantou que el marido, aunque incapaz puede autorizar á su mujer para toda especie de actos? Que lo pueda respecto á actos que él tenga derecho á ejecutar sin la asistencia de su consejo, esto es cierto, porque está de acuerdo con los principios. El que está colocado bajo consejo es tan capaz como un mayor para todos los actos que no le han sido vedados. Capaz por sí mismo, nada le impide autorizar á su mujer. Pero cuando se trata de un acto que los tribunales le han prohibido hacer sin la asistencia de su consejo (arts. 499 y 513).

Cierto es que la ley no habla del marido colocado bajo consejo; ¿y esto quiere decir que lo reconozca capaz de autorizar? No, lo contrario resulta del art. 502, por cuyos términos toda clase de actos verificados por la persona colocada bajo consejo son nulos de derecho. La ley asimila, en este concepto, el nombramiento de un consejo judicial á la interdicción. Ahora bien, se presume que el incapaz lo está legalmente para consentir en todo lo que concierne á su patrimonio; así, pues, el marido colocado bajo consejo está afectado de la misma incapacidad: incapaz para consentir, lo está por lo mismo para autorizar. Esta es la opinión general, consagrada por la jurisprudencia (2).

Pero si el marido no puede autorizar á su mujer ¿cómo

1 Durantou, *Curso de derecho francés*, t. II, 454 núm. 506.

2 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *matrimonio*, núm. 875, 1.º 2.º

se otorgará la autorización? La jurisprudencia, tanto como la doctrina, están divididas en esta cuestión. Según unos, el marido asistido de su consejo es el que debe autorizar; los otros dicen que la justicia es la que debe autorizar. Nosotros creemos que los tribunales no tienen derecho para autorizar á la mujer sino en los casos en que la ley les conceda formalmente este poder, porque la intervención del juez disminuye, altera el poder marital; ahora bien, este poder es de orden público, el juez no puede modificarlo tanto como no puede hacerlo con las convenciones de las partes. Esto resuelve la cuestión. No se puede asimilar con el menor, ni aun emancipado, á la persona colocada bajo consejo, porque es mayor, y en principio capaz. Mucho menos todavía puede decirse que la ley comprende entre los incapacitados á la persona colocada bajo consejo; ésta obra por sí misma, asistida, si necesario es, de su consejo, mientras que el incapaz no tiene facultad de acción. Es cierto que el sistema del código es hacer intervenir á la justicia cuando el marido es incapaz; pero en el caso de que tratamos, el marido no lo está; asistido de su consejo puede hacer todo, y, ¿por qué no había de poder autorizar á su mujer? La opinión contraria es la que se sigue más generalmente (1).

#### IV.—*Sentencia Judicial.*

133. El art. 221 establece: «Cuando el marido tiene sobre sí una condena aflictiva ó infamante, aun cuando sólo se haya pronunciado por contumacia, la mujer, aun mayor, no puede, durante el periodo de la pena, comparecer

1 Es la de Zacarías, t. III, p. 331, nota 33; de Demolombe, t. IV, p. 271, núm. 226. Véase en el sentido de nuestra opinión, Magnin, de las *Minorias*, núm. 909. La jurisprudencia en Dalloz, en la palabra *matrimonio*, núm. 874.

en juicio, ni contratar, sino después de haberse hecho autorizar por el juez, quien puede, en este caso, dar la autorización sin que el marido haya sido oído ó convocado.» Esta incapacidad se funda en la indignidad del marido; es una caducidad temporal del poder marital. Si la ley permite al juez oírlo, es para poder ilustrarse

*V.—Del caso en que el marido está interesado.*

134. ¿Cuándo la mujer trata con su marido ó cuando lo hace con terceros, teniendo en cuenta el interés del marido, necesita estar autorizada por justicia, ó bástale la autorización del marido? Esta cuestión es vivamente discutida: se puede reducirla á términos muy sencillos, como Merlin lo ha hecho. En principio; la mujer no puede ejecutar ningún acto jurídico sin estar autorizada por su marido; por excepción, la autorización del marido se reemplaza por la del juez, en los casos determinados por la ley; toda excepción es de estricta interpretación; por el hecho mismo de que la mujer no se haya en uno de los casos exceptuados, queda dentro de la regla; así, pues, necesita la autorización marital, pero también ella lo es bastante. Se objeta el adagio viejo que nadie puede autorizar por su propio interés: *nemo potest esse auctor in rem suam*. Merlin contesta que este principio, establecido por los jurisconsultos romanos en materia de tutela, no se aplica al marido. Supone que la autorización tiene por único objeto garantizar los intereses del que está autorizado: tal es el caso de la tutela. La autorización marital se exige, antes que todo, por un motivo de orden público, como una consecuencia del poder marital; sin duda que, en el derecho moderno, es también una medida de protección, pero no es sólo para proteger á la mujer por lo que el marido interviene; está llamado á po-

nerá cubierto los intereses de la familia. No hay, pues, lugar para aplicar el adagio latino. Por otra parte, al legislador habría correspondido hacerlo; el intérprete no puede crear una excepción, aun cuando para ello hubiese las mejores razones del mundo. (1).

Existe en favor de la opinión contraria, una sentencia fuertemente motivada de Turin. La corte dice, y esto es incontestable, que la autorización del marido debe, aun cuando no sea sino en parte, garantizar los intereses de la mujer y de los hijos; ¿en dónde está la garantía cuando el marido está personalmente interesado? ¿Si su interés está en oposición con el de la familia, no podría sacrificar á su interés el de la mujer y de los hijos? Ahí en donde hay conflicto de intereses, no es importante que la justicia imparcial intervenga (2). Esto es cierto, pero toda esta argumentación va dirigida al legislador y no al intérprete. Sólo la ley puede crear excepciones, y no lo ha hecho en el caso de que tratamos: esto decide la cuestión.

### NUM. 3. DE LOS CASOS EN QUE LA JUSTICIA NO PUEDE AUTORIZAR A LA MUJER.

135. Una reciente sentencia de la corte de París (3) establece como principio que la disposición del art. 219 es general, que no admite excepciones y ni podía admitirlas.

1 Merlin, *Cuestiones de derecho*, en la palabra *Poder marital*, pfo. 4 (t. XII, p. 244). Demolombe, t. IV, p. 282 y siguiente, núms. 282, y 236. La jurisprudencia está dividida (véase Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *matrimonio*, núms. 813 y 814. Agréguese en el sentido de nuestra opinión, sentencia de Grenoble, de 11 de Marzo de 1851) (Dalloz, 1853, 2, 63), de Montpellier 18 nov. 1853 (Dalloz, 1856, 2, 202

2 Sent. 17 Diciembre 1808 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, número 814, 1.º) Hay una sentencia en el mismo sentido de la corte de Bruselas 1.º Junio 1857 (*Pasivicia*, 1857, 2, 274).

3 Sentencia, de 3 de Enero de 1868 (Dalloz, 1868, 2, 29).

La corte deduce de esto que la justicia puede siempre autorizar á la mujer, á denegación del marido; que principalmente puede autorizarla para un compromiso teatral. El principio es demasiado absoluto y la aplicación que le da la corte de París nos parece muy dudosa. El art. 219 permite al juez dar la autorización, cuando el marido se niega á autorizar á su mujer para *derogar un acto*. Esta disposición es la consecuencia del art. 217, que exige una autorización especial para cada acto, y el art. 223 prohíbe toda autorización general, salvo la que se dé á la mujer por contrato de matrimonio para la administración de sus bienes. El código toma, pues, en consideración, el patrimonio de la mujer, los actos de enagenación ó de administración que la mujer está en el caso de ejecutar para la gestión de su fortuna. ¿Pueden extenderse estas disposiciones al caso en que se trata de ejercer una profesión cualquiera? No lo creemos.

Si la profesión que la mujer quiere ejercer es la de comerciante, la mujer debe tener el consentimiento del marido, en los términos del art. 4 del código de comercio. La mayor parte de los autores enseñan que la justicia no puede, en este caso, conceder la autorización, si el marido la rehusa (1) ¿Y no debe decirse lo mismo de toda profesión? Nosotros no entramos en las preocupaciones que existen en nuestras costumbres contra el teatro y contra los artistas; no admitimos, con la corte de París, que la carrera teatral puede ser dignamente seguida; pero la corte confiesa que presenta muchos riesgos para una mujer joven. Haciendo abstracción de estos riesgos, el marido puede te-

1 Pardesus, *curso de derecho comercial*, t. I, núm. 63. Bravard, *Tra-  
tado de derecho comercial*, edic. De Mangnat, 1<sup>o</sup>, p. 93. Massé y Vergé  
acerca de Zachariæ, t. V, III, pfo. 134. Demolombe, t. IV, núm.  
248. La jurisprudencia está incierta (Daloz en la palabra *Convenient-  
te*, núm. 177).

ner repugnancia invencible de ver á su mujer en las tablas: ¿cómo admitir que el juez le haga violencia? Lo que del teatro decimos, lo aplicamos á todo género de profesión. El marido es el jefe de la familia, y á él corresponde ver si á ésta le conviene ejercer esta á aquella profesión para vivir.

La autorización para ejercer una profesión cualquiera es una autorización general, y los arts. 217 y 223 exigen que la autorización sea especial. El art. 4 del código de comercio se aparta de estas disposiciones, pero únicamente con la condición de que el marido otorgue su autorización. Ningún texto permite al juez conceder una autorización general, negándose á ello el marido. Si el juez la concediese, el marido podría deshacer lo que la justicia ha hecho. El tribunal autoriza á la mujer para contraer un compromiso teatral á pesar del marido. Este cambia de domicilio, la mujer debe seguirlo, ¿qué sucede entonces con la autorización de justicia?

