

se otorgará la autorización? La jurisprudencia tanto como la doctrina están divididas en esta cuestión. Según unos el marido asistido de su consejo es el que debe autorizar; los otros dicen que la justicia es la que debe autorizar. Nosotros creemos que los tribunales no tienen derecho para autorizar á la mujer sino en los casos en que la ley les conceda formalmente este poder, porque la intervención del juez disminuye, altera el poder marital; ahora bien, este poder es de orden público, el juez no puede modificarlo tanto como no puede hacerlo con las convenciones de las partes. Esto resuelve la cuestión. No se puede asimilar con el menor, ni aun emancipado, á la persona colocada bajo consejo, porque es mayor y en principio capaz. Mucho menos todavía puede decirse que la ley comprende entre los incapacitados á la persona colocada bajo consejo; ésta obra por sí misma, asistida, si necesario es, de su consejo, mientras que el incapaz no tiene facultad de acción. Es cierto que el sistema del Código es hacer intervenir á la justicia cuando el marido es incapaz; pero en el caso de que tratamos el marido no lo está; asistido de su consejo puede hacer todo, y ¿por qué no había de poder autorizar á su mujer? La opinión contraria es la que se sigue más generalmente. (1)

IV.—*Sentencia Judicial.*

133. El art. 221 establece: «Cuando el marido tiene sobre sí una condena afflictiva ó infamante, aun cuando sólo se haya pronunciado por contumacia, la mujer, aun mayor, no puede, durante el periodo de la pena, comparecer

1 Es la de Zachariae, t. III, p. 331, nota 33; de Demolombe, t. IV, p. 271, núm. 226. Véase en el sentido de nuestra opinión, Magnin, *De las Minorías*, núm. 909. La jurisprudencia en Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 874.

en juicio, ni contratar sino después de haberse hecho autorizar por el juez, quien puede, en este caso, dar la autorización sin que el marido haya sido oído ó convocado.» Esta incapacidad se funda en la indignidad del marido; es una caducidad temporal del poder marital. Si la ley permite al juez oírlo es para poder ilustrarse.

V.—*Del caso en que el marido está interesado.*

134. ¿Cuando la mujer trata con su marido ó cuando lo hace con terceros teniendo en cuenta el interés del marido necesita estar autorizada por justicia ó bástale la autorización del marido? Esta cuestión es vivamente discutida: se puede reducirla á términos muy sencillos, como Merlin lo ha hecho. En principio la mujer no puede ejecutar ningún acto jurídico sin estar autorizada por su marido; por excepción la autorización del marido se reemplaza por la del juez en los casos determinados por la ley: toda excepción es de estricta interpretación por el hecho mismo de que la mujer no se halla en uno de los casos exceptuados, queda dentro de la regla; así, pues, necesita la autorización marital, pero también ella le es bastante. Se objeta el adagio viejo de que nadie puede autorizar por su propio interés: *nemo potest esse auctor in rem suam*. Merlin contesta que este principio establecido por los jurisconsultos romanos en materia de tutela no se aplica al marido. Supone que la autorización tiene por único objeto garantizar los intereses del que está autorizado: tal es el caso de la tutela. La autorización marital se exige, antes que todo, por un motivo de orden público, como una consecuencia del poder marital; sin duda que en el derecho moderno, es también una medida de protección, pero no es sólo para proteger á la mujer por lo que el marido interviene, está llamado á po-

ner á cubierto los intereses de la familia. No hay, pues, lugar para aplicar el adagio latino. Por otra parte, al legislador habria correspondido hacerlo; el intérprete no puede crear una excepción, aun cuando para ello hubiese las mejores razones del mundo. (1)

Existe en favor de la opinión contraria una sentencia fuertemente motivada de Turín. La Corte dice, y esto es incontestable, que la autorización del marido debe, aun cuando no sea sino en parte, garantizar los intereses de la mujer y de los hijos; ¿en dónde está la garantía cuando el marido está personalmente interesado? ¿Si su interés está en oposición con el de la familia no podría sacrificar á su interés el de la mujer y de los hijos? Ahí en donde hay conflicto de intereses no es importante que la justicia imparcial intervenga. (2) Esto es cierto, pero toda esta argumentación va dirigida al legislador y no al intérprete. Sólo la ley puede crear excepciones, y no lo ha hecho en el caso de que tratamos: esto decide la cuestión.

NUM. 3. DE LOS CASOS EN QUE LA JUSTICIA NO PUEDE
AUTORIZAR A LA MUJER.

135. Una reciente sentencia de la Corte de París (3) establece como principio que la disposición del art. 219 es general, que no admite excepciones, y ni podía admitirlas.

1 Merlin, *Cuestiones de Derecho*, en la palabra *Poder Marital*, pfo. 4, (t. XII, p. 244). Demolombe, t. IV, p. 282 y siguientes, núms. 282 y 236. La jurisprudencia está dividida (véase Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, núms. 813 y 814). Agréguese en el sentido de nuestra opinión, sentencia de Grenoble de 11 de Marzo de 1851. (Dalloz, 1853, 2, 63). de Montpellier de 18 de Noviembre de 1853 (Dalloz, 1856, 2, 202).

