

que la del art. 511, supuesto que ella permite al consejo de familia que disponga á título gratuito de los bienes de un incapaz; para cuida también de definir en qué caso admite esta derogación: «cuando se trata del matrimonio del hijo de un incapacitado,» dice la ley. Fuera de esto, volvemos á entrar en la regla (1). Este es un vacío digno de lamentarse; si los tribunales lo han colmado es por necesidad, en el sentido de que el hecho predomina sobre el derecho. De ello puede uno convencerse leyendo las sentencias y las pésimas razones que ellos aducen en apoyo de una opinión que el rigor de los principios condena. Para encontrar algún texto, la corte de Amiens invoca el artículo 457, que permite al consejo de familia que autorice la enagenación de los inmuebles del incapacitado, á causa de una necesidad absoluta ó de una ventaja evidente (2). La corte olvida que en el art. 457 se trata de la enagenación á título oneroso; y ¿quién ha pensado alguna vez que el derecho de vender implique el derecho de donar?

§ III.—INFLUENCIA DE LA INTERDICCION EN EL MATRIMONIO
Y LA PATRIA POTESTAD.

Múm. 1. Cuando la mujer está incapacitada.

300. El marido es, de derecho, el tutor de su mujer incapacitada (art. 506). ¿Quiere decir esto que la potestad marital que él tenía se substituya por la potestad tutelar? La ley no dice tal cosa, y ninguna razón tenía para decirlo. En la tutela ordinaria, el que sobrevive de los padres tiene también una doble potestad; tiene la autoridad paternal á la vez que la tutela; su calidad de tutor deja subsistir su

1 Esta es la opinión de Magnin, t. 1º, núm. 889, nota, y de Chardon, *Potestad tutelar*, núm. 257.

2 Amiens, 6 de Agosto de 1824 (Daloz, en la palabra *interdicción*, número 193, 1º).

calidad de padre ó de madre. Lo mismo debe suceder cuando el marido viene á ser el tutor de su mujer; no cesa por esto de ser marido, y agrega á su potestad marital, que él conserva, una autoridad nueva, la de tutor. Como marido, debía auxilio, asistencia y protección á su mujer; ciertamente que queda ligado á estas obligaciones, y por consiguiente conserva también los derechos que le son correlativos. Siguese de aquí que el art. 511 no recibe aplicación al marido tutor: conforme á este artículo, el consejo de familia es el que decreta si el incapacitado será tratado en su domicilio ó si se le colocará en una casa de salud. El consejo no tendría ese derecho si el marido fuese tutor. En este punto hay colisión entre dos poderes, y el más fuerte de ellos es el que debe predominar. ¿Puede concebirse que el consejo ordene que se ponga á la mujer incapacitada en un establecimiento de dementes, cuando el marido quiere tenerla en su casa? Según esto ¿el consejo de familia tendría el derecho de modificar las relaciones que nacen del matrimonio! Se objeta que el marido, por un espíritu de economía mal entendida, podrá no atender convenientemente al mantenimiento y curación de la mujer. Nosotros contestamos que si el legislador hubiese tenido semejante temor, no habría confiado de pleno derecho la tutela de la mujer á su marido. Si tal abuso se presentase, el subrogado tutor debería pedir la destitución del marido tutor (1).

Por aplicación del mismo principio debe resolverse que el marido sigue siendo el jefe de la comunidad, y que sus derechos á este respecto en nada se alteran por su calidad

1 Esta es la opinión de Duranton (t. 3º, núm. 762), de Massé y Vergé, traducción de Zachariæ (t. 1º, p. 470, nota 12). En sentido contrario, Chardon, «De la potestad tutelar,» núm. 219, y Aubry y Rau (t. 1º, p. 520, y nota 13).

de tutor. Mientras dura la comunidad, la mujer no tiene ningún derecho para intervenir en la administración del marido, éste es árbitro y señor; luego poco importa que la mujer esté incapacitada, porque su interdicción no le da ningún derecho en la comunidad y ninguno hace perder al marido. La mujer no tiene más que un derecho, el de poner un término á la gestión del marido, pidiendo la separación de bienes. Ella conserva este derecho cuando está incapacitada. ¿Pero quién la ejercitará? Su tutor, en principio, la representa, y puede, en consecuencia, pedir la separación; pero como en el caso de que se trata, el marido es tutor, sus intereses están en colisión con los de la mujer, y por tanto intervendrá el tutor. Esta es la aplicación del derecho común (1).