136. Hay, además, otros actos para los cuales el juez no puede reemplazar la autorización del marido. El artículo 1029 dice: «La mujer casada no podrá aceptar la ejecución testamentaria sino con el consentimiento de su marido. Si está separada en bienes, sea por contrato de matrimonio, sea por juicio, podrá hacerlo con el consentimiento de su marido, ó, negándose éste, autorizada por la justicia.» Claramente resulta de esta disposición que si la mujer no está separada en bienes, no puede aceptar la ejecución testamentaria con la autorización del juez. Insistiremos en esta excepción en el título de las Donaciones.

137. El art. 1004 del código de procedimientos establece que no puede contraerse compromiso respecto á ninguna de las contestaciones que estén sometidas á comunicación del ministerio público. Ahora bien, entre estas con-

testaciones se encuentran, según el art. 83, núm. 6 (del mismo código), las causas de las mujeres no autorizadas por sus maridos. Siguese de aquí que la justicia no puede autorizar que la mujer se comprometa.

*Núm. 4.—Formas de la autorización judicial.*

138. Hay que distinguir los procesos y los actos extrajudiciales. Si la mujer quiere intentar una acción en justicia, debe primero intimarlo á su marido. Sólo después de que éste se niegue, es cuando la justicia interviene; así, pues, es forzoso que esta denegación esté legalmente comprobada. Después la mujer presenta instancia al presidente, le expone el asunto y los motivos por los cuales pide ella la autorización. A esta instancia, el presidente librará una orden dando permiso para citar al marido ante la cámara del consejo. El código de procedimientos (art. 861) agrega que el marido deducirá las causas de su denegación ante el tribunal. Como el juez está llamado á evacuar este conflicto, debe, después de haber oído á la mujer, oír también al marido (1).

Si el marido está ausente ó incapacitado, se siguen las formas prescritas por los arts. 863 y 864 del código de procedimientos, á los cuales remitimos al lector. Si el marido tiene impuesta una condena afflictiva ó infamante, no hay que hacer ninguna intimación; y según el art. 221 del código civil, el juez puede, en este caso, dar la autorización sin que el marido haya sido oído ó citado. Hay alguna dificultad cuando el marido es menor. Nosotros creemos con M. Demolombe que no hay para que hacerle una intimación ni para qué citarlo ante la cámara del consejo. ¿A qué conduce una intimación para dejar compro-

1 Véase la jurisp. en Dalloz, en la palabra *matrimonio*, núm. 884

bada la intimación, cuando el marido no puede rehusar ni consentir? ¿Para qué hacerlo comparecer ante el tribunal cuando no hay conflicto que resolver?

139. Hasta aquí hemos supuesto que la mujer es actora. Ni el código civil, ni el de procedimientos previenen el caso en que la mujer es la demandada. Proudhon indica un procedimiento muy sencillo que se sigue en la práctica y que se funda, sin duda, en una antigua tradición. El demandante asigna al marido juntamente con la mujer. Si el marido comparece, se hace parte en el litigio; hay en este caso autorización tácita, supuesto que hay concurso del marido en el acto. Si el marido falta, ó, si habiendo comparecido, rehusa seguir la acción judicial con su mujer, ó se rehusa á seguirla solo, el juez está llamado á dar la autorización (1). Beslier dice en la exposición de motivos, que la intervención del juez no es más que una simple formalidad, es decir, que la justicia concede siempre la autorización cuando el marido la rehusa (2).

Esto es demasiado absoluto. Precisamente porque el marido rehusa que su mujer se defienda, el tribunal debe examinar si puede, á pesar de esa denegación, conceder la autorización. ¿El tribunal debe dar la autorización de una manera expresa? La corte de casación juzga que puede ser tácita. Cuando el demandante concluye en que el juez autorice á la mujer, á denegación del marido, hay autorización implícita, si el juicio condena por falta al marido y á la mujer citados juntamente (3).

140. Quédanos por decir, cuáles son las formas que la mujer debe seguir cuando se trata de un acto extrajudicial.

1 Proudhon, *Tratado sobre el estado de las personas*, t. 1.<sup>o</sup>, p. 468. La jurisprudencia esta conforme (Sentencia de la corte de Orleans, de 5 de Mayo de 1849, Dalloz, 1849, 2. 161).

2 Loeré, *Legislacion civil*, t. X, p. 345, núm. 12.

3 Sentencia de 21 de Febrero de 1853 (Dalloz, 1853, 1, 157).

Hay alguna duda acerca de este punto. El art. 219 dice: «Si el marido se niega á autorizar á su mujer para otorgar un acto, la mujer puede mandar citar *directamente* á su marido ante el tribunal de primera instancia de la circunscripción del domicilio común, y éste podrá dar ó rehusar su autorización después de que el marido haya sido oído ó citado debidamente ante la cámara del consejo». En la práctica se considera esta disposición como abrogada por el art. 861 del código de procedimientos, que exige una intimación previa. Según el rigor de los principios, debería resolverse que no hay abrogación. El Juez sólo autoriza. El código sólo reglamenta el procedimiento para los actos extrajudiciales; este es el objeto del art. 209; nada dice de las instancias judiciales. Este vacío lo ha llenado el código de procedimientos, instituyendo que la mujer que quiera hacerse autorizar para la *promoción de sus derechos* debe desde luego hacerle una intimación á su marido. Cier- to es, por más que diga M. Demolombe que la expresión *promoción de derechos* marca un proceso; cuando la mujer otorga un acto, no puede decirse que prosigue un derecho, puesto que no tiene aún ninguno. Hay, pues, dos disposiciones distintas y que preveen casos diferentes: ¿cómo se quiere que un artículo que habla de los procesos derogue un artículo que habla de los derechos extrajudiciales? Sin embargo, en la práctica se sigue el art. 861 para los actos extrajudiciales tanto como para los judiciales, y, en efecto, la misma razón asiste para exigir una intimación para los unos como para los otros.

141. La autorización de justicia, lo mismo que la del marido, debe ser especial. Esto resulta de la combinación del art. 219 con el art. 217. El código exige el concurso del marido en el acto de su consentimiento por escrito; lo que implica la necesidad de una autorización especial. Es-

ta autorización especial es la que el juez debe suplir, si el marido la niega; así, pues, tiene que ser también especial. Y lo que es cierto en el caso de que el marido se niegue á autorizar á su mujer, se aplica, por identidad de motivos á los casos en que el marido esté en la imposibilidad de autorizar. Si el juez diese una autorización general, usurparía los poderes del marido, usurparía el poder marital; porque de antemano resolvería, sin el marido ó á su pesar, lo que el marido está llamado á resolver, á medida que la mujer vaya teniendo que otorgar un acto.

La jurisprudencia está conforme. Un juicio del tribunal de Burdeos autorizó á una mujer casada «para tratar con el señor B., ó cualquiera otra persona, bajo las cláusulas y condiciones que le pareciesen más convenientes á sus intereses.» La corte de Burdeos pronunció la nulidad de esta autorización, porque daba demasiada latitud á la mujer para responder al objeto de la especialidad; para ser especial, la autorización habría debido determinar la extensión de los compromisos á los cuales podía subscribir la mujer, restringiendo sus poderes dentro de ciertos límites. Una autorización vaga é incierta no es una autorización especial (1).

## § V. EFECTOS DE LA AUTORIZACION.

### *Núm. 1—Efecto de la autorización respecto á la mujer.*

142. Pothier asienta el principio en estos términos: «El efecto de la autorización es hacer á la mujer tan capaz del acto para el cual está autorizada como lo sería si no estuviese casada.» Así es que la mujer, de incapaz que era, se

1 Sentencia de 18 de Mayo 1833 (Daloz, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, núm. 912).

vuelve capaz. ¿Quiere esto decir que el acto sea plenamente válido en virtud de la autorización, y que la mujer no pueda ya atacarlo? Nó, ciertamente. La mujer ya no puede atacar el acto por motivo de incapacidad, supuesto que ella es capaz; pero si el acto está viciado por cualquiera otra causa, la mujer puede pedir su anulación. Esto es lo que Pothier agrega. «Así, pues, cuando una mujer menor es llamada por un acto que ha ejecutado con autorización, dice Pothier, la autorización no impide que el contrato sea susceptible de restitución» (1). No sucedería lo mismo en nuestro derecho moderno; siendo el marido el curador de su mujer, si ésta obra con su asistencia, no puede ella quejarse de haber sido dañada, porque asistida de su curador, se hace capaz, bien entendido, cuando se trata de un acto que puede ejecutar con esta simple asistencia. Si fuese un acto de disposición, podía ella pedir su anulación, aun cuando el marido la hubiese autorizado, puesto que no puede ella ejecutarlo sino con la autorización del consejo de familia la homologación del tribunal; la asistencia de su marido no cubre esta nulidad.

143. Hay un segundo principio en esta materia: la autorización no da capacidad á la mujer sino en cuanto al acto para el cual ha sido autorizada. Este principio se desprende de la regla que quiere que la autorización sea especial: así es que sólo vale para un acto determinado. Si la mujer, en lugar de ejecutar el acto para el cual ha sido autorizada ejecuta otro, no puede ya prevalerse de la autorización que se le ha otorgado; el acto es nulo como proveniente de una mujer no autorizada. En consecuencia, se ha juzgado que la mujer autorizada para el efecto de vender no había podido hacer válidamente una donación en la forma de venta. No hay que atenerse á la apariencia del

1 Pothier, *tratado del poder del marido*, núm. 76.

acto; la donación disfrazada no es una venta: la mujer no estaba, pues, autorizada para hacerla; y, por tanto, el acto, aunque calificado de venta, era nulo (1).

