

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

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

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

2 Demolombe, *Curso de Código Napoleón*, t. IV, p. 131, núm. 110.

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

§ 1. PRINCIPIOS GENERALES.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## § II. EXTENSION DE LA INCAPACIDAD.

### Núm. 1. De los actos extrajudiciales.

#### I. REGLA GENERAL.

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

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