

siempre causa de divorcio, el del marido lo es solamente cuando con él concurre algunas de las circunstancias siguientes: 1.ª, que el adulterio haya sido cometido en la casa comun: 2.ª, que haya habido concubinato entre los adúlteros, dentro ó fuera de la casa conyugal: 3.ª, que haya habido escándalo ó insulto público hecho por el marido á la mujer legítima: 4.ª, que la adúltera haya maltratado de palabra ó de obra, ó que por su causa se haya maltratado de alguno de esos modos á la mujer legítima. El Código Penal del Distrito Federal y Baja California (art. 816) declara que el adulterio deberá ser castigado: 1.º, con dos años de prisión y multa de segunda clase, cuando ha sido cometido por mujer casada con hombre libre, y el ejecutado en la *casa conyugal* por hombre casado con mujer libre: 2.º, con un año de prisión cuando ha sido ejecutado fuera de la casa conyugal por hombre casado con mujer libre: 3.º, con dos años de prisión el cometido por mujer casada con hombre casado; pero á este último solo se le impondrá un año de prisión, si ejecutare el adulterio fuera de su domicilio conyugal é ignorando que la mujer fuera casada. Iguales disposiciones se encuentran (arts. 174 y 175) en el Código Civil del Estado de México y respectivamente (arts. 1022 y 1027) en el Código Penal del mismo Estado.

328. El Código Civil del Estado de Veracruz considera también (art. 228) el adulterio como causa legítima para el divorcio; pero deja de serlo cuando ambos cónyuges se hayan hecho reos de este crimen, ó cuando el esposo prostituya á la esposa con su consentimiento. Haciendo esto por la fuerza, la mujer podrá separarse del marido por decisión judicial, sin perjuicio de que sea castigado conforme á las leyes. Este caso, así como el de concubinato público del marido, dan derecho á la mujer para entablar la acción de divorcio por causa de adulterio. El propio código (art. 231) declara que la acción de adulterio es comun á ambos cónyuges. Estas prescripciones han sido toma-

das al pié de la letra de la ley de 23 de Julio de 1859 (art. 21). Fácil es ver que el adulterio ha sido considerado por esta ley y por el código que mencionamos como delito, lo mismo para el marido que para la esposa, independientemente de que aquél haya sido cometido dentro ó fuera de la casa conyugal.

329. El Código Civil del Estado de Tlaxcala ha seguido (arts. 170 y 171) las prescripciones del código que comentamos.

330. El Derecho Canónico, atendiendo al Sacramento del matrimonio, conceptúa que es igualmente grave el adulterio cometido por el esposo ó por la esposa. Los canonistas y teólogos no entran en las distinciones, de que tanto mérito se hace en el derecho civil. Como el adulterio en todo caso es contrario á la fidelidad conyugal, poco importa que él haya sido cometido por la esposa ó por el esposo, dentro ó fuera de la casa conyugal. Así vemos que dice S. Pablo: *Ex eo quod conjugalis fides et unitas duorum in carne una perfide violatur* (1).

§ 2.—DE LA VIDA COMUN.

331. El matrimonio supone que una sola y misma habitación ha de existir para los esposos. De otra manera no podrían llenarse cumplidamente los fines de la unión de los sexos, que en el matrimonio significa no solo el contacto pasajero, sino la asistencia diaria y de todos los momentos, así como la mútua participación de ambos cónyuges en una misma vida física y moral. Así la ley romana definía el matrimonio con las siguientes palabras, que expresan perfectamente con toda la exactitud del idioma latino la idea de una vida comun para los éasados: *individua vitæ consuetudo, consortium omnis vitæ* (1).

(1) *Ad Corint.* núm. 1, cap. 7.

(2) *Dig.* lib. 23, tit. 2, l. 1.

332. La habitación comun tiene que ser la del marido, representante de la comunidad conyugal, protector de la esposa, que debe obedecerle y respetarle. Por esto el domicilio de la mujer casada no puede ser otro que el de su marido. Aquí tratamos de la habitación de hecho; pero la de derecho corrobora la primera (1). Ambas obligaciones, vida comun y preeminencia de la casa del marido, están prescritas en nuestro derecho civil por el art. 190 del Código que comentamos, por los arts. 204 y 206 del Código de Veracruz, por el 150 del Estado de México, por los 152 y 153 de Tlaxcala y por el 199 del antiguo Código del Distrito Federal, vigente en todos los demás Estados de la Federación.

333. Con respecto á la obligación que se impone á la esposa de seguir al marido, nótanse algunas diferencias en las legislaciones. Desde la española de Indias y con motivo de las frecuentes y dilatadas ausencias para venir al Nuevo-Mundo, expidieronse diversas disposiciones restringiendo la absoluta autoridad del esposo para hacerse seguir por la mujer á cualquiera parte y por el tiempo que fuera su voluntad (2). Pothier enseña que la mujer no está obligada á seguir al marido, cuando éste cambie su residencia de la patria (3). El proyecto del Código francés reproducía esta excepción: "Si el marido quiere dejar el suelo de la república, no podrá obligar á su mujer á seguirle, á no ser en el caso que hubiera sido encargado por el gobierno de una misión en el extranjero, que exigiese residencia." Esta disposición fué combatida por el primer cónsul, quien sostuvo que siendo la obligación de la mujer de seguir á su marido general y absoluta, no debía recibir ninguna modificación (4).

(1) Véase tom. 1.º de esta obra, núm. 141.

(2) *Leg. de Indias*, lib. 7, tit. 3.

(3) *Traite de Mariage*.

(4) Locré, *Legislación civil*, tom. 2, págs. 343 y sigts.

El art. 214 del Código de Napoleón quedó así redactado: "La mujer está obligada á habitar con el marido, y á seguirle á donde quiera que él juzgue conveniente residir: el marido está obligado á recibirla, y á suministrarle todo lo que sea necesario para las exigencias de la vida, según sus facultades y su estado."

334. Así, pues, en derecho francés la obligación impuesta á la mujer de vivir con su marido, no está limitada por las excepciones antes mencionadas. Sin embargo la jurisprudencia ha establecido, fundándose en la segunda parte del art. 214, que aquel deber de la mujer está subordinado á la obligación que corresponde al marido de recibir á aquella, *según sus facultades y su estado*. En consecuencia, se ha juzgado que cuando la casa conyugal está desprovista de los primeros objetos de necesidad, la mujer no está obligada á habilitarla (1). Duranton, citando á otros autores, enseña que si el marido gana su vida con medios vergonzosos, ó si tiene una concubina en la casa conyugal, la mujer no está obligada á habitar con él (2) Laurent defiende con muy buenas razones esta misma opinión (3). Una sentencia de casación de 20 de Enero de 1830, ordena que la esposa está dispensada de vivir en la casa puesta por el marido, si éste vive en otra parte (4). Demolombe sostiene que la vida comun es obligatoria para la mujer, aunque reciba malos tratamientos. Los excesos y las injurias, dice este autor, darán derecho á la mujer para pedir el divorcio; pero no la dispensan del deber de cohabitación (5). Sin embargo, la jurisprudencia se

(1) Dalloz, "Mariage," núms. 3, 7, 749.

(2) Duranton, *Cours de droit franc.*, tom. 2, núm. 437.

(3) Laurent, *Obra citada*, tom. 3, núm. 87.

(4) *Arret de cassation du 20 Janvier 1830*. (Dalloz, "Mariage," núm. 748.

(5) Demolombe, *Cours de Code Napoleon*, tom. 4, pág. 117, núm. 97.

ha manifestado en diverso sentido. Según sus decisiones, aunque el divorcio es un derecho, la mujer puede no tener voluntad de ejercitarlo y sería inmoral obligarla á ello indirectamente. Por consiguiente, dice Laurent, vale más una separación de hecho que una ruptura definitiva, la cual es siempre un gran mal (1).

335. El Código que comentamos (art. 195) prescribe la cohabitación á la mujer, donde quiera que el marido establezca su residencia. Permite, sin embargo, que en las capitulaciones matrimoniales se pacte lo contrario. Aun no habiendo este pacto, se concede á los tribunales facultad, con conocimiento de causa, para eximir á la mujer de aquella obligación, cuando el marido traslade su residencia á país extranjero. Estas mismas disposiciones se encuentran en el Código del Distrito Federal de 1870 (art. 204), en el del Estado de México (art. 150) y en el de Veracruz (art. 206). El de Tlaxcala declara (art. 154): que la mujer no está obligada á vivir con su marido en tres casos: 1. ° cuando el marido sea condenado á prisión, durante el tiempo de ésta; 2. °, cuando el marido traslade su residencia á un punto nocivo á la salud de su mujer, al grado de haber peligro de muerte; 3. °, cuando el marido se traslade á país extranjero.

336. Lo repetimos: es una consecuencia del matrimonio la comunidad de habitación. Sin embargo, el legislador no ha podido menos que aceptar ciertas excepciones á tal obligación, y los tribunales á quienes corresponde decidir, si en un caso determinado la esposa está exenta de cumplir aquella, deben tener presentes las siguientes doctrinas. Desde antiguo se decía: *Mulier sequi debet maritum nisi vagabundus sit*; es la residencia lo que la ley impone á la mujer, no los continuos viajes (2),

(1) Dalloz, "Mariage," núm. 749.—Laurent, tom. 3, núm. 87.

(2) Demolombe, tom. 4, núm. 95.—Marcadé sobre el art. 214.

También se ha juzgado, que supuesta la obligación del marido de proteger á la mujer, ésta no está obligada á seguirlo á un lugar que fuera para ella peligroso, ya por razones de salud, ya por motivos de conveniencia moral (1). Como algunos Códigos, según hemos visto, se refieren en el punto que nos ocupa á lo pactado en las capitulaciones matrimoniales, es el momento de decir en qué términos tal interpretación debe ser aceptada. Desde luego creemos que el legislador no ha querido que un deber tan importante como la sumisión de la esposa al esposo en cuanto á la easa conyugal, y derivado del poder marital, esté subordinado á la libre voluntad de los contrayentes. Una convención en virtud de la cual los esposos hubiesen pactado vivir separados sin que hubiera entre ellos ninguna cohabitación, sería contraria á las buenas costumbres y á la esencia del matrimonio y por consiguiente de ningún valor (2). Del mismo modo no valdría la cláusula que diese á la mujer, por ejemplo, el derecho de habitar en México todo el año: se debería considerar como no escrita, como expresión del capricho de un carácter vano y ligero, sobre el cual se levantan las graves y serias obligaciones del matrimonio (3). La emigración es otro de los motivos considerados como suficientes para eximir á la mujer de la obligación de seguir al marido. Hemos visto que así opinaba Pothier refiriéndose al antiguo derecho francés; pero que la opinión contraria prevaleció en el Consejo de Estado al discutirse el Código de Napoleón. El que comentamos parece dar cierta importancia á la traslación del marido á país extranjero. Sin embargo, son los tribunales los que tienen facultad para decidir,

(1) Troplong, *Du contrat de Mariage*, tom. 1, núm. 38.—Rodière et Pont, *Traité du contrat de Mariage*, tom. 1, núm. 55.—*Affaire Pontalba*. (Daloz, 36, 3, 15).