El marido sigue siendo también administrador de los bienes de la mujer; la tutela no le da en este particular ningún derecho, y no puede, por consiguiente, alterar el poder que tiene como marido. Síguese de aquí que bajo el régimen de la comunidad legal, la tutela no trae cambio ninguno en el poder del marido, ni extiende sus derechos, ni los restringe. Pero si el contrato de matrimonio atribuyese á la mujer la administración de todos ó de parte de sus bienes, la interdicción transportaría naturalmente esta gestión al marido. Tal es el único efecto que la interdicción produce cuando el marido es tutor: si la mujer tiene derechos en virtud de las convenciones matrimoniales, el marido los ejercita en nombre de ella.

301. Si el marido se excusa de la tutela ó si es excluido de ella, pueden presentarse conflictos en cuanto al sostenimiento de la mujer. El marido conserva la potestad marital, y queda también sometido á las obligaciones que esa

1 Duranton, t. 3º, p. 692, núm. 750. Demolombe, t. 8º, p. 400, número 596.

potestad le impone. Pero ésta se haya limitada por la tutela; habrá lugar, en este caso, á la aplicación del art. 511, salvo que el marido recurra á los tribunales. Supuesto que él no quiere ó no puede manejar la tutela, es preciso que el tutor haga lo que el marido no hace. Únicamente que como hay dos poderes en conflicto, el juez resolverá.

En cuanto á los bienes, ningún cambio habrá bajo el régimen de la comunidad. El marido seguirá siendo el jefe de la comunidad y administrador de los bienes de la mujer; la interdicción de la mujer deja subsistir el régimen bajo el cual los cónyuges estaban casados, y por consiguiente todos los derechos del marido. El tutor no representa al marido, representa á la mujer, luego no puede ejercitar los derechos que á la mujer pertenecen en virtud de las convenciones matrimoniales. Se ha fallado, por aplicación de este principio, que al marido, como tal, corresponde ejercitar los actos conservatorios de los derechos de la mujer (1).

Núm. 2. Cuando el marido es incapacitado.

302. Si la mujer es tutora, tendrá los derechos que, en general, tienen los tutores. Su posición es diametralmente diferente de la del marido. Muy lejos de tener un poder sea el que fuere, estaba bajo potestad. Luego adquiere como tutora una autoridad que jamás había tenido, autoridad enteramente excepcional, supuesto que ella que está bajo la potestad del marido, va á ejercer cierta autoridad sobre él. Esto equivale á decir, que su poder estará estrictamente limitado por los principios de la tutela, y aún podrá restringirse por el consejo de familia cuando se delate la tutela, como antes lo hemos dicho (núm. 291). Síguese de aquí

1 Sentencia de denegada apelación, de 22 de Febrero de 1841 (Dalloz, en la palabra *privilegios*, núm. 1637).

que el art. 511 es aplicable cuando la mujer maneja la tutela.

En cuanto á los bienes, la mujer ejercitará los derechos que el marido tenía, en virtud de las convenciones matrimoniales. Luego ella administrará la comunidad; pero como administra en calidad de tutora, deberá satisfacer todas las formas que el código impone al tutor; luego estará obligada á hacer inventario, y no podrá enagenar sino observando las condiciones prescritas por la ley, porque los bienes de la comunidad son los bienes del marido, y la mujer no los administra sino como tutora. Con mayor razón es así respecto á los bienes propios del marido. La mujer administrará también sus propios bienes, pero lo hará como tutora, porque esta administración correspondía al marido; así, pues, ella ejercita un derecho del marido, y por consiguiente, está sometida á todas las reglas que rigen la tutela. No hay duda alguna acerca de este punto. ¿Pero tendrá la mujer necesidad de la autorización judicial para los actos jurídicos que se halle en el caso de celebrar? Nosotros creemos que debe distinguirse. Si la mujer obra como tutora, ejerce un mandato que la ley permite conferirle; no obrando como mujer no necesita autorización. Pero cuando ya no obra como tutora, hay lugar á aplicar los principios generales que rigen la incapacidad de la mujer casada. Se ha fallado que si la mujer hace un préstamo por cuenta propia, necesita la autorización judicial. En efecto, si su marido no estaba incapacitado, la mujer habría contraído el préstamo con autorización marital, luego necesita la autorización judicial cuando el marido está incapacitado. Pero también le es suficiente esta autorización; ella no está obligada á observar las condiciones prescritas para los préstamos contraídos en nombre de los menores; porque no es su marido incapacitado el que pide prestado, sino ella.