144. La aplicación de este segundo principio no deja de tener dificultades. Se supone que la mujer verifica un acto en ejecución de aquel que la ha autorizado: ¿es válido el acto? Si el acto de ejecución es una dependencia necesaria del primero, de manera que esté implícito en éste á título de accesorio, la mujer está autorizada para hacerlo; porque debe suponerse que al dar la autorización, el pensamiento del marido se ha fijado en el negocio íntegro, y que en consecuencia ha querido autorizar á su mujer para ejecutar todos los actos necesarios. Pero si el acto que la mujer otorga, aunque su ejecución de aquel por quien estaba autorizada, es un acto de una naturaleza diferente, un acto que el marido no ha podido preveer porque no era una dependencia necesaria de aquél para el cual dió su autorización, entónces el nuevo acto es nulo.

145. El principio es incontestable, pero no siempre es fácil aplicarlo. Se supone que la mujer está autorizada para pedir la liquidación de bienes, y que ésta se ha pronunciado. Ciertamente podrá proseguir la ejecución del juicio, porque la ley la obliga á proseguir esta ejecución dentro de la quincena que sigue al juicio (art. 1444). Hé aquí evidenciada una dependencia necesaria del acto para el cual la mujer ha sido autorizada. Por esto la jurisprudencia decide que el juicio dá á la mujer derecho, ó para mejor decir, le impone el deber de hacer todo lo que es necesario para obtener su ejecución, es decir, la liquidación de la comunidad y el pago de lo que el marido le debe (2).

1 Sentencia de Paq. 19 de Marzo, 1931. (Dalloz, en la palabra *Matrimonio* núm 915.

2 Véase la jurisprudencia en Dalloz en la palabra *matrimonio*, núm. 796, 1°, 3°.

¿Quiere esto decir que la mujer puede ejecutar todos los actos que se presenten en la liquidación de la comunidad? Es preciso aplicar el principio que acabamos de establecer. Si el acto es una consecuencia necesaria del juicio, la mujer puede hacerlo. La corte de casación, por aplicación del principio, ha resuelto que la mujer podrá pagar en subasta pública. Hay un motivo de duda. Ciertamente que la mujer puede apoderarse de los bienes inmuebles de su marido, promover su venta y hacerse su adjudicatoria; son estos actos de ejecución sin los cuales la mujer no podría obtener el pago de sus derechos. ¿Pero se ha de extender el poder hasta la puja, cuando un tercero se ha declarado adjudicatario? La corte de Grénoble ha resuelto la cuestión negativamente, fundándose en la naturaleza de la puja, acto exorbitante y peligroso para la mujer; la corte ha invocado el art. 217, que establece que la mujer, aun separada de bienes, no puede adquirir sin autorización marital. Esta sentencia sufrió casación (1). Hay que apuntar desde luego el art. 216 que supone la separación consumada; en cuanto á los riesgos que presenta la puja, son reales, pero al mismo tiempo es éste un derecho precioso, una garantía para la mujer, sin la cual tal vez no obtendría el pago de lo que se le debe. Estando autorizada la mujer, por el juicio de separación, para ejecutarlo por el pago de sus derechos y dote, debe deducirse que puede pujar, supuesto que la puja tiene precisamente por objeto realizar el recobro de su dote.

La corte de Paris ha juzgado que la mujer no podía, en virtud del juicio de separación, ejecutar contra un tercer comprador la acción de rescisión por lesión de una venta

1 Sentencia de la corte de casación de 29 de Marzo de 1853 (Dalloz, 1853, 1, 103).

llevada á cabo por el marido (1). Esto nos parece dudoso. Si, como debe suponerse, la rescisión de la venta fuese necesaria para asegurar el pago de los derechos y dote de la mujer, ¿por qué ésta no había de poder intentar esa acción? ¿No es esta una consecuencia necesaria del juicio que se ha pronunciado para garantir sus intereses? La garantía de sus intereses es el fin, la acción en rescisión el medio de alcanzarlo. Esto nos parece que decide la cuestión á favor de la mujer.

La corte de casación ha juzgado que la mujer que ha obtenido la separación no puede, sin autorización, comparecer en juicio con motivo de disputa suscitada por la administración del registro, concerniente á la cuantía de los derechos por pagar según el juicio que liquida la comunidad. Hay una razón para dudar; puede decirse que el juicio es el último acto de la liquidación, que desde luego se debe aplicar á este juicio el principio de que la mujer puede hacer todo lo que es necesario para el pago de sus derechos y dote. Pero hay una razón decisiva contra la mujer, y es que el juicio termina la liquidación. La defensa de la mujer contra las pretensiones de la administración del registro es una instancia nueva que nada tiene de común con las operaciones de la liquidación, y que por lo mismo necesita una autorización especial (2).

146. Se ha juzgado que la mujer autorizada para tratar con un tercero acerca del establecimiento de una casa de educación, estaba, por este hecho mismo, autorizada para suscribir las obligaciones relativas. (3). Esta decisión pue-

1 Sentencia de 13 de Marzo de 1817 (Daloz, en la palabra *acción* núm. 148). Hay una sentencia análoga de la corte de París, de 27 de Julio de 1850 (Daloz, 1851, 2, 168).

2 Sentencia de casación de 11 de Enero de 1854 (Daloz, 1854, 1, 14).

3 Sentencia de París, de Julio de 1852 (Daloz, 1852, 2, 202).

de tener algún fundamento, pero está formulada de un modo demasiado vago; hay que limitarla en el sentido de que los compromisos contraídos por la mujer deben ser una consecuencia necesaria de la operación que el marido ha autorizado.

La corte de casación ha resuelto que las obligaciones comerciales suscritas por la mujer eran nulas, aun cuando fuesen contraídas en ejecución de un primer compromiso que ella se hubiese procurado con la autorización de su marido, siendo este compromiso puramente civil (1). Esta decisión es muy jurídica. Las obligaciones comerciales difieren en mucho de las obligaciones civiles, por lo que la mujer que las contrae debe tener una autorización especial. Puede suceder que el marido consienta en que su mujer se obligue civilmente, pero que le rehuse la autorización para suscribir un compromiso comercial. De aquí la necesidad de una nueva autorización.

147. La mujer está autorizada para seguir un litigio. ¿Qué actos puede ejercitar en virtud de esta autorización? Pregúntase si puede transigir. Evidentemente que nó. Se litiga para obtener justicia, sea promoviendo sus derechos como actor, sea repeliendo la demanda como reo. Ahora bien, el que transige renuncia por lo menos á una parte de sus derechos. Así, pues, transigir no es litigar. Por esto el art. 2043 exige que el que transige tenga la capacidad de disponer de los objetos comprendidos en la transacción. En verdad que el marido que autoriza á la mujer para reclamar un derecho no entiende autorizarla para disponer de él, y al autorizarla para defender, quiere que ella combata las pretensiones del demandante, muy lejos de abandonar su derecho en todo ó en parte. No hay duda acerca de este punto.

1 Sentencia de 26 de Junio de 1839 (Daloz, en la palabra *Competencia comercial*, núm. 225).

Por la misma razón, la mujer autorizada para litigar no puede desistirse de su demanda sin una nueva autorización; porque el desistimiento implica la renuncia de un derecho, y por lo tanto una enagenación; ahora bien, no es para enagenar su derecho para lo que el marido ha autorizado á su mujer, sino, al contrario, para proseguir su ejecución forzosa. Esto decide la cuestión. La jurisprudencia está unánime en este sentido (1).

Otro tanto hay que decir de la aquiescencia. Consentir no es litigar, es reconocer las pretensiones de la parte contraria, y por lo tanto es renunciar á su derecho; ahora bien, la mujer ha sido autorizada para sostener su derecho por medio de un litigio, y para abdicarlo. La cuestión ha sido resuelta en este sentido por una sentencia de la corte de París (2). Hay una sentencia contraria de la corte de casación (3). La corte parte de este principio, que la autorización dada á la mujer para defenderse no le da únicamente el poder de seguir el procedimiento y de combatir las pretensiones del demandante, sino también el de consentir en ellas si las halla justificadas ó dar su aquiescencia al juicio promovido contra ella. Ahora bien, al dar su aquiescencia, detiene ella el curso de la justicia, y pone término á la causa judicial. Hay, no obstante, un motivo de duda cuando la aquiescencia sobreviene después que se ha pronunciado el juicio. La mujer puede no interponer apelación, lo que equivale á una aquiescencia tácita; si puede ella consentir tácitamente ¿por qué no había de poder hacerlo expresamente? La respuesta es muy sencilla: porque hay diferencia entre el consentimiento expreso y el hecho de no interponer apelación. Al consentir, la mujer renuncia al

1 Sentencia de 7 de Diciembre de 1863 (Dalloz, 1864, 1, 119).

2 Sentencia de 16 de Marzo 1839 (Dalloz, en la palabra *matrimonio*, núm. 796, 4°)

3 Sentencia de 7 de Diciembre 1863 (Dalloz, 1864, 1, 119).

derecho de apelación. ¿Y la autorización para litigar implica el poder de la mujer para renunciar á litigar? Mientras ella no consiente, conserva el derecho que le da la ley para interponer apelación. Cierto es que en definitiva, la mujer al guardar silencio, renuncia á la apelación. ¿Y puede hacerlo sin autorización? Esto es lo que examinaremos más adelante (1).

148. ¿La mujer autorizada para litigar puede deferir el juramento ó aceptar el que se le defiere? Nó, porque el juramento implica una transacción; y la mujer, aunque autorizada para litigar, no puede transigir. Esto decide la cuestión, tanto para la aceptación del juramento como para la delación. Se hace una objeción para el caso en que el juramento le es deferido á la mujer. El adversario de la mujer, se dice, tiene el derecho de diferirle el juramento, y si se niega á la mujer autorización para aceptarlo, este derecho no puede ser ejercitado. Sin duda que cada parte puede deferir á la otra el juramento. ¿Pero es éste un hecho absoluto? Nó, el ejercicio de un derecho supone la capacidad de las partes contrayentes; y como la mujer es incapaz de transigir sin autorización especial, es también incapaz para deferir el juramento y para aceptarlo. La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo (2).