(2) Troplong, *Contrat du Mariage*, tom. 1, num. 49.

(3) Odier, *Droit civil*, tom. 1, num. 55.

aun dado este caso, si él amerita la exención en favor de la mujer, de seguir al esposo. Nosotros creemos que el simple hecho de la traslación al extranjero no es motivo suficiente, según nuestro Código, para interrumpir la obligación de que nos ocupamos. Es necesario que concurren otras circunstancias, por ejemplo, la enfermedad de la esposa, ó de los hijos, la mala conducta del esposo, etc., etc. Bien está que en el antiguo derecho la opinión de Pothier fuese aceptada; entonces el hombre quedaba perpetuamente unido á la tierra donde había visto la luz. Pero en el moderno, y tomado en cuenta el espíritu de nuestras leyes fundamentales, según las cuales la residencia y la nacionalidad misma, son actos voluntarios, ya no cabe erigir en motivo para la cesación de los deberes conyugales el abandono de la patria. La abjuración de esta no es un crimen, según nuestro derecho público, sino una facultad que se desprende de la libertad individual (1). Troplong opina que sería válida una cláusula que dispensara á la mujer de seguir á su marido, si este se establecía en país extranjero para cambiar allí de nacionalidad. “La patria, dice este autor, tiene derecho sobre el corazón de la esposa, la cual nada hace contrario á las buenas costumbres, cuando exige de su marido que no le imponga la ley del destierro. Un marido que se ha comprometido á no emigrar, está obligado á respetar esta promesa solemne; él falta, violándola, al honor y á la protección que debe á su mujer (2).”

337. Si la mujer, fuera de los casos exceptuados debe habitar con su marido y seguirlo á donde quiere que vaya ¿cuál es la sanción de esta obligación? En otros términos, ¿cuáles son los medios para hacer cumplir á la mujer la obligación que la

[1] Laurent, *obra citada*, tom. 3, num. 86.

[2] Troplong, *obra citada*, tom. 1, num. 59.

ley le impone de habitar con su marido y seguirle? “De la obligación, dice Pothier, que la mujer contrae por el matrimonio de seguir á su marido, nace una acción que éste tiene el derecho de formalizar contra su mujer, cuando ésta lo ha abandonado, para hacerla condenar á volver con él..... El marido tiene acción no solamente contra su mujer, sino también contra las personas en cuya casa se ha alojado, cualesquiera que sean estas personas, y aun cuando sean el padre ó la madre de su mujer (1).” El ilustre jesuita Sanchez dice: *Potest iudex Ecclesiasticus censuris, et invocato sæculari auxilio, conjuges ad cohabitandum compellere, et vi adducere conjugem, qui separatus est* (2). Tal era el antiguo derecho; pero en el moderno la cuestión ha sido ardientemente discutida entre los autores y en el campo de la jurisprudencia. Nuestros Códigos, lo mismo que el francés, no se han explicado sobre los medios que tendría el marido para obligar á su mujer á seguirle, conformándose con formular el precepto. Demolombe, representando la opinión más común, enseña que los tribunales tienen en esta materia un poder discrecional (3). Laurent observa que esto no puede ser, en razón á que los tribunales no tienen otro poder con respecto á la ejecución de las obligaciones legales ó convencionales, que el trazado por el Código de procedimientos. “Las vías de ejecución, dice este autor, son de derecho público; ahora bien, nada de lo que toca al derecho público es abandonado á la arbitrariedad de los tribunales (4).” Algunas sentencias y otros autores fundan que la mujer puede ser condenada á daños y

(1) *Obra citada*.

(2) Sanchez. *De matrimonio*. lib. 9, Disput. 4, núm. 6.

(3) Demolombe. *Cours de Code Napoleon*, tom. 4, num. 100.—Daloz. “Mariage,” núm. 759, Arret de Bruxelles du 1er. Avril 1824.

(4) Laurent. *Obra citada*, tom. 3, num. 89.

perjuicios, hasta que vuelva al domicilio conyugal; tal es la opinión de Zacharias (1). Pero, como lo advierte Durantón, apenas es concebible que jurisperitos hayan podido aplicar al matrimonio los principios sobre daños y perjuicios (2). Laurent, combatiendo esta misma opinión, dice sabiamente: "En los términos del art. 1149, los daños y perjuicios debidos al acreedor, son por la pérdida que ha sufrido y por la ganancia de que ha sido privado. El marido ¿es un acreedor? ¿cuál es la pérdida que ha sufrido? ¿cuál es la ganancia de que ha sido privado? Estas cuestiones tan naturales, cuando se trata de una deuda de dinero, son absurdas, cuando se las propone con motivo de una obligación moral (3)." Finalmente, otros autores y gran parte de la jurisprudencia sostienen, que el marido puede ser autorizado por el juez á requerir la fuerza pública, para obligar á su mujer á reintegrar el domicilio conyugal: He ahí, aplicada al matrimonio la fórmula antigua: *Ubi rem meam invenio, ibi rem meam vindico* (4). A los que así opinan, puede decirseles con el primer cónsul: vosotros no sabeis lo que es el matrimonio. En efecto, supongámos que la fuerza pública ha sido empleada, con lo cual la esposa ha sido restituida sin su voluntad al domicilio conyugal. ¿Quién impedirá que lo abandone de nuevo? Será preciso entonces que la fuerza pública se ejercite otra vez, ó que el marido mantenga á la mujer cautiva ó prisionera. Esto no es el matrimonio, en el cual la unión de los cuerpos debe ser siempre el resultado de la unión de las almas.

(1) *Droit civ. franc.*, tom. 3, pág. 320, nota 4, § 471.

(2) Durantón, tom. 1, num. 1026.

(3) Laurent, tom. 3, num. 92.

(4) Toullier, 13, num. 109.—Vazeille, 2, num. 548.—Marcadé, sur l'art. 214.—Dalloz, "Mariage," num. 762. 1. ° y 2. °

338. ¿Quiere esto decir que la cohabitación carezca absolutamente de sanción? Antes de contestar esta pregunta, recordemos la discusión del punto que nos ocupa en el Consejo de Estado. Se preguntaba si la mujer sería obligada á seguir al marido al extranjero. Fué la opinión del primer cónsul. Real objetó que no veía medio de forzar á la mujer; Regnaudl respondió que el marido ordenaría á la mujer que lo siguiese y que si ella persistía en su negativa, se consideraría que había abandonado el domicilio conyugal. Real replicó, que era preciso un juicio que mandase á la mujer seguir á su marido. El primer cónsul dijo, que el marido cesaría de dar alimentos á la mujer. Boulay acabó por notar que *todas estas dificultades debían ser abandonadas á las costumbres y á las circunstancias* (1). He aquí la última palabra de la discusión. Son, pues, las costumbres, es decir, los hábitos y la educación moral de los pueblos, lo único que puede garantizar al legislador el cumplimiento del deber de cohabitación para la esposa. Esta es nuestra opinión enseñada también por Delvincourt, por Duranton, Duvergier y Laurent (2). Ahora bien, entre las fuerzas morales conocidas hasta ahora en la historia, para hacer efectivos ciertos deberes personalísimos é íntimos de cada individuo, ninguno más eficaz que la religión, la cual á la par que refiere nuestra conciencia á Dios, y atribuye por lo mismo un carácter de suma gravedad y trascendencia á nuestros deberes, hace estos más dulces y llevaderos por la grandeza infinita del sér, en cuyo nombre nos son impuestos. Luego, permítasenos afirmar una vez más, es una necesidad social que el matrimonio sea un acto religioso. La religión, por la idea de Dios, siempre presente, siempre terrible y siempre consolador, abate nuestro orgullo, reprime

(1) Eocré, tom. 2, pág. 344.

(2) Delvincourt, tom. 1, pág. 79.—Duranton, tom. 1.º, num. 1027.—Duvergier sur Toullier, tom. 2, num. 666.

nuestras pasiones, afirma nuestro valor y levanta nuestra esperanza. Hay ciertos deberes, como el de la cohabitación conyugal, de que el hombre y la mujer no pueden ser responsables ni hácia los demás que son iguales á ellos, ni hácia sí mismos, porque esto equivale á ser irresponsables. Solo al amparo de la religión, fuerza poderosa, cuyas influencias se hacen sentir hasta en lo íntimo del alma, puede encontrar el jurisconsulto honrado y extraño á las sutilezas de escuela la verdadera sanción para el deber conyugal que hemos estudiado. Solo así podremos explicarnos la vergüenza que acompaña al vicio ignorado, el remordimiento que sigue al crimen impune, pues Dios es un testigo á quien nada se oculta de los misterios del hogar y un vengador al cual ningún infractor de los santos deberes del matrimonio se sustrae. Sabedora de esto la conciencia humana, encuentra en sí misma su mejor castigo.

339. Podría decirse que el Código que comentamos (art. 227, fracción 6.ª), así como los del Estado de México (art. 174, fracción 5.ª) y de Tlaxcala (art. 169, fracción 8.ª), sancionan eficazmente el precepto de la cohabitación de los esposos, declarando que es justa causa de divorcio el abandono del domicilio conyugal. Más, prescindiendo de que, como antes observaba cierto autor (núm. 334), no es moral obligar á uno de los cónyuges al divorcio, el cual es siempre un mal, estas disposiciones se refieren á época posterior á la celebración del matrimonio, es decir, que es necesario que el abandono del domicilio conyugal persista por uno ó por dos años, para que pueda pedirse el divorcio. Luego hay lugar á debatir siempre, entretanto que tal plazo no se cumple, sobre los medios de garantizar la cohabitación de los esposos. Además el divorcio vendrá á legalizar la separación ya operada de hecho por el cónyuge rebelde; muy lejos, pues, de ser la sanción del precepto, importa más bien el reconocimiento de su infracción. Pero al afirmar nosotros, que la moral apoyada en la religión es la única san-

ción posible del precepto que ordena la vida comun para los casados, hemos señalado, con otros autores, no solo el único castigo posible para el infractor, sino también el medio más eficaz para que, ó no se resuelva á infringir su deber, ó vuelva sobre sus pasos, si ya ha faltado á él.

§ 3.—DEL DEBER DE ALIMENTACION.