2 Sentencia de 17 de Diciembre de 1808 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 814, 1º). Hay una sentencia en el mismo sentido de la Corte de Bruselas de 1º de Junio de 1857 (*Pasicrisia*, 1857, 2, 274).

3 Sentencia de 3 de Enero de 1668 (Dalloz, 1868, 2, 29).

La Corte deduce de esto que la justicia puede siempre autorizar á la mujer á denegación del marido; que principalmente puede autorizarla para un compromiso teatral. El principio es demasiado absoluto y la aplicación que le da la Corte de París nos parece muy dudosa. El art. 219 permite al juez dar la autorización cuando el marido se niega á autorizar á su mujer para *derogar un acto*. Esta disposición es la consecuencia del art. 217, que exige una autorización especial para cada acto, y el art. 223 prohíbe toda autorización general, salvo la que se dé á la mujer por contrato de matrimonio para la administración de sus bienes. El Código toma, pues, en consideración el patrimonio de la mujer, los actos de enajenación ó de administración que la mujer está en el caso de ejecutar para la gestión de su fortuna. ¿Pueden extenderse estas disposiciones al caso en que se trata de ejercer una profesión cualquiera? No lo creemos.

Si la profesión que la mujer quiere ejercer es la de comerciante la mujer debe tener el consentimiento del marido en los términos del art. 4 del Código de Comercio. La mayor parte de los autores enseñan que la justicia no puede, en este caso, conceder la autorización ni el marido la rehusa. (1) ¿Y no debe decirse lo mismo de toda profesión? Nosotros no entramos en las preocupaciones que existen en nuestras costumbres contra el teatro y contra los artistas; no admitimos, con la Corte de París, que la carrera teatral puede ser dignamente seguida; pero la Corte confiesa que presenta muchos riesgos para una mujer joven. Haciendo abstracción de estos riesgos, el marido puede te-

1 Pardessus, *Curso de Derecho Comercial*, t. I, núm. 63. Bravard, *Tratado de Derecho Comercial*, edición Demangeat, t. I, p. 93. Massé y Vergé acerca de Zachariae, t. V, III, pfo. 131. Demolombe, t. IV, núm. 248. La jurisprudencia está incierta (Dalloz, en la palabra *Conveniente*, núm. 177).

ner repugnancia invencible de ver á su mujer en las tablas: ¿cómo admitir que el juez le haga violencia? Lo que del teatro decimos lo aplicamos á todo género de profesión. El marido es el jefe de la familia y á él corresponde ver si á ésta le conviene ejercer esta ó aquella profesión para vivir.

La autorización para ejercer una profesión cualquiera es una autorización general, y los arts. 217 y 223 exigen que la autorización sea especial. El art. 4 del Código de Comercio se aparta de estas disposiciones, pero únicamente con la condición de que el marido otorgue su autorización. Ningún texto permite al juez conceder una autorización general negándose á ello el marido. Si el juez la concediese el marido podría deshacer lo que la justicia ha hecho. El tribunal autoriza á la mujer para contraer un compromiso teatral á pesar del marido. Este cambia de domicilio, la mujer debe seguirlo; ¿qué sucede entonces con la autorización de la justicia?

136. Hay, además, otros actos para los cuales el juez no puede reemplazar la autorización del marido. El artículo 1029 dice: "La mujer casada no podrá aceptar la ejecución testamentaria sino con el consentimiento de su marido. Si está separada en bienes, sea por contrato de matrimonio, sea por juicio, podrá hacerlo con el consentimiento de su marido, ó, negándose éste, autorizada por la justicia." Claramente resulta de esta disposición que si la mujer no está separada en bienes no puede aceptar la ejecución testamentaria con la autorización del juez. Insistiremos en esta excepción en el título de las Donaciones.

137. El art. 1004 del Código de Procedimientos establece que no puede contraerse compromiso respecto á ninguna de las contestaciones que estén sometidas á comunicación del Ministerio Público. Ahora bien, entre estas con-

testaciones se encuentran, según el art. 83, núm. 6 (del mismo código), las causas de las mujeres no autorizadas por sus maridos. Siguese de aquí que la justicia no puede autorizar que la mujer se comprometa.

Núm. 4.—Formas de la autorización judicial.

138. Hay que distinguir los procesos y los actos extrajudiciales. Si la mujer quiere intentar una acción en justicia, debe primero intimarlo á su marido. Sólo después de que éste se niegue, es cuando la justicia interviene; así, pues, es forzoso que esta denegación esté legalmente comprobada. Después la mujer presenta instancia al presidente, le expone el asunto y los motivos por los cuales pide ella la autorización. A esta instancia, el presidente libraré una orden dando permiso para citar al marido ante la cámara del consejo. El código de procedimientos (art. 861) agrega que el marido deducirá las causas de su denegación ante el tribunal. Como el juez está llamado á evacuar este conflicto, debe, después de haber oído á la mujer, oír también al marido (1).