¿La mujer autorizada para litigar puede hacer una confesión? Nosotros creemos que la cuestión debe decidirse negativamente. La confesión implica la disposición, la enagenación del derecho de que es objeto; en efecto, según los términos del art. 1356, hace fe plena contra aquel de quien emana. Así es que la autorización para litigar no implica la de hacer una confesión: La mujer no puede

1 Véase en el sentido de nuestra opinión, una sentencia de Bruselas, 17 de Febrero 1868 (*Pasicrisia*, 1868, 1, 405).

2 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *matrimonio*, núm. 918.

transigir; ahora bien, al transigir hace también una confesión, pero parcial, renuncia á una parte de sus derechos. Con mayor razón no puede abdicar todo su derecho, haciendo una confesión. Existe una sentencia contraria de la corte de casación, pero como no está motivada no tiene valor doctrinal (1). M. Demolombe objeta que la mujer autorizada para litigar lo está «para correr todas las vicisitudes de la lucha judicial.» Hé aquí una de esas frases de efecto que debían proscribirse del lenguaje jurídico. Sin duda que la mujer corre todas las vicisitudes del proceso, en el sentido de que puede perderlo; está autorizada para perderlo por la decisión del juez, pero no para perderlo disponiendo de su derecho, ni por una confesión, ni por un juramento. En vano se dice que el adversario de la mujer tiene derecho á interrogarla sobre hechos y artículos. Sí, tiene ese derecho, pero con la condición de que la mujer sea capaz de contestar; ahora bien, cuando la respuesta es una confesión, la mujer es incapaz y necesita una autorización especial para cubrir su incapacidad (2).

149. ¿La mujer autorizada para litigar puede seguir todos los grados de jurisdicción, interponer apelación y casación? No es necesario decir que si la autorización se da para un grado determinado de jurisdicción, debe restringirse dentro de estos límites. Esta es la aplicación del principio de la especialidad. La mujer autorizada para litigar en primera instancia, necesita una nueva autorización para ir á casación. ¿Si la autorización se da expresamente para todas las instancias, la mujer puede litigar en apelación y en casación? La doctrina y la jurisprudencia admiten la afirmativa. La autorización, se dice, es especial, supuesto que

1 Sentencia de 22 de Abril 1823. Dalloz, en la palabra *matrimonio*, núm. 919.

2 Demolombe, *curso del código Napoleon*, t. IV p. 373 núm. 284.

sólo se da para un proceso determinado (1). Sin duda alguna, ¿pero basta con esto? La ley exige la autorización, no sólo para amparar la autoridad marital, sino también para proteger á la mujer y á la familia. Para que se obtenga este resultado, preciso es que el marido, en el momento en que autoriza á su mujer, se dé cuenta exacta del negocio. Hay, en este concepto, una gran diferencia entre los contratos y los procesos. Cuando la mujer otorga un acto el negocio se consuma en el momento mismo en que se celebra el contrato; el marido sabe todo lo que debe saber; mientras que el marido que autoriza á su mujer para litigar no puede conocer los medios que el adversario hará valer; el negocio puede completamente cambiar de faz en el curso de la primera instancia, y desde entonces, si se quiere una protección eficaz para los intereses de la mujer y de la familia, se necesita que después del juicio de primera instancia intervengan una deliberación y una autorización nuevas. Una autorización general otorgada para todas las instancias, podría comprometer los intereses que el marido está llamado á garantizar; no responde, pues, al objeto de la ley, y por lo mismo es nula.

Hay una opinión absolutamente contraria á la que acabamos de sostener. M. Demolombe enseña que la mujer autorizada para litigar puede ir á apelación y á casación, desde el momento en que la autorización no se limita á una sola instancia. Autorizada la mujer para litigar puede, por esto mismo, sostener su derecho á través de todas las instancias, hasta casación. Acerca de este último punto, M. Demolombe parece vacilar, porque aconseja al adversario de la mujer que ponga al marido en causa ante la corte su-

1 Demolombe, *curso del código Napoleón*, t. IV, p. 274, núm. 285. Sentencia de la corte de casación de 1º de Marzo 1858, Dalloz, 1858, I, 104. Una sentencia de Bruselas, 26 de Febrero 1868, admite la autorización general, hasta tácita, *Pasicrisia*, 1868, I, 151.

prema. Confiesa que después de cada instancia, sería útil que el marido examinase de nuevo, supuesto que no es la misma la situación (1).

Esta confesión es la condenación de su doctrina. Supuesto que la situación no es la misma, es como si hubiese un nuevo acto jurídico, y por lo mismo necesidad de una autorización nueva. La doctrina de Demolombe se ha quedado aislada (2).

La jurisprudencia está dividida é incierta. Hay sentencias que consagran una distinción. La mujer autorizada para litigar ha ganado en primera instancia; la parte contraria interpone apelación. No necesita estar autorizada, se dice. ¿Y para qué? El marido desea que ella gane su proceso cuando la autoriza para litigar; ella lo ha ganado; desde este momento la intención del marido es ciertamente que ella sostenga su derecho en apelación. Inútil es proceder á un nuevo examen supuesto que las previsiones del marido se han realizado. Nosotros creemos que aun en este caso, sería necesaria una nueva autorización. La apelación interpuesta por el contrario de la mujer destruye el juicio de primera instancia; se traba un nuevo debate y puede interesar á la mujer transar en lugar de litigar. Hay tal victoria en primera instancia que anuncia una derrota cierta en apelación. Se dice que la apelación es una vía ordinaria que ha debido ser prevista por el marido; y hasta hay una corte que ha llegado á decir que la apelación no es una nueva instancia puesto que se trata siempre de los mismos derechos que defender y de las mismas cuestiones que juzgar (3). Esto no es exacto, porque pueden presentarse

1 Demolombe, *curso del código Napoleón*, t. IV, p. 375, núm. 387.

2 Véase la doctrina en Dalloz, en la palabra *matrimonio*, núm. 782, y sentencia de la corte de casación de 15 de Marzo de 1848 (Dalloz, 1848, 1, 119).

3 Sentencia de Bourges, de 27 de Noviembre de 1829, Dalloz, en

en apelación nuevas cuestiones. ¿Por otra parte, acaso la apelación no reduce á la nada el primer juicio? ¿No es elemental que hay una segunda instancia? ¿Y habiendo perdido la mujer en primera instancia, no están contra ella las probabilidades, mientras que, antes de entablar el proceso, el marido podía creer que las probabilidades estaban á favor de su mujer (1).

Aun podría sostenerse que la mujer necesita de autorización, cuando sucumbe en primera instancia, aunque no interponga apelación. En efecto, no interponer apelación, equivale á desistirse de sus pretensiones, equivale á dar aquiescencia al juicio. Ahora bien, la opinión general es que la mujer no puede consentir sin una autorización especial. ¿Y cómo es que lo que no puede hacer directamente podría hacerlo indirectamente? Cierto es que la mujer en este caso no concurre á acto alguno, sino que guarda silencio; pero su silencio implica un acto, y un acto que puede serlo muy perjudicial, tanto á ella como á su familia, y este acto es la renuncia de una segunda instancia. ¿No se necesita que el marido intervenga para examinar si hay lugar á apelación, ó si es preferible consentir?

150. Hasta aquí, hemos supuesto que el marido autoriza á su mujer. ¿La autorización judicial está regida por los mismos principios? No es dudosa la afirmativa. En efecto, la autorización no cambia de naturaleza cuando la da el juez, porque el tribunal no hace más que ponerse en lugar del marido. La jurisprudencia está en este sentido; las sentencias que hemos citado, aplican indistintamente al juez y al mari-

la palabra *matrimonio*, núm. 733, 3º, y *ibid*, otras sentencias en el mismo sentido

1 Véanse, en este sentido, las sentencias citadas por Dalloz, en la palabra *matrimonio*, núm. 782 y 776, y sentencia de la corte de casación del 15 de Diciembre de 1817, Dalloz, 1818, 5, 19; de Burdeos de 3 de Marzo de 1831. Dalloz, 1852, 2, 44 y de Aix de 13 de Marzo de 1862. Dalloz, 1862, 2, 191.

do el principio de que la autorización se limita al acto para el cual se ha otorgado. Ella aplica igualmente á la autorización judicial el principio de que la autorización debe restringirse á la instancia para la cual se ha otorgado. La corte de casación interpreta de una manera todavía más restrictiva la autorización que se da incidentalmente por el tribunal penetrado de la contienda; ha resuelto que la mujer autorizada de este modo para una primera instancia no puede interponer apelación, ni defenderse contra la apelación interpuesta por la parte contraria, sin una nueva autorización, aun cuando el tribunal hubiese dicho que la mujer está autorizada para proceder y para proseguir la acción, no pudiendo referirse estos términos sino á la acción que se había entablado por el momento (1). ¿Por qué la corte interpreta de un modo tan restricto la autorización concedida incidentalmente por el juez? Porque, como lo expresa otra sentencia, la autorización que se dá incidentalmente para la instancia principal, está necesariamente limitada para esta instancia (2).

Podríamos invocar estas sentencias á favor de nuestra opinión si no hubiese otras igualmente emanadas de la corte de casación, que admiten una interpretación más amplia, cuando la autorización la da al juez á una demanda principal. Así es que se ha resuelto que el juicio que autoriza á una mujer para comparecer en justicia, cuando se verifica después de un juicio precedente pronunciado contra la mujer, se aplica tanto á las instancias comenzadas como á las que se tienen que seguir, y por consiguiente á la apelación que se puede intentar (3). Una sentencia más re-

1 Sentencia, 18 de Agosto de 1857, Dalloz, 1851, 1, 333.

2 Sentencia, 29 de Junio de 1842 Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 201.

3 Sentencia, 5 de Agosto 1840, Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, núm. 901.

ciente ha juzgado que la autorización otorgada á una mujer casada para *proceder á instancia suya* en separación de cuerpo, debe, en razón á la generalidad de estas expresiones, interpretarse en el sentido de que se aplica á todos los grados de procedimiento; que, en consecuencia, la mujer autorizada de este modo puede, sin nueva autorización, interponer apelación del juicio que ha desechado su acción (1).