340. La palabra "alimentos," tiene en derecho un sentido técnico, que nos dá el art. 211 de nuestro Código: "Los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en caso de enfermedad." Puesto que ambos cónyuges deben hacer vida comun, nada más natural que tratar en seguida de la obligación alimenticia. El art. 191 de nuestro Código la impone en los siguientes términos: "El marido debe dar alimentos á la mujer, aunque ésta no haya llevado bienes al matrimonio." El art. 193 añade: "La mujer que tiene bienes propios, debe dar alimentos al marido cuando éste carece de aquellos y está impedido de trabajar." Y para que no se crea que los alimentos dados por la mujer al marido son la recompensa de los trabajos de éste, el art. 194 concluye esta materia, diciendo, que la obligación alimenticia de la mujer en favor del marido en los casos antes señalados, tiene lugar, *aunque el marido no administre los bienes del matrimonio.*

341. Los Códigos de Veracruz y Estado de México á semejanza del Francés, no hablan expresamente de la obligación alimenticia de los cónyuges en el matrimonio. El art. 204 del primero y el 148 del segundo, dicen como el 212 del tercero es á saber, que los esposos están obligados á vivir juntos, á guardarse fidelidad y á socorrerse mutuamente. Pero el art. 214 francés, como ya lo hemos visto (núm. 333), añade que el marido debe suministrar á la mujer todo lo que es necesario á las exigencias de la vida, según sus facultades y su estado. Indu-

dablemente estas palabras, *suministrar á la mujer todo lo que es necesario á las exigencias de la vida*, se refieren al deber de alimentación, en el lato sentido que dá á este término el Derecho. Ahora bien, en ninguna parte se encuentra en los Códigos de Veracruz y Estado de México una disposición semejante, en relación con el marido, que es el jefe del hogar y el protector de la esposa. Hay, pues, en estas legislaciones un vacío notable, que solo se explica por lo obvio y natural que parece el que sobrelleve el principal deber de suministrar los alimentos, aquel á quien la ley otorga la supremacía y los principales derechos en el seno de la familia.

342. El Código de Tlaxcala, siguiendo al que comentamos, no solo enuncia en términos generales el deber de mútuo socorro y ayuda para los cónyuges, sino que expresa además (art. 156): que el marido debe en todo caso dar alimentos á la mujer y protegerla. Pero si la mujer tiene bienes propios y el marido carece de ellos y está impedido de trabajar, es la mujer (art. 157) la que debe dar alimentos al marido. ¿Por qué en este Código y en el que sirve de base á nuestro comentario la obligación alimenticia recae principalmente sobre el marido, no perteneciendo á la mujer, sino cuando aquel es pobre y está impedido de trabajar? Porque así lo exige la constitución misma de la familia, fundada en la naturaleza de los dos sexos, la cual enseña que el hombre ha sido dotado física y moralmente para el trabajo, para el empleo de la fuerza y para la protección, mientras que á la mujer han cabido en lote la debilidad, el sufrimiento y las atenciones íntimas y tiernas del hogar.

343. Aquí solo tratamos de la obligación alimenticia de los cónyuges, mientras el matrimonio subsiste. Más adelante, al comentar el Cap. IV, sobre *alimentos*, volveremos á hablar de este punto, y nos ocuparemos de lo que nuestro Código prescribe para los casos de divorcio, en cuanto á los hijos y ascendientes.

§ 4.—DE LA INCAPACIDAD DE LA MUJER CASADA.

344. El art. 196 del Código que comentamos, se expresa así: “El marido es el administrador legítimo de todos los bienes del matrimonio; pero si fuere menor de edad se sujetará á las restricciones establecidas en las fracciones 2.ª y 3.ª del art. 593.” Esta disposición es consecuencia en cuanto á los bienes de la sociedad conyugal, de lo que antes se ha dicho con respecto á la persona de los cónyuges. Si la mujer debe estar sometida al marido y éste proteger á aquella, nada más lógico que los bienes del matrimonio estén también sometidos al marido, para que el deber de protección que le es impuesto en favor de la mujer, resulte eficaz en toda su extensión. Esta facultad de administración concedida al marido es consecuencia de la desigualdad de los sexos reconocida por la ley, desigualdad en virtud de la cual, mientras la mujer representa la debilidad y el dolor, al hombre pertenecen la audacia y la fuerza.

345. Sin embargo, como lo hemos visto en otro lugar (núm. 46), el hombre puede, previa dispensa, contraer su matrimonio durante la menor edad. No modificado ni aún en este caso el principio que concede al marido la administración de los bienes del matrimonio, la ley habría confiado á la inexperiencia la gestión de los intereses materiales de ambos cónyuges, exponiéndolos así al engaño y al fraude y á la postre á la misma ruina. Por eso nuestro Código declara, que aunque el marido es el administrador legítimo de los bienes del matrimonio, necesita *durante la menor edad* de la autorización judicial para la enagenación, gravámen ó hipoteca de los bienes raíces; y de un tutor para los negocios judiciales. Movidos por la misma intención de no exponer los bienes del matrimonio á la inexperta administración de un marido menor de edad, pónenle también análogas restricciones á las anteriores los Códigos que siguen:

el de Veracruz dice (art. 297): El marido es el administrador legítimo de todos los bienes del matrimonio; pero siendo menor de diez y ocho años, necesitará del consentimiento de su padre y en defecto de éste, de la autorización judicial para todos los actos que deban redactarse en escritura pública y para demandar y defenderse en juicio. La viuda menor de diez y ocho años queda sujeta á la disposición de este artículo hasta que los cumpla. El Código del Estado de México se expresa así (art. 151): El marido es el administrador legítimo de todos los bienes del matrimonio; pero siendo menor de veintiun años, necesita del consentimiento de su padre, y á falta de éste, de el del abuelo paterno, si lo hubiere, para todos los actos que deben redactarse en escritura pública y para demandar y defenderse en juicio civil. Si no existiere padre ni abuelo paterno, ó si el menor juzgare irracional el disenso de estos para los efectos de que habla la fracción anterior de este artículo, recurrirá al juez de primera instancia respectivo, quien, oyendo en su caso á los interesados en procedimiento sumario, y practicando las demás diligencias que juzgue oportunas, resolverá lo que crea más conveniente á los intereses del menor. El Código de Tlaxcala (art. 161) dispone sobre este punto lo mismo que el que comentamos.

346. Una ley de la Novísima Recopilación fijaba también como el Código de Veracruz, la edad de diez y ocho años, para que de allí en adelante pudiera el marido administrar su hacienda y la de su mujer si fuera menor, sin tener necesidad de rénia (1). Más no están de acuerdo los autores sobre la verdadera interpretación de esta ley. Algunos, pensando que su fin fué otorgar un especial favor á los matrimonios prematuros, sostienen que ella no comprende á los casados después de los diez y ocho años. Otros, y es la opinión más comun, asientan

(1) *Nov. Recop.*, lib. 10, tit. 2, l. 7. =

que dicha ley no deroga la que fija la mayor edad á los veinticinco años, de tal manera, que mientras el casado no los cumpla, no puede comparecer en juicio sino por medio de curador, ni enagenar, ni gravar los bienes raíces, sino con autorización judicial (1).

347. Declarado en tésis general por nuestro Derecho civil, que el marido es el administrador legítimo de los bienes del matrimonio, ¿cuál es la situación de la esposa? El art. 197 del Código que comentamos, declara; “que ella no puede, sin licencia de aquel, dada por escrito, comparecer en juicio por sí ó por procurador, ni áun para la prosecución de los pleitos comenzados antes del matrimonio y pendientes en cualquiera instancia al contraerse éste; más la autorización una vez dada, sirve para todas las instancias á menos que sea especial para una sola, lo que no se presume sino se expresa.” La misma incapacidad de la esposa y la consiguiente necesidad de la licencia del marido para comparecer en juicio, son reconocidas por el Código de Veracruz (art 208). Los Códigos del Estado de México (art. 153) y de Tlaxcala (art. 160), expresan este punto en los mismos términos que el Código que comentamos.

348. El Código francés (art. 215) se expresa así: “La mujer no puede comparecer en juicio, sin la autorización del marido, áun cuando los bienes no fueran comunes.”

349. Ni en el Derecho Romano, ni en la legislación de las Partidas, encontramos disposición expresa sobre este punto. Es la ley 55 de las de Toro (2) la primera que en nuestro antiguo Derecho Patrio declara de un modo formal, que la mujer casada no pueda, sin licencia del marido, *parecer en juicio*. El Sr.

(1) Gutierrez Fernandez, *Códigos españoles*, tom. 1, pág. 430.— Serna y Montalban, *Derecho civ. esp.*, tom. 1, pág. 371.

(2) *Nov. Recop.*, lib. 10, tit. 1, l. 11.

Llamas y Molina, explicando esta ley, dice: que ella prohíbe á la mujer comparecer en juicio, sin licencia de su marido, demandando ó demandada, aunque intervenga procurador en su nombre, bajo pena de nulidad (1).

350. El Código que comentamos y los que le siguen declaran, que la licencia del marido ha de constar por escrito, á fin de evitar las equivocaciones que pudieran resultar de dicha licencia otorgada solo por simple palabra, así como que ella es necesaria áun para la prosecución de los pleitos comenzados antes del matrimonio y pendientes en cualquiera instancia al contraerse éste, lo cual se funda en que la necesidad que acompaña á la mujer casada de la licencia marital, surge desde que ella empieza á estar sometida al marido por el matrimonio. Y siendo el esposo el resposable de que tal licencia convenga ó nó ser otorgada, el mismo Código ha reconocido que una vez dada, baste para todas las instancias de un litigio, sin que sea necesario repetirla para cada una de ellas, á no ser que el marido haya formalmente expresado otra cosa.

351. Según el art. 198: "tampoco puede la mujer, sin licencia de su marido, adquirir por título oneroso ó lucrativo, enagenar sus bienes ni obligarse, sino en los casos especificados en la ley." Esto quiere decir que la incapacidad de la mujer es absoluta para toda clase de actos ó contratos. En consecuencia, la mujer casada no puede ni áun recibir una donación ó herencia, sin la autorización del esposo. Así lo reconocen expresamente los arts. 2630 y 3675. Podría decirse que en esta clase de actos, la mujer casada no contrata propiamente hablando; pero como muy bien lo observa el Sr. García Goyena, "áun en estos casos pueden imponerse condiciones, cuya dificultad ó dureza no al-

(1) S. Llamas y Molina. *Comentario á las leyes de Toro*, tom. 2, pág. 299.

cance la mujer á apreciar debidamente; y por otra parte, la moral pública, la santidad y paz del matrimonio, se resentirían de que la mujer pudiera adquirir por título lucrativo sin saberlo y aprobarlo su marido (1).” Laurent, refiriéndose al art. 217 del Código Francés, defiende la misma prescripción, diciendo que aunque la mujer no contrae ninguna obligación, cuando adquiere á título gratuito, las buenas costumbres exigen que el marido intervenga para autorizar la aceptación.

352. La incapacidad de la mujer casada para contratar, era reconocida también por el antiguo Derecho. Pothier dice: “Son nulos todos los contratos celebrados por la mujer sin autorización del marido, ora le sean perjudiciales, ora le sean provechosos: de la propia suerte que no puede obligar los otros á su favor, tampoco puede obligarse ella á favor de los demás. Ni tan siquiera puede aceptar válidamente una donación (2).” Así lo reconocía también la Ordenanza Francesa de 1731. La ley 55 de Toro declaraba: que “la mujer durante el matrimonio, sin licencia de su marido como no puede hacer contrato alguno, así mismo no se pueda apartar ni desistir de ningún contrato que á ella toque, ni dar por quito á nadie de él.” Antonio Gomez, propone y resuelve afirmativamente con este motivo la siguiente cuestión: ¿será válido el contrato hecho por la mujer sin licencia del marido, cuando sea conocidamente ventajoso? Matienzo, Covarrúbias y Sancho Llamas son de la misma opinión. Estos autores sostienen, que así como es válido el contrato celebrado por el menor sin la autorización de su tutor, cuando aquel es útil, del mismo modo debe serlo el celebrado por la mujer sin la autorización de su marido, en igualdad de circunstancias. Además, se dice, que siendo el motivo de la ley antes citada,

(1) *Proyecto de un Código Civil Español*, art. 63.