En cuanto á la patria potestad, continúa perteneciendo, en derecho, el marido incapacitado; de hecho, esta potestad la ejerce la mujer, pero ¿cómo tutora de su marido ó cómo madre? Nosotros creemos que como madre. En efecto, la madre tiene la patria potestad con el mismo título que el padre; éste la ejerce sólo durante el matrimonio, dice el art. 373; lo que supone que se halla en estado de ejercerla, pero cuando una enfermedad mental le impide que ejerza la autoridad que la ley le otorga, el ejercicio de esta autoridad pasa á la mujer; de lo contrario, habria que decir que la autoridad paternal no puede ser ejercida por nadie, lo que es absurdo. Si como lo creemos la mujer ejerce la patria potestad por el hecho solo de que su marido se halle en la imposibilidad de ejercerla, síguese que ella ejerce esta autoridad como mujer; ella la tiene antes de la interdicción, y continúa ejerciéndola después del fallo que incapacite á su marido. Sus derechos serán, pues, no los de una tutora, sino los derechos de una madre que ne el ejercicio de la patria potestad.

303. Cuando la mujer no es tutora, hay conflicto entre la posición de la mujer casada, como tal bajo la potestad del marido, y la posición del marido incapacitado y que, á causa de su interdicción, pasa á potestad tutelar. ¿Resultado de esto que la mujer caiga con su marido bajo la potestad del tutor? Esto es inadmisibile. La potestad marital es de orden público, luego nadie más que el marido puede ejercitarla. Nosotros hemos hecho la aplicación de este principio, en el título del *Domicilio*, resolviendo que la mujer no toma el domicilio legal del tutor, que ella conserva el domicilio que el marido tenía cuando su interdicción, y que no está obligada á seguir á su marido al extranjero, si el tutor estableciese su domicilio en el extranjero (1).

1 Véase el tomo 2º de estos *principios*, núm. 99.

¿A quién corresponde la patria potestad, á la mujer ó al tutor del incapacitado? Debe aplicarse el mismo principio. La patria potestad, tanto como la marital, no se delega; luego se necesitaría un texto formal para que el tutor pudiese ejercer en nombre del incapacitado, la autoridad que éste tiene sobre sus hijos. La ley se ha cuidado mucho de establecer semejante anomalía. Como acabamos de recordarlo, la patria potestad pertenece á los padres, luego la madre la ejerce durante el matrimonio, cuando el padre se halla en la imposibilidad de ejercerla; habría sido, pues, contrario á todo principio confiar la patria potestad á un tercero, á un extraño, siendo así, que la madre vive y está en aptitud de ejercerla (1).

En cuanto á la administración de los bienes del marido y de la comunidad, pasa al tutor, puesto que es el mandatario legal del marido; la mujer no puede presentar derecho ninguno en la administración de la comunidad; en efecto, la comunidad subsiste á pesar de la interdicción del marido; ahora bien, mientras dura la comunidad, la mujer carece de derecho; el marido es el que administra con un poder absoluto; este poder pasa al tutor, entendiéndose que con las limitaciones inherentes á la patria potestad (2).

La mujer, aunque excluida de la administración de la comunidad, tiene derechos contra el marido que la administra. Según los términos del art. 1409, núm. 5, la comunidad tiene á su cargo los alimentos de los cónyuges, la educación y el sostenimiento de los hijos, y otra carga cualquiera del matrimonio. Ahora bien, según el artículo 214, el marido está obligado á recibir á su mujer y á pro-

1 Orleans, 9 de Agosto de 1817 (Daloz, en la palabra *interdicción* número 164).

2 Sentencia precitada de Orleans, y sentencias de Rennes, de 3 de Febrero de 1819 (Daloz, en la palabra *interdicción*, núm. 182, 2^o). y de Bruselas de 30 de Octubre de 1828 (*Pasicrisia*, 1828, p. 310).

curarle todo lo que es menester para las necesidades de la vida. Cuando el marido está incapacitado ¿á quién se dirigirá para conseguir la ejecución de estas obligaciones? Se ha fallado, y con razón, que la mujer tenía el derecho de habitar la casa común y de pedir una pensión alimenticia para ella y, en caso necesario, para sus hijos. Ni el tutor ni el consejo de familia son los que tienen derecho á arreglar los gastos de la mujer; la misma ley determina la extensión de la obligación que incumbe al marido; éste debe procurar á la mujer todo lo que necesita para la vida, «según sus facultades y su estado.» La pensión es, pues, proporcionada á la fortuna del marido; el tribunal la arreglará en caso de contienda (1).

Núm. 5. Cuando el que sobrevive de los padres es incapacitado.

