

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

§ IV.—DE LA AUTORIZACION DE JUSTICIA.

Núm. 1.—Denegación del mandato.

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

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

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

2 Proudhón, *Tratado sobre el Estado de las Personas*, t. I, p. 463.

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

Núm. 2.—Incapacidad del marido.

I. AUSENCIA.

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

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

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

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

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

2 Pothier, *Del Poder del Marido*, núm. 12; *Introit al tit. X de la costumbre de Orleans*, núm. 149.

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

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

1 Sesión de 5 Vendimiario, año X, núm. 40 (Loaré, t. II, p. 316).

2 Zachariae, t. III, pfo. 472, p. 329, nota 27. Demolombe, t. IV, p. 264, núm. 214. Hay sentencias en este sentido (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 870, y sentencia de la Corte de Casación de Bélgica de 8 de Febrero de 1862, en la *Pasicrisia*, 1862, I, 162).

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

II.—*Minoría.*

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

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

1 Pothier, *Tratado del Poder del Marido*, núms. 29 y siguientes.

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

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

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

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

III.—Interdicción.

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

1 Demante, *Curso Analítico*, t. I, p. 439, núm. 307 bis III.

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

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

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

1 Pothier, *Tratado del Poder del Marido*, núm. 26.

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

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

Si los cónyuges están casados bajo un régimen que dé al

1 Demolombe, *Curso de Código Napoleón*, t. IV, p. 275, núm. 227.

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

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

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

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

1 Durantón, *Curso de Derecho Francés*, t. II, 454, núm. 506.

2 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, núm. 875, 1°, 2°