(2) *Traite du Puissance maritale*.

evitar perjuicios á los bienes del matrimonio, tal motivo cesa en el caso propuesto (1). Posadilla opina en sentido contrario (2), y tal es el pensamiento que ha prevalecido en la redacción del art. 198, el cual claramente da á entender, que la mujer casada necesita de la autorización marital, áun en aquellos actos que sean solo lucrativos. Por otra parte y dejadas en el lugar de respeto que merecen las opiniones anteriores de célebres jurisconsultos, un ligero exámen de esta materia, basta á convencernos de que ellos han confundido bases tan diversas como son las de la autorización marital y del tutor. En efecto, como lo enseña Pothier, "la necesidad en que la ley constituye á la mujer casada de pedir la autorización del marido no se funda en la debilidad del sexo y en la poca consistencia de su razón; como que ni las solteras ni las viudas han menester tal autorización, á pesar de que nadie dirá que sean menos debiles y fragiles que las casadas. Fúndase, pues, únicamente en la potestad que ejerce el marido sobre la persona de su mujer, en fuerza de la cual, no puede ella hacer nada sin que se sujete á la voluntad del jefe de la familia. De aquí se sigue que la autorización del marido es *harto diferente de la autoridad que un tutor interpone en lo que hace su pupilo*. Esta última se requiere sola y exclusivamente en favor del pupilo, á fin de que no sea sorprendido ni contraíga obligaciones de que pueda sentir perjuicio. Así es que, la falta de la autoridad del tutor en los negocios del pupilo pueden solo oponerla el menor y sus habientes-derecho y representantes. Si el menor cree serle ven-

(1) Antonio Gomez, *Ad leges Tauri*; in legem 55.—Matienzo. In legem 2, tit. 3, lib. 5, *Recop. gloss*, 1, núm. 14.—Covarrúbias, *In Practicis*, cap. 28, núm. 10.—Llamas, *ley 55 de Toro*, tom. 2, núm. 6.

(2) *Comentario á la ley 55 de Toro*.

tajoso el contrato celebrado sin la autoridad de su tutor, puede demandar su ejecución y cumplimiento, sin que aquellos con quienes contrató, puedan oponerle la falta de intervención del tutor. Por el contrario, exigida la autorización del marido, no en favor de la mujer, sino del mismo marido, para conservar el poder que tiene sobre la persona de su mujer, para la nulidad de un acto sin tal autorización practicado por ésta, no importa que ese acto la sea ventajoso ó perjudicial, de tal suerte que hállamos decidido que fuera nula la aceptación que hiciese la mujer sin la autorización del marido, de una donación á ella otorgada pura y simplemente (1).” D’Agnessau decía también: “Es el interés del marido que ha hecho establecer la necesidad de la autorización; es este un principio, en el cual convienen todos nuestros doctores (2).” Poco importa, pues, que el contrato celebrado por la esposa sea notoriamente útil y ventajoso; si se ha infringido el precepto de la autorización marital, falta á aquel para su validez uno de los elementos sustanciales, sin los cuales no puede subsistir. Es la subordinación de la mujer al hombre en el matrimonio, lo que sirve de fundamento á la necesidad de la licencia marital.

353. La incapacidad de la mujer casada para contratar y para adquirir por título oneroso ó lucrativo, de que habla el art. 198 del Código que comentamos, es reconocida en los propios términos por el Código de Veracruz (art. 209); por el del Estado de México (art. 154); por el de Tlaxcala (art. 159) y por el del Distrito Federal (art. 207) de 1870.

§ 5.—DE LA FORMA DE LA AUTORIZACION MARITAL.

354. Es este un punto en el cual no están acordes la jurisprudencia francesa y la española, ni por consiguiente la mexi-

(1) *Paissance Maritale*, 1, 255.

(2) Alegato de 3 de Abril de 1691.—D’Argentree, *Antigua costumbre de Bretaña*, art. 223, glos. 4, núm. 2.

cana, que ha seguido en gran parte las tradiciones de la segunda. Merlin enseña que, excepto la costumbre de La Rochelle, todas las otras de la antigua Francia, regida por el derecho no escrito, prescribían la necesidad de la autorización marital *especial* (1). Lo contrario sucedía en la antigua legislación española. La ley 56 de Toro dice: “mandamos que el marido pueda dar licencia *general* á su mujer para contraer, y para hacer todo aquello que no podía sin su licencia, y si el marido se la diere, vala todo lo que su mujer fisiere por virtud de la dicha licencia.” El proyecto de un Código Civil Español (art. 62) al exigir la licencia del marido, no le añadió la palabra *especial*.

355. Siguiendo esta tradición, aceptan también la licencia general el Código que comentamos (art. 199); el de Veraeruz (art. 213); el del Estado de México (art. 159) y el del Distrito Federal de 1870 (art. 208). Solo el Código del Estado de Tlaxcala (art. 159), parece exigir que la licencia de que tratamos sea especial.

356. El Código francés, consecuente también con las antiguas tradiciones declara (art. 223), que toda autorización general, aún estipulada por contrato de matrimonio, no es válida, sino en cuanto á la administración de los bienes. Pothier enseña que la autorización del marido debe ser especial para *tal á cual acto* (2) “Yo estimo, dice Lebrun, que las autorizaciones deben ser especiales *en cada negocio y en cada contrato* (3).”

§ 6.—DE LA AUTORIZACION JUDICIAL.

357. La ley 59 de Toro decía: “Cuándo el marido estubiere ausente, y no se espera de próximo venir, ó corre peligro en la

(1) Merlin. *Repert.* “Autorization maritale.”

(2) Pothier. *Introducción au tit. X de la Coutumè d'Orleans.*

(3) Lebrun. *De la communauté*, lib. 2, chap. 1, sect. 4, núm. 8.

tardanza, que la justicia, con conocimiento de causa, seyendo legítima ó necesaria, ó provechosa á su mujer, pueda dar licencia á la mujer, la que el marido le había de dar, la cual, ansi dada, vala como si el marido se la diese.” Pothier enseñaba en el antiguo derecho francés: “la mujer puede recurrir á la justicia cuando el marido está demasiado lejos para dar la autorización tan prontamente como el caso lo exige (1).”

358. El art. 222 del Código de Napoleón se expresa así: “Si el marido está en estado de interdicción, ó *ausente*, el juez puede, con conocimiento de causa, autorizar á la mujer sea para comparecer en juicio, sea para contratar.”

359. Igual prescripción se encuentra en nuestros Códigos art. 200 del que comentamos; art. 210 del de Veracruz; art. 156 del del Estado de México; art. 162 del de Tlaxcala y 211 del de el Distrito Federal de 1870, vigente en los demás Estados de la Federación.

360. Más ¿á qué ausencia se refieren estos Códigos y los extranjeros con quienes concuerdan, en el punto que nos ocupa? ¿és la ausencia legal, ó és la simple ausencia de hecho? Por lo que hace al Código Civil Francés, parece que se trata exclusivamente de la ausencia legal, supuesto que los arts. 861 y 862 del Código de Procedimientos preveen el caso en que el marido rehuse autorizar á su mujer; y los arts. 863 y 864, los casos en que el marido está ausente ó es incapacitado. Ahora bien, el Código de Procedimientos, al hablar de la ausencia, dice: “En el caso de ausencia *presunta* del marido, ó cuando ella hubiere sido *declarada*.” Marcadé, con este motivo, hace el siguiente razonamiento: si además del caso de ausencia legal, el legislador permitiera al juez, autorizar en caso de simple no-presencia, el Código de Procedimientos habría previsto este caso; es

(1) Pothier. *De la puissance du mari*.

así que no lo prevee, luego la simple no-presencia es insuficiente para que el juez intervenga. Esta interpretación ha sido seguida por muchas sentencias (1).

361. Sin embargo, otra es la opinión de la mayor parte de los autores, los cuales fundándose en la enseñanza de Pothier, sostienen que, atento el motivo porque el legislador ha establecido la autorización judicial en lugar de la del marido, y que no es otro que suplir la segunda con la primera, debe ésta tener lugar con solo que el marido no se encuentre en aptitud de prestarla (2).

362. En cuanto á nuestra legislación, creemos que la ausencia de que se trata en este punto, es la simple ausencia de hecho, no solo porque nada encontramos en nuestras leyes, que á semejanza de las francesas dé á entender, que es la ausencia legal lo único que hace necesaria la autorización judicial para suplir la del marido, sino además porque, siendo tan prolijos los plazos y los trámites de la ausencia jurídica, en caso de que solo ella pudiera dar lugar á la autorización del juez, serían gravísimos y trascendentales los perjuicios, que sobrevendrían á los intereses materiales del matrimonio. No debemos pensar que esta haya sido la intención del legislador.

363. La autorización judicial tiene también lugar, cuando estando presente el marido, rehusase sin causa justificada autorizar á la mujer para contratar ó litigar. Así lo previene el mismo art. 200 del Código que comentamos; el 214 del de Veracruz; el 155 del del Estado de México; el 162 del de Tlaxcala y el 209 del de el Distrito Federal de 1870.

(1) Marcadé, tom. 1, sur l'art. 222.—Daloz, "Mariage," núm. 870.

(2) Zacharias, tom. 3, § 472.—Demolombe, tom. 4, núm. 214.—Hay también sentencias en este sentido (Daloz, "Mariage," núm. 870).

364. La ley 57 de Toro decía: El juez con conocimiento de causa legítima, ó necesaria, compela al marido que de licencia á su mujer. para todo aquello que ella no podría hacer sin licencia de su marido, é si compelido no gela diere, que el juez solo se la pueda dar.

365. La misma disposición se encuentra en los arts. 218 y 219 del Código francés.

§ 7.—DE LOS CASOS EN QUE ES NECESARIA LA AUTORIZACION JUDICIAL.

366. En el párrafo anterior hemos hablado de los casos en que la autoridad del juez suple la autorización marital. Ahora vamos á ocuparnos de aquellos en los que, áun estando el marido presente, interviene desde luego la autoridad judicial para autorizar á la mujer. Al proceder así seguimos rigurosamente el método del legislador. Casos hay en que la mujer tendrá interés en litigar ó celebrar algun contrato; si tanto ella como su marido son menores de edad, sería inconveniente que la primera pidiera al segundo autorización para aquellos actos de que el marido mismo es incapaz por su menor edad. Refiriéndose al art. 224 francés dice Laurent: "Siendo menor la mujer, si el marido es menor también, él no puede ser el curador de su mujer en razón de su incapacidad; no podrá pues intervenir sino como marido para autorizar á su mujer en los actos de administración. ¿Se trata de otros actos? Es necesaria á la mujer menor la asistencia de su curador y además, según el rigor de los principios, la autorización del tribunal, que remplace la que el marido no puede darle en razón de su minoridad; porque la mujer es herida, en este caso, de una doble incapacidad: es menor y es casada; la asistencia del curador la levanta de su incapacidad como menor; para ser levantada de la incapacidad que

deriva del matrimonio, debe ser autorizada por el juez (1).” Del mismo modo opina Demante (2).