303 bis. El superviviente de los padres ejerce todo á la vez, la tutela y la patria potestad. Si es incapacitado, pierde la tutela, porque, por los términos del art. 442, los incapacitados no pueden ser tutores. Pero la ley no dice que el incapacitado no puede ejercer la patria potestad. Por derecho, él la conserva, pero como de hecho es incapaz de ejercerla, debe resolverse que con motivo de esta imposibilidad, la patria potestad será ejercida por el tutor que debe nombrarse en substitución del emancipado superviviente. Es imposible que la patria potestad se quede vacante, y su ejercicio es cotidiano, supuesto que consiste esencialmente en el deber de educación. Es urgente que los hijos se eduquen; si el superviviente no puede hacerlo, el

1 Bruselas, 30 de Octubre, y 26 de Diciembre de 1828 (*Pasicrisia*, 1828, p. 309). Aix, 5 de Marzo de 1842 (Daloz, en la palabra *interdicción*, núm. 174).

tutor lo hará. Siguese de aquí que si hubiese lugar á emancipar al hijo, la emancipación debería hacerse por el consejo de familia. En apoyo de esta doctrina, se puede invocar por analogía el art. 160, por cuyos términos el consejo de familia se convoca para que consienta en el matrimonio del hijo menor, si el padre y la madre, abuelos ó abuelas se hallan en la imposibilidad de manifestar su voluntad. Es cierto que esta imposibilidad no es absoluta cuando el incapacitado tiene intervalos lúcidos. Pero en lo que concierne á la patria potestad, la incapacidad equivale á una imposibilidad absoluta; porque el ejercicio de esta potestad, mientras se trate de la educación, es de todos los días, de todos los instantes, y no permite intermitencias.

Hay que hacer, sin embargo, una restricción. La ley no pronuncia la extinción de la patria potestad por causa de interdicción. Si admitimos que el tutor la ejerce, es únicamente en razón de la imposibilidad en que se halla el superviviente para obrar. De derecho, la patria potestad reside siempre en sus manos. Luego si en un intervalo lúcido, consintiese en el matrimonio de su hijo ó si lo emancipase, estos actos serían válidos conforme al rigor de los principios. Si ha de decirse la verdad, hay vacío en la ley. Porque los mismos motivos por los cuales el incapacitado no puede ser tutor, habrían debido también acarrear la extinción de la patria potestad. Pero en el silencio del código, el intérprete no puede pronunciarla, porque las prescripciones son de estricto derecho.

SECCION V.—De la incapacidad de aquél á quien la ley declara incapaz.

§ I.—DE LOS ACTOS POSTERIORES A LA INTERDICCION.

Núm. 1. De los actos pecuniarios.

304. El art. 509 establece que el incapacitado se asimila

al menor por la persona y por los bienes. Todos los autores hacen notar que esta asimilación es demasiado absoluta (1). Hay analogía en el sentido de que el incapacitado y el menor son incapaces, y se hallan en tutela en razón de su incapacidad; el tutor representa á uno y otro, y sus poderes son idénticos, trátase de un menor ó de un incapacitado. Pero grande es la diferencia cuando se considera la capacidad personal del menor y del incapacitado. La incapacidad del menor no es absoluta; cuando ha llegado á la edad de la razón, puede obrar sin la intervención de su tutor, en el sentido de que los actos que ejecute no son nulos por el hecho solo de que el tutor no haya intervenido en ellos; si se le permite que ataque los actos que ejecute, no es por que sea menor, es porque ha sido perjudicado: luego debe probar la lesión, lo que se hace, según los diversos actos, sea estableciendo el perjuicio que para él ha resultado de un acto de administración, sea estableciendo que las formas prescritas para preservarlo de todo perjuicio no se han llenado. No sucede lo mismo con el incapacitado. Los actos que ejecuta posteriormente á la interdicción son nulos de derecho (art. 502); es decir, que su nulidad se pronuncia por el hecho solo de que un incapaz los llevó á cabo. Se comprende la razón capital de esta diferencia; el menor tiene un cierto grado de inteligencia; cuando contrata, sabe lo que hace; luego no hay motivo para anular, en razón de su minoría, los actos que celebre; únicamente que como pudiera ser perjudicado á causa de la inexperiencia de su edad, se le permite que pida la rescisión por causa de lesión. No sucede lo mismo con el incapacitado. La interdicción no puede pronunciarse sino cuando una persona se halla en un estado habitual de enajenación mental: siendo habitualmente incapaz para consentir, se le debe per-

1 Proudhon, t. 2º, ps. 529_532. Duranton, t. 2º, p. 696, núm. 72.