Esta última decisión nos parece contraria al principio de la especialidad de la autorización. Los términos *proceden á instancia suya*, no significan más que la autorización para seguir la instancia que va á entablarse, es decir, la primera instancia. De nuevo confesamos que no entendemos la distinción que la corte parece hacer y que M. Demolombe aprueba (2), entre la autorización que se da incidentalmente y la autorización concedida sobre una acción principal. Trátase siempre de un solo y mismo hecho jurídico. ¿Cambia la autorización de carácter según que es incidental ó principal? ¿Por qué ha de ser que la mujer esté menos protegida cuando pide la autorización por acción principal? El derecho es una ciencia lógica; ¡que la lógica presida, pues, á sus decisiones! La autorización es una; los principios que la rigen deben, pues, ser idénticos.

*Núm. 2.—Efecto de la autorización respecto al marido.*

151. Los efectos de la autorización en cuando al marido, difieren según que él ó el juez la otorgan. Cuando él es el que autoriza á su mujer, la autorización á su respecto, no tiene en principio ningún efecto; él no está obligado por el acto jurídico que la mujer lleva á cabo con su autorización. Esto es la aplicación del antiguo adagio: «El que

1 Sentencia de 23 de Diciembre de 1864, Dalloz, 1865 I, 384.

2 Demolombe, *Curso de Código Napoleon*, t. IV, p. 381, núm. 290.

autoriza no se obliga.» Esta máxima funda en el motivo sencillísimo de que sin consentimiento no hay obligación. Ahora bien, cierto es que el que autoriza consienta en lo que se obliga la persona autorizada, pero esto no quiere decir que se obliga. Así, pues, el marido que autoriza á su mujer no se obliga. La autorización interviene únicamente para cubrir la incapacidad de la mujer casada; así es que, en general, no puede tener efecto alguno respecto al marido. Esto es elemental, é inútil es citar testimonios y autoridades. No obstante, la regla sufre algunas excepciones.

152. Hay excepción cuando los consortes están casados bajo el régimen de la comunidad. El art. 1419 establece: «Los acreedores pueden perseguir el pago de las deudas que la mujer ha contraído con el consentimiento del marido, tanto sobre los bienes de la comunidad como sobre los del marido y los de la mujer.» Nosotros diremos en el *contrato de matrimonio*, por qué y en qué sentido estas deudas caen sobre la comunidad; por este solo hecho, vuélvense deudas del marido; porque es de principio que toda deuda de la comunidad se vuelve deuda del marido, por razón de que los bienes de la comunidad y los del marido no forman más que un patrimonio solo y único. De aquí resulta una consecuencia muy importante. Según los términos del art. 220, la mujer comerciante obliga también á su marido, si hay comunidad entre los dos. Consiste la razón en que la mujer no puede comerciar sin autorización marital; por lo que las obligaciones que ella suscribe están contraídas con el consentimiento del marido; y por lo mismo están á cargo de la comunidad, es decir, del marido.

La excepción que establece, el art. 1419 y la aplicación que de ella hace el art. 220 están limitadas por la ley al régimen de comunidad. Están, en efecto, fundadas en la

naturaleza particular de este régimen. Bajo los otros regímenes, hay que mantener el principio de que el que autoriza no se obliga. Esto sería así aun cuando la obligación suscrita por la mujer aprovechase al marido, aun cuando se hubiese contraído consultando el interés de éste. Y esto es consecuencia de este principio elemental: que nadie puede obligarse sino por su consentimiento. Sólo hay excepción cuando hay cuasi-contrato de gerencia de negocio; pues este caso nada de común tiene con la autorización marital. Así, pues, cuando una obligación no ha sido contraída ni por el marido ni para él y en su nombre, el marido no puede ser obligado. La aplicación de estos principios no carece de dificultad. La aplazamos para el título del *Contrato de matrimonio*.

¿Quiere esto decir que, bajo otros regímenes que no sean el de la comunidad, la autorización del marido no tiene efecto alguno á su respecto? La decisión de la cuestión depende de la naturaleza del régimen y de los términos de la autorización dada por el marido. Bajo el régimen de separación de bienes los consortes son completamente extraños el uno al otro en lo concerniente á sus intereses; el marido no tiene ningún derecho sobre los bienes de la mujer, y desde luego las obligaciones que ésta contraiga no pueden tener efecto alguno sobre el marido. Supongamos que éste la autorice para enagenar un mueble de que él disfruta ¿esta enagenación lo privaría de disfrutarlo? Esta es una cuestión de intención, y para conocerla hay que conocer los términos de que se ha servido el marido. Si el marido ha autorizado á la mujer para enagenar la propiedad desnuda, ni siquiera hay cuestión; pero si la ha autorizado para enagenar el total de la propiedad, entonces él renuncia á su usufructo. Esto se decide así por argumento del art. 1555. Insistiremos acerca de este punto en el título del *Contrato*

*de matrimonio.* Hagamos notar únicamente que aquí no se trata de una verdadera excepción al principio de que el que autoriza no se obliga. Si el marido pierde el goce de la cosa, es porque así lo ha querido. No por esto está obligado por el compromiso que la mujer ha contraído.

153. La autorización judicial ningún efecto tiene respecto al marido, aun cuando los consortes estén casados por el régimen de la comunidad; según los términos del art. 1420, los actos ejecutados por la mujer con autorización de la justicia no comprometen los bienes de la comunidad. No hay más excepción á esta regla sino en los casos previstos por el art. 1427. Volveremos más adelante á insistir en esto.

El art. 1426 no distingue si la justicia ha autorizado á la mujer á denegación del marido, ó porque éste es incapaz, y no hay lugar á distinguir. En efecto, según los términos del art. 149, el marido no está obligado sino cuando la mujer ha contraído una deuda con su consentimiento; ahora bien, el marido menor ó incapacitado ciertamente que no puede consentir; así, pues, no está obligado. El artículo 1427 confirma esta doctrina, disponiendo que la mujer no obliga á la comunidad, y por consiguiente al marido, en caso de ausencia, sino por excepción á la regla general. La regla es, pues, que en los demás casos en que el marido es incapaz de consentir, no está obligado. Objétanse los arts. 1413 y 1417, que sólo prevenen el caso de denegación del marido; pero no siendo estas disposiciones más que aplicaciones del principio general asentado por el art. 1426, deben interpretarse en el sentido de la regla y no como una excepción á ésta, excepción que nada justificaría; la ley ha previsto el caso ordinario de denegación, pero sin pretender excluir los casos de incapacidad. Esta es la opinión general (1).

1 Zachariae, t. III, pfo. 472, p. 342, nota 17. Demolombe, t. III, p. 423, núm. 319.

## § VI. DEL DEFECTO DE AUTORIZACION.

*Núm. 1.—De la nulidad.*

154. El código no pronuncia la nulidad de los actos ejecutados por la mujer sin autorización marital, en una disposición directa y principal; se limita á decidir en el artículo 225 cuál es el carácter de la nulidad. Esta disposición supone que hay nulidad; ésta, en efecto, resulta de los términos prohibitivos de que se sirve el legislador para establecer la incapacidad de la mujer casada (1). Queda por saber si la nulidad es absoluta ó relativa. En el antiguo derecho era absoluta, hasta el punto de que la misma mujer no podía prevalerse de los actos que había verificado sin autorización, aun cuando le fuesen ventajosos. Justificábase este rigor diciendo que la nulidad se fundaba en el deber de decoro que el matrimonio imponía á la mujer; ésta no debía mezclarse con los hombres, ni tratar con ellos, sin estar autorizada por su marido (2). El código parte de otro principio. Exige la autorización del marido, como consecuencia del poder marital y como garantía de los intereses de la mujer y de la familia. Desde entonces el carácter de la nulidad debía cambiar: de absoluta que era se vuelve relativa. Según los términos del art. 225 «la nulidad fundada en el defecto de autorización no puede oponerse sino por la mujer, por el marido ó por los herederos.» Esta disposición no hace más que aplicar el principio general que rige las nulidades: cuando no son absolutas no pueden invocarse sino por aquellos por cuyos intereses se establecen (3). La mujer puede oponer la nulidad

1 Véase el tomo I de mis *Principios*, núm. 61.

2 Merlín, "Repertorio," en la palabra "autorización marital," secciones I y II.

3 Véase el tomo I de mis "Principios."

porque es incapaz; el marido porque se ha desconocido su autoridad; los herederos porque la autorización tiene por objeto poner á cubierto los intereses de la familia.

155. Los terceros no pueden, pues, prevalerse del defecto de autorización, poco importa que sean ó nó partes en el contrato. Cuando han contraído con la mujer no autorizada, son rechazados por el art. 1125. Y aun cuando no hubiesen contraído obligación, no pueden pedir la nulidad, por la sencillísima razón de que la nulidad es relativa y que no puede introducirse á favor de ellos. La jurisprudencia es constante en este sentido, y debe ser superior á las vacilaciones que existen en la doctrina.