367. Conforme á estas reflexiones ha sido redactado el art. 201 del Código que comentamos: “La mujer necesita autorización judicial: para litigar ó contraer, cuando tanto ella como su marido fueren menores de edad. En este caso la autorización será siempre especial.” Una disposición semejante no se encuentra en el Código de 1870, ni en el de Veracruz, ni en el del Estado de México, ni en el de Tlaxcala. Según estos Códigos, la circunstancia de ser menor la mujer es indiferente, pues solo se atiende al esposo, el cual si es menor de edad, necesita la autorización judicial.

368. ¿Con qué requisito podrá la mujer contratar con su marido? Es este un punto muy controvertido y no bien resuelto en el antiguo derecho. Antonio Gomez dice: *si uxor contrahat cum suo marito, vel agat in iudicio contra eum ex aliqua justa causa, ut alimentorum, vel dotis, ipso vergente ad inopiam; an requiritur ejus licentia? Et breviter etiam dico et teneo quod non* (3). De la misma opinión son Matienzo (4), Covarrubias (5) y Maranta (6). Acevedo va un poco más adelante y sostiene, que en tal caso *ad cautelam vir renuntiet juri consentiendi ut evitaretur omnis scrupulus* (7). Avendaño profesa la misma doctrina (8). Gregorio Lopez en la glosa al Código de las Parti-

(1) Laurent, *Obra citada*, tom. 3, num. 129.

(2) Demante. *Cours analytique de Code civil*, tom. 1, num. 307, bis.

(3) A. Gomez. *In legem 55 Tauri*.

(4) Matienzo, *In leg. 2, tit. 3, lib. 5, Recop.*

(5) Covarrubias, *In Practicis*, cap. 28, num. 16.

(6) Maranta. *In Practic. 4, part. distinct 16, num. 29 y 30.*

(7) Acevedo, lib. 5, tit. 3, L. Tauri 55.

(8) Avendaño, 2.ª part., cap. 27, num 15.

das, no vacila en afirmar, que es duro é inícuo que la mujer celebre contratos con el marido, *sic durum videtur, et iniquum, quòd talis contractus permittatur geri cum marito* (1). S. Llamas y Molina enseña lo contrario diciendo: “la prohibición que hacen las leyes 54 y 55 de Toro á la mujer de contratar sin licencia de su marido, únicamente se dirige á favor del mismo, como se convence de la limitación de que usan las expresadas leyes al tiempo que dura el matrimonio; indicio cierto de que disuelto éste cesa la prohibición, y de consiguiente que ésta no atiende á remediar la fragilidad de la mujer, no habiendo ninguna ley real que le prohíba generalmente el contratar libremente en estado de soltera, de que se manifiesta el ascendiente que tiene en nuestros nacionales la autoridad de los comentaristas del derecho comun, y sus leyes y el poco aprecio que se hace de nuestras leyes reales, y supuesto que el fin de la presente ley (la 55 de Toro), sea el no perjudicar al marido sin su consentimiento por el contrato de la mujer, se concibe fácilmente que el marido renuncia de este beneficio por el hecho de contratar con su mujer, sin que pueda y deba reputarse esta licencia como una autoridad, según pretende Gregorio Lopez, que no se puede prestar en un acto propio, siendo constante que aunque á las mujeres por las leyes se les concede el beneficio de no poder obligarse, tienen la facultad de renunciar de este favor, siempre que enteradas de él, quieran renunciarla, según la ley 3, tit. 12, Part. 5. ≈ (2).” Gutierrez, finalmente, aunque en términos muy equívocos, parece inclinarse á que la mujer no pueda contratar con su marido. Notémos, pues, que la tradición dominante en nuestro derecho patrio, ha sido la de considerarse inconvenientes y peligrosos los contratos entre la esposa y el esposo.

(1) Partida 4, tit. 11, l. 5.

(2) S. Llamas y Molina, *ley 55 de Toro*, num. 11.

369. Lo contrario se observa en el antiguo y moderno derecho francés. Pothier enseña: "que la autorización del marido no es requerida para vigilar los intereses de la mujer, la cual es bastante capaz para vigilarlos por sí, sino al efecto de habilitarla para contratar, y habilitarla así *puede hacerlo para un contrato en que él propio tenga parte, como para otro cualquiera* (1)." Merlin, citando antiguas doctrinas, resuelve que la mujer puede contratar con su marido, sin necesidad de autorización judicial (2). Demolombe y Laurent son de la misma opinión (3). Solo una sentencia de la Corte de Turin de 17 de Diciembre de 1808, defiende una interpretación contraria. "Es incontestable, dice este fallo, que la autorización del marido debe garantizar, aunque no sea sino en parte, los intereses de la mujer y de los hijos; ¿dónde está la garantía cuando el marido es personalmente interesado? Si su interés está en oposición con el de la familia, ¿no podrá él sacrificar á su interés el de la mujer y de los hijos? Allí donde hay conflictos de intereses ¿no importa que la justicia imparcial intervenga? (4)" Mas la jurisprudencia está en lo general en favor de la autorización marital, aún en contratos de la esposa en que esté interesado el marido (5). Una sentencia de Grenoble de 11 de Marzo de 1851, expresa perfectamente la solución dada por los Tribunales franceses al punto de que nos ocupamos. Comentándola, dice Marcadé lo siguiente, que consideramos importante trascri-

(1) Pothier, *De la puissance maritale*.

(2) Merlin, *Questions de droit*, "Puissance maritale," § 4.

(3) Demolombe, tom. 4, num. 232, 235 y 236.—Laurent, tom. 3, num. 134.

(4) Dalloz, "Mariage," num. 814, 1.º

(5) Sentencias de Grenoble de 11 de Marzo de 1851; de Montpellier de 18 de Noviembre de 1853; y de Bordeaux de 29 de Agosto de 1856 (Dallóz).

bir aquí: "se está léjos de un acuerdo unánime sobre las causas que, en nuestro derecho han militado para declarar á la mujer incapaz de ejercer, sin la asistencia de su marido, los actos civiles. Según unos, la incapacidad de la mujer ha sido establecida *propter fragilitatem sexus*, como la de los menores lo ha sido *propter fragilitatem ætatis*; de suerte que, en los dos casos, sería la inhabilidad natural de la persona lo que motivaría su incapacidad legal. Ahora bien, esta idea es inadmisibile, ella era verdadera en el derecho romano primitivo, cuando la mujer sufría una incapacidad perpétua que la mantenía en tutela toda su vida, de suerte que la tutela se definía entonces: una institución organizada *ad tuendum eum eamve qui propter ætatem vel sexum sé defendere nequit*. Pero entre nosotros, cuando las mujeres solteras ó viudas tienen la misma capacidad legal que los hombres, cuando aún la mujer actualmente casada puede ser tutora de sus hijos de un primer lecho (art. 396), y hacerse la tutora de su propio marido incapacitado, aquel principio sería de una falsedad palpable. Otros, rechazando ésta idea, enseñan que la autorización es *únicamente* exigida como muestra de sumisión de la mujer, como consecuencia del respeto debido al marido, y que por consiguiente la incapacidad legal no es establecida sino en el interés moral de éste. Pero esta teoría, aunque más próxima á la verdad que la anterior, es todavía inexacta por lo que tiene de exclusivo, y si ella ha podido ser la de nuestro antiguo derecho, no es ciertamente la del Código. En efecto, si la obtención de la autorización marital no fuese exigida sino como muestra de deferencia de parte de la mujer hácia el marido, sin que ninguna preocupación de interés pecuniario y de lesión de la mujer entráse en el pensamiento de la ley, importaría poco que el marido fuese mayor ó menor de edad; porque el jóven teniendo bastantes años para ser esposo, los tiene también para recibir las muestras de deferencia que le son dadas con tal título. Ahora bien, mientras que nuestro an-

tigo derecho aceptaba como suficiente la autorización del marido menor, el Código declara al contrario, que la incapacidad de la mujer no es suplida por una tal autorización (art. 224). Además, si la autorización no fuese exigida sino en el interés moral del marido, la anulación del acto hecho sin autorización, no podría ser pedida sino por el marido, único interesado, mientras que ella puede serlo por la mujer como por el marido, y aquella aún es puesta en primera línea á este respecto (art. 225). En fin, los arts. 1124, 1125 y 1304, completan la demostración poniendo en la misma línea, como referentes todas á los intereses pecuniarios, las tres incapacidades del menor de edad, del impedido y de la mujer casada. Luego la necesidad de la autorización no está fundada sobre la debilidad y la ligereza de la mujer; ni tampoco en un sentido exclusivo sobre el respeto debido al marido, sino sobre lo que vamos á decir, que encierra según nosotros el pensamiento de la ley.

“En contrándose la mujer por su matrimonio, y mientras éste dura, bajo la guarda del esposo que ella eligió como protector para sus bienes y para su persona, es muy natural, aunque conserve en el fondo toda su experiencia, que ella se preocupe menos de sus negocios y no se lance ya en los mismos cálculos por el pensamiento de que otro cumplirá con estos cuidados en lugar de ella y mejor que ella; es muy natural que ella se reduzca al papel de instrumento pasivo bajo la dirección del esposo. Luego la mujer, conservando en el fondo y para servirse de ella en caso necesario, su plena capacidad, la ve dormirse bajo el imperio de las circunstancias, y cae así, para los casos generales y ordinarios, casi en el estado en que nos coloca la minoridad misma. Por esto cuando el marido es menor, como su minoridad no impediría tal vez que la mujer reposase sobre él, puesto que es el protector de su elección y ella ha creído encontrar en él una actividad y prudencia suficientes, la ley, que ve allí dos ciegos apoyándose el uno sobre el otro, declara en-

tonces insuficiente la autorización del marido, y requiere la intervención de la justicia. Pero viene una circunstancia extraordinaria, en la cual es imposible á la mujer reposar sobre el marido; por ejemplo, si éste está ausente ó es incapacitado, ó si es precisamente el adversario de la esposa en el acto; entonces la plena capacidad que dormía en aquella se despierta, y la cuestión de autorización no es ya sino una simple cuestión de respeto. *Ahora bien, como el hecho mismo de que es el marido quien contrata con su mujer, constituye el asentimiento dado por éste para la realización del acto por la mujer y como así se logra una plena satisfacción de los respetos que le son debidos, ninguna otra cosa es necesaria. Si hubiera, todavía en este caso, incapacidad de la mujer, sería preciso recurrir á la justicia; porque el marido, siendo entonces el adversario de la mujer, no es él quien podría suplir á la incapacidad de ésta, sería el caso de aplicar la regla, "nemo potest auctor esse in rem suam" y la autorización del juez fuera desde entonces indispensable. Pero desapareciendo la incapacidad absolutamente accidental de la mujer, cuando le es imposible descansar sobre el marido, y haciéndose entonces la cuestión de autorización una simple cuestión de deferencia para éste, es claro que su autorización se encuentra perfectamente suficiente. La sentencia de Grenoble está pues en lo verdadero, decidiendo que una mujer no tiene ninguna necesidad de la autorización de la justicia para contratar con su marido (1)."* No puede menos que confesarse cuán clara es la ilación que enlaza los razonamientos precedentes. Si la necesidad de la autorización marital para los actos de la mujer es una consecuencia, no tanto de su incapacidad para los negocios, ni de la fragilidad de su sexo, puesto que no siendo casada, y sí mayor de edad, puede contratar por sí sola, cuanto del poder marital á que se somete

