

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-

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

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

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

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

## II.—Excepciones.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1 Demolombe, t. IV, p. 217, núm. 181. Mourlón, *Repeticiones*, tomo I, p. 393, nota.

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

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

## NUM. 2. DE LOS ACTOS JUDICIALES.

### I. REGLA GENERAL.

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

1 Demolombe, *Curso de Código Napoleón*, t. IV, p. 218. núm. 182.

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

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

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

1 Sentencia de casación de 13 Noviembre de 1863 (Dalloz, *Colección periódica*, 1845, 1, 33).

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

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

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

1 De los autores citados por Dalloz, en la palabra *Matrimonio* núm. 780.

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

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

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

## II.—Excepciones.

### EN MATERIA CIVIL

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

1 Véase la jurisprudencia en Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núms. 860 y 861.

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

3 Véase el t. II de estos *Principios*, núm. 436.

4 Véase el t. I de estos *Principios*, núm. 277.

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

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

1 Sentencia de 31 de Agosto de 1824 (Dalloz, 1824, 1, 336). Véanse estos *Principios*, t. II, núm. 446.)

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

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

M. Demolombe dice que la cuestión la decide el texto del Código (4). En efecto, el art. 2508 supone que la mujer debe estar autorizada. Pero no lo previene así sino para el caso en que la mujer es deudora. La mujer puede ser traída á juicio por detener un inmueble hipotecado por la deuda de un tercero. En este caso puede decirse con la Corte de Agén que no es la mujer la perseguida sino el inmueble. Sin embargo, hay entonces una razón de más para exigir la autorización. El tercero detentador de derechos, puede desistir, puede pagar; ahora bien, desde el

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

2 Sentencia de 4 de Enero de 1844 (Dalloz, 1845, 4, 41).

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

4 Demolombe, *Curso de Código Napoleón*, t. IV, p. 153, núm. 134.

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

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

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

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

*En materia criminal.*

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

1 Sentencia de 10 de Febrero de 1823 (Daloz, *Repertorio*, número 778, 2º)

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



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

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

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

### § III. De la autorización marital.

#### NUM. 1.—PRINCIPIOS GENERALES.

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

1 Zachariæ, t. III, pfo. 472, p. 825 y nota 13 (Marcadé t. I, página 549, núm. 1, sobre el art. 216).

2 Demolombe, *Curso del Código Napoleón*, t. IV, p. 157, núm. 143.