La mujer consiente en una hipoteca sin autorización marital. Hay nulidad; ¿el detentador tercero del inmueble puede oponerla? La corte de Lyon ha resuelto que no lo podía (1). Hace la mujer una puja en subasta pública sin estar autorizada para ello; el acto es nulo, porque el que puja contrae una obligación, y la mujer no puede obligarse sin autorización. Pregúntase si el adjudicatario ó un tercer adquirente puede invocar la nulidad. Las cortes de Grenoble y de Caen han juzgado que no lo pueden (2). En vano se ha objetado que como los terceros no han tratado con la mujer, no incurren en falta (3). La consideración de la falta es extraña á la cuestión. Trátase únicamente de saber si la nulidad es absoluta ó si es relativa; el art. 225 decide que es relativa, é indica las personas por cuyo interés se establece, y las que, en consecuencia, pueden prevalerse de ella. Así, pues, otra persona cualquiera no lo pue-

1 Sentencia de 27 de Marzo de 1832, Dalloz, en la palabra *autorización marital*, secciones I y II.

2 Sentencia de Grenoble de 11 de Junio de 1825, Dalloz, en la palabra *matrimonio* núm. 948; de Caen, del 9 de Enero de 1849; Dalloz, 1853, 2, 36.

3 Esta es la opinión de Troplong, *de las hipotecas*, t. IV, núm 955.

de; lo que excluye á todos los terceros. Cierto es que el art. 1125 no habla más que de las personas que han contratado con la mujer casada; pero ¿qué importa? El art. 225 es el que asienta el principio; el art. 1125 sólo un objeto tiene, y es decir que las personas capaces que tratan con un incapaz, no pueden prevalerse de la incapacidad de éste; no dice que los terceros que no han sido partes en el contrato lo pueden; el art. 225 decide que no lo pueden.

156. Estos principios se aplican á la mujer que comparece en justicia sin autorización marital. Si la mujer intenta una acción sin que para ello esté autorizada, es vula la asignación, pero el demandado no puede oponer esta nulidad. ¿Quiere esto decir que el demandado no pueda pedir que la posición de la mujer se regularice? Ciertamente que lo puede, porque está en su interes no entrar en un procedimiento frustratorio. ¿De qué le serviría ganar su proceso, supuesto que la mujer podría oponerle la nulidad del juicio? ¿Qué camino debe tomar? El puede ó traer á la causa al marido, ú oponer una excepción dilatoria á la mujer. En rigor, el demandado no puede ya oponer la nulidad por vía de excepción, tanto como por vía de acción. Prevalce la opinión contraria en la doctrina y en la jurisprudencia (1). Nosotros no insistimos, porque es esta una cuestión de procedimiento.

Si la mujer es la parte demandada, la asignación es nula, por el solo hecho de que se da contra la mujer sola; en consecuencia, todo el procedimiento, así como la sentencia, son igualmente nulos. Pothier así lo decide, y la jurisprudencia está en el mismo sentido (2). Se objeta que

1 Merin, *Repertorio*, en la palabra *Autorización marital*, sección III, § 4. Demolombe, t. IV, p. 451, núm 351. Dalloz en la palabra *matrimonio*, núm. 949.

2 Pothier, *del poder del marido*, núm. 55. Dalloz, en la palabra *matrimonio* núm 860.

esta jurisprudencia es dura (1). Sea, hay que contestar con los jurisconsultos romanos: la ley es dura, pero es la ley. Permitir al juez que invoque la equidad contra la severidad de la ley, es ponerlo por encima del legislador.

157. La nulidad que resulta de la falta de autorización, es una nulidad relativa, como todas las nulidades que se fundan en la incapacidad. Seguir los términos del art. 1125, «el menor, el incapacitado y la mujer casada no pueden atacar, á causa de su incapacidad, sus compromisos, sino en los casos previstos por la ley.» Esta disposición está mal redactada; coloca en la misma línea todas las nulidades que resultan de la incapacidad, siendo así que hay considerables diferencias entre el menor, por una parte, y la mujer casada y el incapacitado por la otra.

La cuestión es saber si los actos otorgados por los incapaces son nulos de derecho, en el sentido de que basta que el acto lo verifique un incapaz para que deba anularse. Así pasa con el incapacitado, según el art. 502, que dice: «Serán nulos todos los actos en que intervenga un incapacitado después del juicio que lo declara incapaz.» Sábese que no sucede lo mismo con los actos en que intervienen menores, á estos puédese aplicar literalmente el art. 1125; no pueden atacar los actos que ejecutan, sino en los casos previstos por la ley, y hay que agregar para los casos por ella previstos. ¿Débese asimilar á las mujeres casadas con los menores y con los incapacitados? Hay que decir de ellas lo que la ley dice de los incapacitados: los actos en que intervienen sin autorización, son nulos de derecho. Ellas pueden atacarlos por solo el hecho de que han sido autorizadas, y el tribunal debería fallar la nulidad. No tienen ellas necesidad de probar que han sufrido lesión. ¿Por qué la ley no exige que las mujeres prueben la lesión, así como en ge-

1 Demolombe, *Curso de Código Napoleon*, t. IV p. 495, núm. 352.

neral lo exige á los menores? Porque la nulidad se funda en que ha sido desconocido el poder marital esto nada tiene de común con la lesión. No se necesita decir que en los casos en que la mujer no necesita autorización, no puede tratarse de nulidad.

*Núm. 2.—Quién puede oponer la nulidad.*

158. La acción en nulidad pertenece al marido, según el art. 225. En tanto que el matrimonio dure, su derecho es incontestable; él puede atacar el acto llevado á cabo por la mujer sin estar autorizada, fundándose en la falta sola de la autorización. El interés del marido es moral en este caso; él venga su autoridad menospreciada por la mujer. Nuestro texto lo expresa: «La nulidad fundada en la *falta de autorización.*» ¿Puede también el marido atacar el acto después de la disolución del matrimonio? Ya no puede hacerlo á nombre del poder marital violado, supuesto que ya no hay poder que poner á cubierto. ¿Y puede hacerlo si hay un interés pecuniario? Sí; el art. 225 lo prueba, supuesto que da acción de nulidad á los herederos del marido, con mayor razón el marido debe tenerla; pero como no puede obrar en virtud de un interés moral, y como no hay acción sin interés, hay que decir que deberá fundar su acción en un interés pecuniario. Esto raras veces sucederá, pero puede suceder. La mujer ha renunciado á una sucesión mobiliaria que debía entrar en comunidad; sus coherederos se han apoderado del mobiliario hereditario. En este caso, ciertamente que el marido tiene interés en pedir la nulidad de la renuncia: si no lo hizo durante el matrimonio, podrá hacerlo después de su disolución. Sus mismos acreedores podrían hacerlo, porque el derecho del marido es puramente pecuniario; mientras que ellos no po-

drian obrar durante el matrimonio, porque entonces el derecho del marido es puramente moral (1).

## II.—*De la mujer.*

159. La mujer puede pedir la nulidad, fundándose en la falta de autorización. Y lo puede sin que esté obligada á probar lesión. La ley no lo exige, y con razón. No hay que distinguir si se trata de un acto de administración ó de un acto de disposición. Se hace esta distinción para el menor y no para la mujer casada, porque no habría lugar para hacerla. La ley quiere que la mujer esté autorizada para poner á cubierto no sólo sus intereses, sino los de toda la familia. Supuesto que la autorización se considera necesaria para proteger á la familia, la consecuencia debe ser que por el sólo hecho de que la mujer ha obrado sin estar autorizada, estos intereses se presumen lesionados. Así, pues, la mujer debe tener derechos á intentar la nulidad, por el solo hecho de que no ha sido autorizada.

160. ¿Puede la mujer pedir la nulidad si en el acto no ha declarado que era casada? ¿ó si se ha declarado doncella ó viuda? ¿ó si se han empleado maniobras fraudulentas para hacer creer que no era casada? Nosotros creemos que es fuerza distinguir. Si la mujer figura en una instancia, ó en un acto, como doncella, sin que á este respecto haya hecho ninguna declaración, puede intentar nulidad. En este caso no hay duda alguna, y todos están de acuerdo (2). Nada

1 Marcadé, "Curso elemental," t. 1º, p. 567, art. 225, núm. 111. La corte de casación ha resuelto, que los acredores pueden tener acción aun durante el matrimonio, si el marido tiene un interés pecuniario en la anulación (sentencia de 11 de Agosto de 1822, en Dallos en la palabra "matrimonio," núm. 939). Volveremos á la cuestión en el título de las "Obligaciones."

2 Marcadé, t. 1º, p. 567, art. 225, núm. 11. Sentencia de la corte de casación de 15 de Noviembre de 1836 (Dallos, en la palabra "matrimonio, núm. 959, 3º)

más que el silencio puede echarse en cara á la mujer, pues no es á ella á quien corresponde dar á conocer su condición, sino que al que con ella trata toca informarse sobre este punto. La cuestión se hace más dudosa cuando la mujer se ha declarado doncella ó viuda. Si no ha puesto en juego procedimientos fraudulentos, hay que aplicar por analogía el art. 1307, que dice: «La simple declaración de mayoría hecha por el menor, no es obstáculo para su restitución. ¿Por qué permite la ley que el menor intente la nulidad, aunque se haya declarado mayor? Si la simple declaración de mayoría fuese bastante para hacer válido el acto verificado por un menor, la protección que la ley ha querido asegurarle sería ilusoria las más de las veces; la declaración de mayoría vendría á ser de estilo, y el menor se quedaría sin garantía. Estos motivos se aplican también á la mujer casada (1). Hay, pues, que decir con el adagio, que allí en donde hay la misma razón para decidir, debe haber la misma decisión. ¿Los terceros dirán que han sido engañados? Esta consideración no ha detenido al legislador cuando se trata de los menores, y no debe detenernos cuando se trata de la mujer casada. Corresponde á los terceros informarse, y nada tan fácil como esto, supuesto que los requisitos del estado civil son públicos. El principio está admitido generalmente por la doctrina y por la jurisprudencia. Marcadé objeta que hay una diferencia entre el menor y la mujer casada: que se puede, al aspecto solo de la figura de un menor, adivinar ó conjeturar su edad, mientras que en la cara de una mujer de treinta años no puede leerse si es casada, viuda ó doncella. ¡Argumento singular! ¿Qué tendría que resolverse si la mujer tuviese veintiun años? No es la figura la que deben consultar los terceros, sino las actas del estado civil.