(1) *Revue critique de la jurisprudence*, tom. 2, pág. 327.

por el matrimonio, conuinado con el deber de protección que la ley atribuye al esposo, lógico es que la mujer pueda contratar con el marido, una vez que en tal contrato va implícita la autorización requerida por parte de éste. Sin embargo, reconocamos que la lógica no es siempre la igual de la justicia. Podrá un principio desprenderse lógicamente de otro; pero ¿será por esto necesariamente moral y justo? Además reflexiónese en las razones que han guiado al legislador al prescribir para los actos de la mujer casada la autorización del esposo, y nos convenceremos de que de tal principio, acertadamente estudiado, muy lejos de inferirse la conclusión sostenida por los jurisconsultos franceses, se deriva precisamente lo contrario en el punto que nos ocupa. ¿Cuál es el motivo porque la esposa debe obtener tal autorización para contratar en general? Es que, atendiendo el legislador á lo que sucede más comunmente, es á saber, que los dos cónyuges se unifican en unos mismos intereses, de tal modo que entre las personas de que la esposa se halla rodeada ninguna se empeña con mayor sinceridad en su bienestar y lucro que el esposo, ha considerado suficiente la dirección de éste, para que aquella no sea víctima por parte de extraños, ni del engaño, ni de la sorpresa. ¿Quién, debe haber dicho el legislador, se interesará más por los bienes de la esposa que su marido, copárticpe con ella de una misma vida, administrador de aquellos y por cuya administración tendrá derecho á una mitad de las utilidades de la sociedad conyugal? ¿Vacilará el esposo entre su compañera y personas extrañas? Por esto creemos, que la necesidad de la autorización marital ha sido reconocida en principio para solo los contratos, que haya de verificar la mujer fuera de su hogar. Ningún mejor consejero y director de la esposa en lo que toca á sus bienes y por lo que hace á los demás, que aquel sér con quien ella se ha unido por el afecto, y á quien se ha entregado sin reservas. He ahí la seguridad, con que, fundándose en la misma naturaleza de las relaciones exis-

tentes entre los esposos, ha sometido la ley al hombre la mujer. Es que en ellas se ha encontrado para los intereses de ésta toda la posible garantía de celo é imparcialidad. Más ¿será tan seguro que del igual modo obre el esposo cuando se trata de él mismo y de sus propios y personales lucros frente á frente de la esposa? La facilidad que en tal caso encuentra el marido para abusar de la sumisión de aquella ¿no será cuando menos un aliciente que haga peligrosa la autorización de que se trata? Luego, si la necesidad de que la mujer esté asistida por el marido en todos los contratos que celebre, se funda en el poder marital por un lado y por el otro en la casi seguridad que se tiene de que él ejercerá tal poder de protección con eficacia é imparcialidad en favor de aquella, las mismas consideraciones sugieren la idea de que tal poder cese, desde el momento que ya no es un extraño sino el mismo marido el co-contratante de la esposa, pues la seguridad en que ese poder se funda deja de existir ó cuando menos disminuye en mucha parte en el presente caso. Así, sean cuales fueren las diferencias que separan la autoridad del tutor respecto al pupilo de la del esposo respecto á la mujer y aunque se diga que ésta es sometida al marido por razón del poder marital y no en interés de ella misma; como tales proposiciones nunca pueden aceptarse en nuestro moderno derecho de una manera absoluta y en un sentido exclusivo, lo cual equivaldría á convertir al esposo en un déspota omnipotente, cabe perfectamente en el punto de que tratamos aplicar la regla de Ulpiano: *nemo potest esse auctor in sem suam*.

370. Estas reflexiones deben quizá haber movido á nuestro legislador para que, al revisarse en 1884 el Código Civil del Distrito Federal de 1870 que guardaba silencio como el francés sobre la cuestión propuesta, quedase formalmente expresado como lo está en el art. 201, fracción 2.ª, “que la mujer necesita también autorización judicial, para contratar con su marido, excepto cuando el contrato que celebre sea el de manda-

to." Fácil es comprender porque la ley ha hecho la anterior excepción, pues en el contrato de mandato no hay enagenación de bienes y él importa precisamente el conjunto de facultades para la administración de que se halla encargado el marido.

371. Ningun otro de nuestros Códigos concuerda con el que comentamos en esta materia.

§ 8.—DE LOS CASOS EN QUE NO SON NECESARIAS NI LA AUTORIZACION JUDICIAL NI LA MARITAL.

372. Supongámos que la mujer es mayor de edad; el principio que hemos establecido sobre que necesita unas veces de la autorización marital, y otras, de la judicial ¿no sufre excepción alguna? Todos los Códigos aceptan varias, cuya justicia es fácil de demostrar, y de las cuales pasamos á hacernos cargo con la debida separación.

SUBDIVISION 1.ª DE LA MATERIA CRIMINAL.

373. Es un principio aceptado por todas las legislaciones: que la esposa mayor de edad no necesita, sino quererlo, para defenderse por sí sola. ¿Cuál es la razón? Muchas han dado los autores para demostrar, que como acusadora necesita la mujer casada licencia de su marido; más no como acusada. Valin dice: "Cuando una mujer es acusada, es parte necesaria, sea inocente ó culpable; así, es natural que tenga derecho á defenderse. Mientras que, cuando ella se queja, no es seguro que tenga razón; conviene pues que, para obrar, sea autorizada por su marido ó por la justicia (1)." ¿Por qué, pregunta Laurent, la mujer de-

(1) Valin, *Coutume de la Rochelle*, art. 22, num. 43.—Lebrun, *Traité de la Communauté*, lib. 2, chap. 1, sect. 1.—Rodemburg, *De jure conjugum*, tit. 3, chap. 2.

mandada en materia civil necesita para defenderse de la autorización marital, y no sucede lo mismo en materia criminal? Y contesta: "La mujer demandada en materia civil puede tener interés en no defenderse, para evitar costas inútiles; importa pues que el marido intervenga. En materia criminal, el proceso sigue su curso, defiéndose ó no la mujer; por consiguiente ella está siempre interesada en defenderse; de aquí se sigue que la intervención del marido es inútil (1)." Además en materia penal conforme á nuestro Código de procedimientos (art. 3) no hay más que dos acciones: la penal que corresponde exclusivamente á la sociedad; y la civil, que puede ejercitar la parte ofendida. En cuanto á esta, la mujer casada se encuentra comprendida en la regla general, es decir, necesita autorización marital (2), y respecto á la otra, como no es de su pertenencia, el Código Civil no ha podido considerarla. Una acusación por determinado delito no puede menos que herir directamente á la persona que se considera culpable; es pues un asunto de interés personal, que afecta al acusado, á cuyos derechos individuales tiene que referirse la defensa, sin consideración á otras conjuntas personas. El derecho de defensa es considerado por nuestra Constitución política (art. 20) como una garantía individual, cuyo respeto, así como obliga á las autoridades, se impone también á extrañas personas y por consiguiente al marido mismo. Este derecho como otros de su especie deriva exclusivamente de la naturaleza humana, sin que pueda ser trabado en su ejercicio por las leyes positivas (3).

374. Por estas razones el código que comentamos declara (art.

(1) Laurent, tom. 3, num. 109.

(2) Le Sellyer, *Droit crim.*, tom. 2, num. 549.—Marcadé sur l'art. 216.

(3) Durantón, tom. 1, num. 1041.

202, fracción 1.ª), que la mujer mayor de edad no necesita autorización ni marital ni judicial para defenderse en juicio criminal. Igual prescripción se encuentra en los Códigos de Veracruz (art. 215); en el del Estado de México (art. 160); en el de Tlaxcala (art. 163) y en el del Distrito Federal de 1870 (art. 212)

375. Pero si la mujer mayor de edad no necesita autorización marital para defenderse en materia criminal, quizá sí le sea necesaria la judicial. Opinamos también que no, pues como lo nota Mangin, desde el momento en que la sociedad representada por sus autoridades trata de imponer un castigo á la mujer, ésta se supone implícitamente autorizada por aquella para defenderse (1).

SUBDIVISION 2.ª DEL CASO EN QUE LA MUJER LITIGA CON SU MARIDO.

376. Nada encontramos en nuestro antiguo Derecho Patrio, que pueda servirnos de antecedente al investigar los orígenes de la presente materia. Son los intérpretes los que, explicando la ley 55 de las de Toro, han sostenido únicamente que la mujer tiene personalidad propia cuando litiga con el marido y que por tanto no necesita entonces de su autorización (2).

377. En cuanto al derecho francés, las doctrinas son las siguientes. Merlin propone la cuestión: ¿es necesario que la mujer esté autorizada para obrar contra su marido, por ejemplo, para llegar á una separación, para hacerlo declarar incapacitado, etc? Y contesta: "no hay ninguna duda sobre la afirmativa. Esto no quiere decir que la mujer deba entonces requerir precisamente la autorización de su marido, pero es necesario que ella comience por hacerse autorizar del juez (3)." Conforme á esta doctrina ha sido sentenciado en 17 de Abril de 1734 un cá-

(1) Mangin. *De la action public et civil*, tom. 2, num. 314.

(2) Gutierrez Fernandez, *Códigos españoles*, tomo 1, pág. 437.

(3) Merlin, *Repert* "Autorization Maritale," sect. VII, num. 16.

so en que la mujer pedía la interdicción de su marido (1). Una sola excepción se ha aceptado á este respecto, cuando la mujer pide la nulidad de su matrimonio. Como mientras éste, se dice, no es anulado por el juez, debe producir todos sus efectos, la mujer casada necesita de la autorización marital, en el caso de pretender anularlo, pues mientras tal resultado no es obtenido, ella implícitamente reconoce la subsistencia del matrimonio y debe someterse á sus efectos. En vano se respondería, declara Laurent, que esto es una contradicción, porque mal puede considerarse como casada la mujer que obra para hacer juzgar que ella no lo es. Pero á pesar de la demanda en nulidad, el matrimonio subsiste y produce todos sus efectos. La mujer demandante es casada mientras su matrimonio no es anulado. Luego ella tiene necesidad de la autorización de su marido ó de la justicia para intentar una acción (2).” Merlin es de la misma opinión. “Eo que prueba, dice, que la demanda en nulidad de un matrimonio no impide que el matrimonio sea provisionalmente considerado como existente y capaz de producir todos los efectos que la ley hace nacer de él, es que si el marido instaurase tal demanda contra la mujer separada de hecho, ella debía ser dirigida, no al juez de la residencia actual de la mujer, sino ante el del domicilio del marido (3).” Conforme á estas ideas fué sentenciado un negocio por la Corte de Casación francesa en 31 de Agosto de 1824 (4). Para resumir la doctrina de los autores franceses sobre este punto, véase lo que sobre tal fallo escribió Demolombe. “No se trata aquí de un proyecto de matrimonio;

(1) Laurent, tom. 3, num. 105.—*Arret de la Cour de Toulouse du 8 février 1823*. (Daloz, *Repert.* num. 778, 2. °)

(2) Laurent, tom. 2, num. 436.

(3) Merlin, *Repert.* “Mariage,” sect. 6, art. 181.

(4) Daloz, 1824, 1, 336.

la celebración de éste ha tenido lugar, y he aquí que la mujer quiere pedir la nulidad. Dos cuestiones deben examinarse: 1.ª ¿Es necesario que la mujer pida previamente la autorización de su marido ó de los tribunales para intentar un tal proceso? 2.ª ¿Esta autorización puede serle rehusada? La Corte de Casación acaba de consagrar, sobre estos dos puntos, la afirmativa. Se podría hacer contra esta sentencia la siguiente gravísima objeción. Si la mujer, en lugar de pedir la nulidad de su matrimonio, pidiera solamente su separación de cuerpo ó de bienes, es incontestable, 1.º, que ella no estaría obligada á dirigirse á su marido para obtener su autorización; 2.º, que el presidente del tribunal, á quien ella debería entonces dirigirse, no podría rehusarle la autorización de litigar (arts. 865 y 875 del Código de Procedimientos).

“Y por qué motivos el legislador ha derogado, en esos dos casos, á los principios ordinarios de la autorización marital? Porque ha comprendido que no se podía verdaderamente someter la mujer á la obligación de pedir al marido la autorización de ejercer contra él mismo una tal demanda, una demanda en separación de bienes ó de cuerpo, la cual por otra parte ha parecido ser el ejercicio de un derecho tan personal que ningun obstáculo debía paralizar. Ahora bien, todos estos motivos son igualmente aplicables, y áun *á fortiori*, á la demanda en nulidad de matrimonio. Luego la mujer que intente una tal demanda contra su marido, no puede ser obligada á pedirle á él mismo su autorización; luego ésta no podría serle rehusada. Así los artículos del título de matrimonio, que permiten á los esposos mismos proponer ciertas nulidades, no someten á condición alguna, ni áun en lo que concierne á la mujer, el ejercicio de éste derecho enteramente personal (arts. 180 y 191 del Código Civil). La Corte suprema no se ha detenido sin embargo en esta objeción; ya, por una sentencia precedente de 21 de Enero de 1845 había casado otra de la Corte de Burdeos, que no había

exigido, en semejante caso, la autorización marital ó de los tribunales; y la nueva sentencia, que nos ocupa, no hace sino confirmar, á este respecto, su jurisprudencia. Esta nos parece conforme, en el estado actual de cosas, á los textos del Código Civil y á los principios:

“*A los textos*, porque de un lado, según el art. 215, la mujer casada no puede litigar sin la autorización de su marido, y ningún otro artículo expresa excepción á esta regla para la demanda en nulidad de matrimonio; y de otro, porque, según los arts. 861 y 862 del Código de procedimientos, el tribunal encargado de *statuir* sobre la demanda en autorización puesta por la mujer, puede, en consecuencia, acordar ó rehusar esta autorización;

“*A los principios*, porque no debe ponerse el efecto antes de la causa, y la mujer, al pedir la nulidad de su matrimonio, reconoce por eso mismo que éste á lo menos en cuanto al presente, existe; ahora bien, si es así, el matrimonio debe producir sus efectos, mientras no es anulado. No desconocemos lo que hay de sério en la objeción que acabamos de presentar; y aún nuestra opinión es que el legislador habría debido hacer para la demanda en nulidad de matrimonio puesta por la mujer, lo que ha hecho para la demanda en separación de bienes ó de cuerpo. Pero no es sino al legislador á quien corresponde modificar así los textos y restablecer la armonía cuyo defecto se señala (1).”

378. Fácil es darse cuenta de la razón en que se apoya la anterior jurisprudencia. El Código francés no exceptúa de la regla general sobre necesidad para la mujer casada de la autorización marital el caso en que ella litigue teniendo por adversario á su propio marido, y el silencio sobre este punto ha dado

(1) *Revue critique de la jurisprudence*, tom. 1, pág. 514.—*Demolombe, Cours de Code civil*, tom. 4, num. 127.

lugar á las distinciones que acabamos de ver. Pero otro sistema ha sido seguido por nuestro legislador. La doctrina en que nos parece haberse fundado es la siguiente: "La mujer casada tiene el concepto general de menor de edad, y por lo mismo parece que en estos casos debería obtener autorización judicial y áun nombrársele curador, si además fuera menor de edad. Aquí hay *impedimento* legal y repugnancia natural para que el marido dé ó niegue la licencia, porque se trata de su interés personal en oposición con el de su mujer: debería, pues, seguir la disposición del artículo anterior para el caso de que se halle impedido. Más por lo mismo que el impedimento y repugnancia son tan evidentes, el tribunal no puede tomar conocimiento de nada, ni es árbitro de conceder ó negar la autorización: conviene por lo tanto evitar un círculo vicioso (1)." En conformidad á estos principios están concebidos nuestros Códigos en el punto que nos ocupa: art. 202, fracción 2.ª del que comentamos; art. 215 de Veracruz; art. 160 de Estado de México; art. 163 de Tlaxcala y art. 212 del Distrito Federal de 1870.

SUBDIVISION 3.ª DEL TESTAMENTO DE LA MUJER CASADA.

379. El art. 202, fracción 3.ª del Código que comentamos declara, que la mujer casada, mayor de edad, tampoco necesita licencia marital ni judicial, *para disponer de sus bienes por testamento*. La misma disposición se encuentra en el art. 216 del Código de Veracruz; en el 161 del de Estado de México; en el 164 de Tlaxcala y en el 213 de el del Distrito Federal de 1870.

380. "Ella; dice el Sr. García Goyena, es comun é idéntica en todos los Códigos antiguos y modernos, en el Derecho roma-

(1) García Goyena, *Proyecto de un Código civ. esp.* art. 65.

no como en el patrio (1).” En efecto, el edicto del Pretor dice: *Nam satis constanter veteres decreverunt, testamentorum jura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere* (2).

381. En el antiguo derecho francés algunas Costumbres como las de Nivernais, Brogoña y otras sometían á la mujer casada á la autorización, áun para sus disposiciones testamentarias. Pero el Código de Napoleón restituyó á la mujer un derecho de que por tales costumbres había sido injustamente despojada, supuesto que no teniendo el testamento efecto sino en una época en que el poder marital ya no existe, es decir, después de la muerte de la mujer, no hay razón para hacer intervenir en él la autoridad del marido (3). Además es de la esencia del testamento, que sea la libre expresión de la voluntad del testador, lo cual se estorbaría por causa de la mediación de una voluntad extraña (4).

SUBDIVISION 4.ª DEL CASO EN QUE EL MARIDO ESTUBIERE EN ESTADO DE INTERDICCION.

382. Según el art. 420 el estado de interdicción por causa de incapacidad mental puede empezar, ó desde que acontecimientos patentes y notorios han revelado ésta, ó desde que aquel ha sido pronunciado por el juez y se ha procedido al nombramiento de tutor, siquiera sea interino. Además, según el art. 449, así como el marido es tutor legítimo y forzoso de su mujer, ésta lo es de su marido demente, idiota ó imbecil. En consecuencia, en

(1) García Goyena. *Id.*, art. 66.

(2) *Dig.* lib. 28, tit. 5, l. 32.—Pothier, *Traité de la puissance du mari*, 1er. part, sect. 3.

(3) Duranton, tom. 1, num. 1090.

(4) Laurent, tom. 3, num. 99.

tales casos no podría la mujer mayor de edad estar sometida al poder marital. Así dice Pothier. "Cuando en este caso la mujer es nombrada por el juez tutora de la persona y bienes de su marido, su nombramiento encierra necesariamente una autorización para administrar todos los bienes del matrimonio (1)." Más debe notarse que mientras el Código francés (art. 222) expresa que, cuando el marido está en estado de interdicción, la mujer debe ser autorizada por el juez, el que comentamos (art. 202, fracción 4) exime aún de esta autorización á la mujer del incapacitado, con tal de que sea mayor de edad. Por esto dice Merlin que la demencia ó el furor del marido producen respecto de su mujer el mismo efecto que una larga ausencia (2). Esto proviene de que en el Código francés (art. 507) la mujer puede ser nombrada tutora de su marido; pero en el nuestro (art. 449) la mujer es tutora legítima y *forzosa* del marido incapacitado. Tan es así que Laurent propone la siguiente cuestión: ¿Si la mujer es nombrada tutora de su marido incapacitado, puede en este caso obrar sin autorización judicial? y contesta: la afirmativa no está sujeta á duda. La mujer tutora no ejerce derechos que le son personales, y en consecuencia no tiene necesidad de ser autorizada, pues obra en virtud de un mandato (3).

383. Mucho se ha discutido entre los comentadores franceses sobre si la mujer, aún siendo tutora de su marido incapacitado, y no necesitando ni de la autorización judicial para ejercer los actos de la tutela en los bienes del marido, la necesitará por lo que hace á sus bienes personales. El mismo Laurent no vacila

(1) Pothier, *Traité de la puissance du mari*.—Laurent, tom. 3, núm. 130.

(2) Merlin. *Repert.* "Autorisation maritale," sect. 7.

(3) Laurent tom. 3, num. 131.

en decir que le es necesaria; pero Duranton enseña que, si como tutora de su marido, la mujer puede sustituirse á él en todos los actos de la administración de los bienes, con más razón será libre é independiente en cuanto á los suyos (1).

384. A tales distinciones no puede dar lugar lo absoluto con que se ha expresado nuestro Código á este respecto, y en verdad que no hay razón para declarar, cuando se trata de bienes ajenos ó por lo menos comunes, suficientemente capaz á la mujer casada, é incapaz en el caso de que haya de resolver sobre los suyos propios. El mismo sistema ha sido seguido por los varios Códigos vigentes en algunos Estados de la República. En efecto, los Códigos de Veracruz (art. 549) y del Estado de México (art. 499), aunque siguiendo la teoría romana de limitar la tutela á los menores de edad y aplicar la curatela á los mayores incapacitados ó menores de privilegio, expresan que la mujer es curadora forzosa y legítima de su marido en estado de interdicción. Igualmente preceptúa el Código de Tlaxcala (art. 346), en conformidad con el sistema moderno, que la mujer es tutora legítima de su marido incapacitado. El Código del Distrito Federal de 1870, vigente en los demás Estados de la Federación, no fué ciertamente tan explícito como el que comentamos; pero debe inferirse que prevalece en él la misma doctrina; supuesto que por el art. 549 se reconoce también el mismo principio respecto á la mujer casada.

SUBDIVISION 5.ª DEL CASO EN QUE EL MARIDO NO PUDIERE OTORGAR SU LICENCIA EN CASO DE ENFERMEDAD.