1 Pothier, "Tratado del poder del marido," núm. 54.

La jurisprudencia está en general en este sentido (1). Existe, sin embargo, una sentencia contraria de la corte de casación. Esta ha juzgado que si la mujer se dice autorizada por su marido en un acto de apelación, y si con el mismo título aparece en las calidades de la sentencia, no puede intentar la nulidad; la corte se funda en la autenticidad de los actos, en los cuales la mujer se ha dicho autorizada; estos actos, dice, hacen fe en justicia, hasta inscripción de falso (2). Hay aquí una singular confusión de ideas. ¿Qué es lo que se prueba hasta la inscripción en falso por el acto en que la mujer se declara autorizada? Es el hecho material de que la mujer ha hecho esa declaración; pero no prueba que la tal declaración sea verdadera, ni prueba que la mujer esté realmente autorizada. Si no lo ha estado puede ella pedir la nulidad, sin que se pueda oponerle la declaración falsa que se ha hecho.

161. Queda en pie la última hipótesis. La mujer ha empleado manejos fraudulentos, ha producido una acta de defunción falsa para hacer creer que es viuda. ¿Puede, en este caso, intentar la nulidad? Es cierto que ella es responsable de su dolo y que puede reparar el daño que origina. La dificultad estriba en saber en qué consistirá esta reparación. La opinión que á nuestro juicio es la más general y la más jurídica, es que en este caso el acto queda válido, y que la mujer no puede pedir la nulidad. Así se decide por analogía del art. 1310, que dice: «No es restituible el menor contra las obligaciones que resultan de su delito ó cuasi-delito.» De aquí resulta que el menor no puede pedir la nulidad de los actos en los cuales ha empleado manejos fraudulentos para engañar á terceros, por-

1 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *matrimonio*, núm. 259; y sentencia de Dijon, de 1º de Junio, 1854 (Dalloz, 1856, 2, 230).

2 Sentencia de 24 de Febrero, 1820 (Dalloz, en la palabra *matrimonio*, núm. 959, p. 445).

que este hecho es más que un cuasi-delito, es un delito civil y á veces un delito criminal. Aquí la analogía entre el menor y la mujer casada es completa; hay, pues, que admitir la misma decisión. Zachariæ objeta el art. 216, en cuyos términos la autorización del marido no es necesaria cuando la mujer es perseguida en materia criminal. La respuesta á la objeción es muy fácil: la mujer no está perseguida criminalmente, trátase de intereses puramente civiles; síguese de aquí que la obligación que ella contrae es nula, sólo que la mujer no puede pedir su nulidad á causa de su delito. Tal es la común opinión (1), que se funda en la razón tanto como en los textos. La parte engañada tiene derecho á una reparación; lo más natural es mantener en su provecho el acto nulo, permitiéndole que oponga la excepción de nulidad á la mujer que invocaría la falta de autorización.

Pueden los terceros ser inducidos á error sin que haya nada por parte de la mujer. Pothier supone que una mujer no vive con su marido; se ignora su matrimonio en el lugar de su residencia, pasa en el público por soltera. ¿Si ella contrata sin autorización marital, podrá pedir la nulidad? Pothier decide que ella estará valederamente obligada. Como casi no era posible, dice él, en este caso, á las personas que han contratado con esta mujer, informarse si era casada, no puede imputárseles que no lo hayan hecho. Aquí viene al caso aplicar la máxima vieja, que el error común constituye derecho (2). Esta opinión es la que generalmente se acepta, y la que está consignada por la jurisprudencia (3). Sin duda que está fundada en la equidad;

1 Véanse los autores y las sentencias citadas en Dallos, en la palabra *matrimonio*, núm. 960.

2 Pothier, *Tratado del poder del marido*, núm. 54.

3 Demolombe, t. IV, p. 129, núm. 332. Sentencia de Agen de 18 de Noviembre, 1822 (Dallos, en la palabra *matrimonio*, núm. 385).

¿pero puede el intérprete admitir una excepción fundada en la equidad, cuando dicha excepción se desvía de un texto de la ley? Pothier podía hacerlo, y muy á menudo le acontecía decidir por equidad; pero Pothier no estaba atado por un código; en cierto sentido estábale, pues, permitido hacer el derecho. No sucede lo mismo bajo el imperio de nuestra legislación, como ya lo hemos hecho notar (1). Hay que hacer á un lado la equidad, y consultar los principios. La máxima de que el error común viene á constituir derecho, es falsa, porque el error jamás puede dar un derecho. Pero hay que ver quien ha producido este error. ¿Si es la mujer, no puede decirse que se ha hecho culpable de un cuasi-delito? Para que exista el cuasi-delito, basta con que se cause un daño por negligencia ó por imprudencia. La mujer así como el menor no es restituible contra sus cuasi-delitos (art. 1010). En este sentido, nosotros admitimos que no pueda pedir la nulidad de los compromisos que ha contraído, cuando por causa de ella los terceros han ignorado su matrimonio. Con mayor razón sería así si los esposos hubiesen mantenido en secreto su matrimonio (2).

162. El art. 1312 modifica los principios que acabamos de exponer, en el sentido de que si la mujer ha obtenido la anulación de un acto otorgado sin autorización, está obligada á reembolsar lo que hubiese recibido en virtud de ese compromiso, á prueba rendida por el acreedor de que lo que se ha pagado ha sido en provecho de ella. Esta disposición es común á todos los incapaces, y se funda en la máxima de equidad de que nadie puede enriquecerse á expensas de otro. La aplicación presenta alguna dificultad. La mujer pide prestada una suma de diez mil francos; suponga-

1 Véase el tomo I de mis *Principios*.

2 Sentencia de la corte de casación de 10 de Septiembre, 1808 (Daloz, en la palabra *matrimonio*, núm. 962, 1<sup>o</sup>) Compárese Mourlon "Répétitions," t. 1<sup>o</sup>, p. 403.

mos que el préstamo le ha aprovechado. ¿Resultaría de aquí que no podrá pedir la nulidad del préstamo? La jurisprudencia parece decidir que el acto sin autorización es válido cuando ha aprovechado á la mujer (1) y considera el art. 1312 como una excepción á la regla establecida por el art. 217 (2). Esto no es enteramente exacto. El art. 1312 supone, al contrario, que la mujer ha sido admitida á hacerse restituir contra el compromiso que contrajo sin estar autorizada. Surge entonces la cuestión de saber si debe ella reembolsar lo que ha recibido; el código decide que no está obligada al reembolso, á menos que no se pruebe que lo que se ha pagado le ha sido provechoso. El acto, pues, es anulado, aun cuando haya aprovechado á la mujer. Solo que hay que agregar que no tiene ella interés alguno en pedir la nulidad, si el acto le ha aprovechado por la totalidad, porque, en este caso, debería restituir esta totalidad.

163. ¿Los acreedores de la mujer pueden oponerse á la nulidad? La afirmativa no nos parece dudosa; está enseñada por todos los autores con excepción de Toulhier (3). Esta es una aplicación de la regla establecida por el art. 1166. Los acreedores pueden ejercitar todos los derechos de su deudor, con excepción de aquellos que están exclusivamente afectos á la persona. Ahora bien, el derecho de la mujer para pedir la nulidad, es un derecho puramente pecuniario, por lo que entra en la regla y no en la excepción. Se objetan los términos restrictivos del art. 225: «La nulidad no puede oponerse sino por la mujer, por el marido ó por los herederos de ambos.» Este argumento que ha dominado á algunas cortes (4) carece de valor. Si el legislador se ha

1 Sentencia de la corte de casación de 12 de Mayo de 1844, Dalloz, en la palabra *matrimonio*, núm. 942.

2 Sentencia de la corte de casación de 24 de Enero de 1855, 1, 95.

3 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, núm. 939.

4 Sentencia de Bruselas de 20 de Enero de 1808, de Angers, de 1°

expresado en estos términos restrictivos, es porque quería derogar el antiguo derecho, que consideraba la nulidad resultante de la falta de autorización, como una nulidad absoluta, de interés general, y permitía, en consecuencia, á toda persona interesada, el oponerse; el código hace de ella una nulidad relativa; esto es todo lo que el art. 225 quiere decir (1).

### III.—*Los herederos.*

164. El art. 225 dice que los herederos del marido y de la mujer pueden oponer la nulidad. Ninguna dificultad hay respecto á los herederos de la mujer, y hasta sería inútil darles este derecho por medio de un texto de ley, porque sin decirlo se sabe ya que los derechos pecuniarios de la mujer, pasan á sus herederos. En cuanto á los derechos del marido, Demante dice que es inoportuno que la ley los comprenda entre las personas que puedan pedir la nulidad (2). Cierto es que ellos no pueden invocar un derecho moral, porque ya no hay matrimonio y por consiguiente, tampoco poder marital. ¿Pueden ellos invocar un derecho pecuniario? Preténdese que el mismo marido no tendría interés: así, pues, sus herederos no pueden tenerlo. Hemos citado, siguiendo á Marcadé, el caso en que la mujer renuncia á una sucesión mobiliaria. Objétase contra esta hipótesis, que el marido que tiene derecho á aceptarla ó á repudiarla, y que por lo mismo la renuncia de la mujer es nula, haciendo abstracción de la falta de autorización (3).

de Agosto de 1810, y de Grenoble de 2 de Agosto de 1827, Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 939.

1 Véase, en este sentido, un juicio fuertemente motivado del tribunal de Gante, confirmado por sentencia de la corte de Gante de 6 de Agosto de 1862, *Pasicria*, 1863 2, 51.