385. El Código Civil del Distrito Federal de 1870 no habla del caso, en que la mujer casada fuese mayor de edad y su

(1) Laurent, tom. 3, num. 191.—Duranton, tom. 3; num. 754.—Demolombe, tom. 4, num. 227.

marido se encontráse enfermo en tales términos, que le fuese imposible otorgar á aquella la autorización. Fué preciso pues, al revisar en 1884 este Código, preveer á tal evento, estableciendo con claridad los derechos y obligaciones consiguientes. Por esto, entre los casos en que la esposa mayor de edad está exenta de impetrar la autorización marital, se enumera por el Código que comentamos aquel en que (art. 202, fracción 4.ª) *el marido no pudiere otorgar su licencia por causa de enfermedad*. No podemos menos que reconocer el acierto con que nuestro novísimo legislador ha procedido en este punto. En efecto, puede el marido estar enfermo hasta el extremo que se supone y sería injusto perjudicar los bienes del matrimonio por el solo hecho de no recabar la esposa una autorización imposible. Sin embargo, respetuosos de la tradición jurídica, cuando está fundada en principios de justicia, no podemos igualmente aprobar que por estar enfermo el marido hasta el grado de no poder dar su autorización á la esposa, se exima á ésta tambien del deber de solicitar la licencia judicial. No alcanzamos para tal reforma razón alguna sustancial y sí creemos muy conveniente á los intereses mismos del matrimonio, que la autoridad judicial supla, como en el caso de ausencia del marido (núm. 357) su imposibilidad proveniente de enfermedad. Lo contrario es establecer una excepción innecesaria é infundada al principio de que el marido es el representante legítimo de su mujer (1).

SUBDIVISION 6.ª DEL CASO EN QUE LA MUJER ESTUBIERE
LEGALMENTR SEPARADA.

386. Varios son los casos de separación legal entre los cónyuges, de que hablan las leyes. La separación en efecto, ó se re-

(1) García Goyena, *Proyecto de un Cod. civ. esp.*, art. 1363

fiere solamente á los bienes; ó á las personas y, como consecuencia, tambien á los bienes. El art. 2072 del Código que comentamos declara, que puede haber separacion de bienes, ó en virtud de capitulaciones anteriores al matrimonio, ó durante éste, en virtud de convenio de los consortes fundado en alguna causa grave (art. 2085), ó finalmente por sentencia judicial, cuando alguno de los consortes fuere condenado (art. 2087) á la pérdida de los derechos de familia, conforme al Código penal; pero continuando la union conyugal.

387. La separacion de bienes, como consecuencia de la separacion de las personas, tiene lugar en los siguientes casos: cuando hay divorcio necesario por alguna de las causas que motivan éste, ó por el mútuo consentimiento en el caso de divorcio voluntario ó por sentencia judicial, ya sea que la separacion de bienes resulte como consecuencia necesaria de las penas de prision y reclusion, conforme á lo dispuesto en el art. 148 del Código penal; ya sea en los casos de ausencia legalmente declarada (art. 2089).

388. Fácil es notar en qué se diferencian los unos y los otros casos propuestos: en los primeros la separacion de bienes tiene lugar, sin perjuicio de la union de los conyuges, los cuales continúan llenando recíprocamente los deberes que en orden á las personas les impone el matrimonio, haciendo vida comun y contribuyendo cada uno á sostener las cargas de su estado (art. 2076). El supuesto de los segundos es que, no subsistiendo ya esa union porque las personas viven separadas á causa de profundas alteraciones verificadas en sus mútuos afectos, debe sobrevenir tambien como consecuencia necesaria la separacion de los bienes.

389. Cuando se trata de la simple separacion de los bienes, la mujer no puede enagenar los inmuebles, ni los derechos reales sin consentimiento expreso de su marido ó del juez, si la oposicion de aquél es infundada (art. 2077). En los casos en

que la separacion de bienes es consecuencia de la separacion de las personas, la mujer queda habilitada para contraer y litigar sobre sus bienes sin necesidad de la licencia marital (art. 251); no sufriendo esta regla general más excepcion que la proveniente de que la mujer haya sido la que dio causa para el divorcio, pues entonces queda sujeta á la autorizacion marital, aún en lo que se relaciona con sus bienes propios (art. idem).

390. En el caso de ausencia legalmente declarada la separacion de bienes se efectúa, porque si bien esta declaracion no disuelve el vínculo del matrimonio, sí interrumpe la sociedad conyugal y en esta virtud la mujer recibe sus bienes propios y puede disponer libremente de ellos (arts. 648 y 650). Por último, cuando al marido se le ha impuesto una pena que lo inhabilita para administrar personalmente los bienes, la mujer administra los suyos propios, pero no puede enagenar ni gravar los inmuebles sin autorizacion judicial. Estos dos casos que referimos no importan, propiamente hablando, la directa separacion legal de la mujer en los términos de que habla la fraccion VI del art. 202, pues ésta se refiere á aquella separacion que la ley directamente autoriza en cuanto al lecho y habitacion, porque hayan concurrido ó bien las causas que motivan el divorcio necesario, ó bien el mútuo consentimiento que es la esencia del divorcio voluntario; pero, sin embargo, de ellos hacemos aquí mencion, porque en uno y en otro, aunque los cónyuges no están directamente separados por la ley, ésta así los considera de hecho, y de este hecho y de sus consecuencias en órden á los bienes de los cónyuges se hace cargo el legislador, dictando las disposiciones que dejamos citadas.

391. En derecho francés la separacion de cuerpos importa también la de los bienes (art. 311 del Código de Napoleon). Así dice Massol: "Si la separacion de bienes no derivase de la separacion de cuerpos, se seguiría que la mujer, que se hubiera visto obligada á comunicar á los tribunales las acusaciones que

imputaba á su marido, y que hubiera sido dispensada de la vida comun, quedaría sin embargo obligada á recurrir continuamente á su esposo, á fin de proveer á su mantenimiento, puesto que él habría conservado la administracion de los bienes de su mujer (1).”

392. Los mismos principios han inspirado en esta materia la redaccion de los Códigos de Veracruz (arts. 243 y 245) y del Estado de México (arts. 200 y 202). El Código de Tlaxcala arregla con más sencillez y filosofía la situacion en que quedan los cónyuges respecto á sus bienes, despues de estar legalmente separados. Por el art. 179, ejecutoriado el divorcio, deben volver á cada consorte sus bienes *proprios*, siendo facultada la mujer para administrar los suyos y contratar y litigar sobre ellos, sin licencia del marido. Por el 180 se establece que, en cuanto á los bienes *comunes*, tendrá su administracion el cónyuge inocente, y si ambos fueren culpables y hubiere hijos, administrará aquellos el marido. No habiendo sucesion, la separacion y division de tales bienes serán completos.

393. El Código del Distrito Federal de 1870 prescribe (art. 274) lo mismo que el código que comentamos. No estamos pues de acuerdo con lo asentado por nuestro amigo el Sr. Lic. Mateos Alarcon (2), que considera una verdadera innovacion hecha por el Código de 1884, la de que la mujer mayor de edad, legalmente separada pueda disponer libremente de sus bienes propios. No ha sido en nuestro concepto sino por razones de método y claridad por lo que el novísimo legislador enumeró,

(1) Massol. *De la separation de corps*, pág. 279—Troplong. *Du contrat d' Mariage*, tom. 2, num. 1268.—Merlin *Repert.* “Separation de corps,” § 4.

(2) Mateos Alarcon. *Estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal de 1870*, tom. 1, pág. 104.

entre los casos en que la mujer mayor de edad tiene la libre administracion de sus bienes, aquel en que está *legalmente separada*. Estas palabras, además, no se refieren ni pueden referirse, como da á entender el mismo autor, á simple separacion de bienes, segun ya lo hemos explicado y se desprende de la construccion gramatical de la frase. No hay ni innovacion ni inconsecuencia. Lo único que se ha hecho es expresar en el lugar oportuno el resultado inevitable, conforme á todas las legislaciones, del hecho de la separacion de las personas, es á saber, la separacion de los bienes.

SUBDIVISION 7.ª DEL CASO EN QUE LA MUJER TUBIERE ESTABLECIMIENTO MERCANTIL.

394. Aunque por regla general la mujer se dedica á las atenciones domésticas, no es raro verla puesta al frente de una industria ó de una negociacion mercantil, desempeñando allí con toda maestría y acierto las funciones que el negocio requiere. En los tiempos modernos, sobre todo, y principalmente entre los extranjeros, se ha observado la frecuencia con que las mujeres trabajan á la par que los hombres en las faenas del comercio, contribuyendo al aumento de la riqueza social y formando esos grandes establecimientos, donde se expenden objetos de lujo y bellísimos ornatos para el vestido y las habitaciones. Unas veces la mujer se limita, eu calidad de ayuda ó de simple dependiente á auxiliar los trabajos del hombre, que lleva la direccion y responsabilidad de los negocios; pero en otras, es ella misma, con total independenciam del marido, la que dirige é interviene en todos los actos y contratos de los negocios. La antigüedad, aunque tuvo la mujer política y guerrera, no conoció el tipo de la mujer comerciante. Es en los tiempos modernos, en que tan vastas se han hecho las relaciones mercantiles y en

que el trabajo desempeña papel tan importante en las sociedades, cuando la mujer se ha lanzado tambien á las combinaciones mercantiles, dando así motivo á que el legislador la considere, ya no solo como la compañera del hombre en el hogar, á quien parecían solo reservados los cuidados de la casa, sino tambien con esa personalidad respetable é independiente que dan la gerencia de los negocios y el manejo de dinero.

395. Así el Código que comentamos (art. 202, fraccion 7.ª) declara: que la mujer casada, mayor de edad, no necesita licencia marital ni judicial, *cuando tubiere establecimiento mercantil.* ¿Cómo deben entenderse estas palabras? El Código de Comercio ciertamente permite, que la mujer pueda dedicarse al comercio (art. 20); pero añade (art. 21) que esto no será sino en alguno de los casos siguientes: *si la autorizan las capitulaciones matrimoniales; si tiene licencia de su marido, otorgada en escritura pública; si está definitivamente separada de él, con la libre administración de sus bienes; si hay sentencia de divorcio perpetuo, pasada en autoridad de cosa juzgada; si tiene la venia judicial declarada por los tribunales en ausencia ó interdicción de su esposo.* Segun esto, la mujer casada mayor de edad no puede establecer un negocio mercantil, no estando separada ni divorciada de su esposo, sin prévia licencia marital ó judicial segun los casos; luego la fraccion 7.ª del art. 202 del Código Civil solo se refiere á los actos y contratos hechos por la mujer con posterioridad al establecimiento del negocio mercantil. Ahora bien, si atentamente se reflexiona, muy lejos de ser este un caso digno de enumerarse entre los demás en los que la mujer mayor de edad no necesita ni licencia marital ni judicial, pertenece con mejor razon á los comprendidos en el principio que domina toda esta materia de las relaciones entre los cónyuges. En efecto, hemos manifestado ya (núm. 355) que la autorizacion de que aquí se trata puede ser *general* ó *especial* y el presente caso de la mujer comerciante reviste el primer aspecto. Tan es así, que