2 Demante, *Curso analítico*, t. 1.º p. 439, núm. 308, *his I*.

3 Demolombe, *Curso de código Napoleón*, t. 1V. p. 435, núm. 341.

Nosotros examinamos la cuestión en el título del *Contrato de Matrimonio*. De todos modos, siempre es cierto que el marido puede pedir la nulidad de la renuncia fundándose en la falta de autorización, y, en consecuencia, sus herederos también lo pueden.

*Núm. 5.—De la confirmación.*

165. La nulidad que resulta de la falta de autorización, puede cubrirse por la confirmación, como toda nulidad. Esto es la aplicación del principio general establecido por el art. 1338. Respecto á la mujer, ninguna dificultad se presenta: puede confirmar el acto que ha ejecutado sin estar autorizada para ello, sea durante el matrimonio, sea después de su disolución. Si ella confirma durante el matrimonio, necesita la autorización marital; en este caso, el acto se hace plenamente valedero respecto al marido, como respecto á la mujer, y en consecuencia, respecto á los herederos de ambos. Si la mujer confirma después de la disolución del matrimonio, la confirmación tiene valor respecto á ella y á sus herederos; pero no priva al marido del derecho que tenía para pedir la nulidad. Bien puede la mujer renunciar del derecho que le corresponde, pero no puede renunciar al derecho que corresponde al marido ó á sus herederos.

166. El marido puede también confirmar el acto que la mujer ha llevado á cabo sin la autorización. ¿Tendrá esta confirmación por objeto hacer válido el acto respecto á la mujer? La cuestión está en tela de juicio. Hay desde luego que distinguir si el marido ha confirmado durante el matrimonio ó después de su disolución. Si la confirmación tuvo lugar durante el matrimonio, hace válido el acto, aun respecto á la mujer. En el derecho antiguo, esto se admitía sin disputa en cuanto al principio. Parécenos, en efec-

to, que el principio es incontestable. ¿Por qué se exige la autorización? Para cubrir la incapacidad de la mujer. Es un consentimiento dado al acto que la mujer quiere otorgar; ahora bien, la confirmación equivale al consentimiento, en el sentido de que desvanece el vicio que derivaba de la falta de consentimiento.

El código aplica este principio en el art. 183. La mujer menor de edad contrae matrimonio sin el consentimiento de sus padres. De aquí resulta una acción de nulidad. Para la mujer, con motivo de su incapacidad, y para los padres porque se ha menospreciado la autoridad paternal. Pero si los ascendientes confirman el matrimonio, la mujer no puede ya pedir la nulidad. Hay una pequeña analogía entre este caso y aquel en que la mujer ejecuta un acto sin autorización marital. En ambos casos, trátase de un incapaz, que puede solicitar la nulidad fundado en su incapacidad; en ambos, la nulidad se cubre por el consentimiento de aquel cuya autoridad ha sido menospreciada. Desde el momento en que interviene el consentimiento, la mujer cesa de ser incapaz, y así es que no puede invocar su incapacidad para promover una acción de nulidad (1).

Objétase que es nulo el acto ejecutado por la mujer sin autorización; que de aquí resulta para la mujer el derecho de provocar la nulidad, y que este derecho no puede arrebatárselo el marido. La respuesta se halla en el art. 103; la mujer que se casa sin el consentimiento de sus ascendientes, tiene también la acción de nulidad, lo que no impide que la confirmación de los ascendientes la prive de ese derecho. Hay una razón muy sencilla para esto. ¿Por qué en uno y otro caso tiene la mujer derecho para pro-

1 Esta es la opinión de Zachariæ, t. III, p. 344-446, § 472, y de los autores citados en Dalloz, en la palabra *matrimonio* núm. 857, p. 415.

mover la nulidad? Lo tiene por la falta de consentimiento de aquel que está llamado á cubrir su incapacidad; si este vicio queda borrado por un consentimiento posterior, la mujer por el mismo hecho cesa de ser incapaz, y ya no tiene derecho alguno que ejercitar.

Merlín invoca la discusión del consejo de Estado. Lo que prueba lo poco convincente que es la discusión, es que Marcadé se prevale de ella en favor de la opinión que nosotros sostenemos. El proyecto que fué sometido al consejo, contenía, después del art. 217, unas líneas que decían: «El consentimiento del marido, aunque posterior al acto, es suficiente para hacerlo válido.» Esta disposición se confirmó: así, pues, dice Merlín, la confirmación del marido no hace válido el acto respecto á la mujer (1). Esto es razonar mal, dice Marcadé. El consejo de Estado, adoptó, por el contrario, la disposición del proyecto. El consejo de legislación fué quien la suprimió después de una remisión pronunciada por el consejo. ¿Por qué? Se ignora (2). Hay otra contestación que puede darse á Merlín. La disposición del proyecto no concierne á la confirmación: establecía como principio que la autorización podía darse con posterioridad al acto. Este principio es el que ha sido rechazado: en cuanto á la confirmación, no se trataba de ella en el proyecto, así es que no puede decirse que el consejo la haya rechazado. Que no se diga, pues, que esta es una disputa de palabras, las condiciones de la confirmación son más rigurosas que las de la autorización; la confirmación ofrece, pues, mayor garantía.

La jurisprudencia es contraria; pero los fallos poco valor doctrinal tienen en esta materia, porque la mayor parte de

1 Merlín, *Repertorio*, en la palabra *autorización marital*, seo. IV, § III núm. 2 y § IV.

2 Marcadé, *curso elemental* t. I, p. 565, art. 325 núm. 1.

ellos no discuten la cuestión; limitanse á invocar el art. 217, que exige que la autorización se dé antes del acto, ó á más tardar, durante el acto; de donde concluyen que la autorización no puede ser posterior (1). Esto es evidente, pero no es esa la cuestión. Se trata de saber si el marido puede confirmar; esta confirmación esta decidida, no por el art. 217, sino por el art. 1338.

No hay mas que una objeción seria contra la opinión que estamos sosteniendo. Si el marido puede confirmar, se dice, la confirmación puede ser también tácita; ahora bien, es tácita en el caso del art. 1304, es decir, cuando han pasado diez años sin que el marido haya intentado la acción; así, pues, si esos diez años han transcurrido durante el matrimonio, la mujer no tendrá acción; sin embargo, el art. 1304 le da este derecho durante diez años, contados desde la disolución del matrimonio (2). El argumento es especioso y lo desechamos porque prueba demasiado. El implica que la mujer tiene un derecho absoluto de interponer su acción durante diez años contados desde la disolución del matrimonio. El art. 1304 no dice eso; únicamente arregla el punto de partida de la prescripción en lo que concierne á la mujer. La prescripción supone que hay todavía un derecho que ejercitar. Ahora bien, si el marido ha confirmado el acto, sea expresa ó tácitamente, ya no hay derecho, ya no hay acción de nulidad; y desde entónces ya no puede tratarse de prescripción.

1 Sentencias de Grenoble de 26 de Julio de 1828, Dalloz, en la palabra *matrimonio*, núm. 857, 1<sup>o</sup>; de Rouen, 18 de Noviembre de 1865 y de la corte de casación del 12 de Febrero de 1828, Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1971 p. 444; de la corte de casación, 22 de Marzo de 1831, Dalloz, en la palabra *matrimonio*, número 858, y de 26 de Junio de 1839, Dalloz, en la palabra *Competencia comercial*, núm. 225; de París, 23 de Febrero de 1849, Dalloz, 1849, 2, 135; de Bruselas, 1.<sup>o</sup> de Junio 1857, *Pasicricia*, 1857, 2, 272.

2 Valette sobre Proudhon, t. I, p. 467, nota. Demolombe, t. IV, p. 251, núm. 211.

167. Se pregunta si el marido puede todavía confirmar después que la mujer ha intentado la acción de nulidad. La negativa no permite duda alguna. Confirmar es aprobar lo que la mujer ha hecho, es, pues, consentir en unión de la mujer. Esto supone que el consentimiento de la mujer subsiste. Si ella ha revocado su consentimiento, es imposible que el marido apruebe lo que la mujer no quiere hacer. El marido no puede imponer un acto que la mujer no apetece. Así, pues, si la mujer ha retractado su consentimiento, no importa de qué manera, ya no puede haber confirmación (1). Cuando la mujer ha revocado su consentimiento promoviendo una acción de nulidad con autorización judicial, hay además otra razón para decidir, y es que la mujer ha usado de un derecho; su acción es regular, y por lo tanto válida (2).

168. La confirmación del marido tiene un efecto retroactivo, como toda confirmación. En el derecho antiguo, decidíase que la confirmación no tenía efecto sino desde el día en que se otorgaba. Se consideraba el acto verificado por la mujer sin autorización, como absolutamente nulo, como inexistente á los ojos de la ley; y lo que no existe no puede confirmarse. No se admitía la confirmación sino como una nueva autorización, y por lo mismo no podía tener valor sino en el porvenir (3). Tal teoría no es la del código. El acto ejecutado por la mujer solamente se vicia por falta de autorización; la confirmación equivale á autorización, y desde entonces el acto se torna perfectamente válido.

169. ¿Puede, además, el marido confirmar el acto después de la disolución del matrimonio? Ciertamente que puede renunciar á la acción de nulidad que le pertenece; pero esta confirmación no tiene efecto respecto á la mujer

1 Proudhon, *Tratado sobre el estado de las personas*, t. I, p. 467.

2 Zachariæ, *Curso de derecho civil francés*, t. III, p. 345, nota 85.

3 Pothier, *Tratado de la potestad del marido*, núm. 74.

ó sus herederos. En efecto, respecto á la mujer, la confirmación quiere decir autorización; ahora bien, después de la disolución del matrimonio, no há lugar á autorizar, porque autorizar es consentir, y el poder del marido cesa cuando el matrimonio cesa.