Si el marido está ausente ó incapacitado, se siguen las formas prescritas por los arts. 863 y 864 del código de procedimientos, á los cuales remitimos al lector. Si el marido tiene impuesta una condena aflictiva ó infamante, no hay que hacer ninguna intimación; y según el art. 221 del código civil, el juez puede, en este caso, dar la autorización sin que el marido haya sido oído ó citado. Hay alguna dificultad cuando el marido es menor. Nosotros creemos con M. Demolombe que no hay para que hacerle una intimación ni para qué citarlo ante la cámara del consejo. ¿A qué conduce una intimación para dejar compro-

1 Véase la jurisprud. en Dalloz, en la palabra *matrimonio*, núm. 884
P. de D.—Tomo III.—27

bada la intimación, cuando el marido no puede rehusar ni consentir? ¿Para qué hacerlo comparecer ante el tribunal cuando no hay conflicto que resolver?

139. Hasta aquí hemos supuesto que la mujer es actora. Ni el código civil, ni el de procedimientos previenen el caso en que la mujer es la demandada. Proudhon indica un procedimiento muy sencillo que se sigue en la práctica y que se funda, sin duda, en una antigua tradición. El demandante asigna al marido juntamente con la mujer. Si el marido comparece, se hace parte en el litigio; hay en este caso autorización tácita, supuesto que hay concurso del marido en el acto. Si el marido falta, ó, si habiendo comparecido, rehusa seguir la acción judicial con su mujer, ó se rehusa á seguirla solo, el juez está llamado á dar la autorización (1). Beslier dice en la exposición de motivos, que la intervención del juez no es más que una simple formalidad, es decir, que la justicia concede siempre la autorización cuando el marido la rehusa (2).

Esto es demasiado absoluto. Precisamente porque el marido rehusa que su mujer se defienda, el tribunal debe examinar si puede, á pesar de esa denegación, conceder la autorización. ¿El tribunal debe dar la autorización de una manera expresa? La corte de casación juzga que puede ser tácita. Cuando el demandante concluye en que el juez autorice á la mujer, á denegación del marido, hay autorización implícita, si el juicio condena por falta al marido y á la mujer citados juntamente (3).

140. Quédanos por decir, cuáles son las formas que la mujer debe seguir cuando se trata de un acto extrajudicial.

1 Proudhon, *Tratado sobre el estado de las personas*, t. 1º, p. 468. La jurisprudencia esta conforme (Sentencia de la corte de Orleans, de 5 de Mayo de 1849, Dalloz, 1849, 2. 161).

2 Loaré, *Legislacion civil*, t. X, p. 345, núm. 12.

3 Sentencia de 21 de Febrero de 1853 (Dalloz, 1853, 1, 157).

Hay alguna duda acerca de este punto. El art. 219 dice: «Si el marido se niega á autorizar á su mujer para otorgar un acto, la mujer puede mandar citar *directamente* á su marido ante el tribunal de primera instancia de la circunscripción del domicilio común, y éste podrá dar ó rehusar su autorización después de que el marido haya sido oído ó citado debidamente ante la cámara del consejo». En la práctica se considera esta disposición como abrogada por el art. 861 del código de procedimientos, que exige una intimación previa. Según el rigor de los principios, debería resolverse que no hay abrogación. El Juez sólo autoriza. El código sólo reglamenta el procedimiento para los actos extrajudiciales; este es el objeto del art. 209; nada dice de las instancias judiciales. Este vacío lo ha llenado el código de procedimientos, instituyendo que la mujer que quiera hacerse autorizar para la *promoción de sus derechos* debe desde luego hacerle una intimación á su marido. Cierro es, por más que diga M. Demolombe que la expresión *promoción de derechos* marca un proceso; cuando la mujer otorga un acto, no puede decirse que prosigue un derecho, puesto que no tiene aún ninguno. Hay, pues, dos disposiciones distintas y que preveen casos diferentes: ¿cómo se quiere que un artículo que habla de los procesos derogue un artículo que habla de los derechos extrajudiciales? Sin embargo, en la práctica se sigue el art. 861 para los actos extrajudiciales tanto como para los judiciales, y, en efecto, la misma razón asiste para exigir una intimación para los unos como para los otros.

141. La autorización de justicia, lo mismo que la del marido, debe ser especial. Esto resulta de la combinación del art. 219 con el art. 217. El código exige el concurso del marido en el acto de su consentimiento por escrito, lo que implica la necesidad de una autorización especial. Es-

ta autorización especial es la que el juez debe suplir, si el marido la niega; así, pues, tiene que ser también especial. Y lo que es cierto en el caso de que el marido se niegue á autorizar á su mujer, se aplica, por identidad de motivos á los casos en que el marido esté en la imposibilidad de autorizar. Si el juez diese una autorización general, usurparía los poderes del marido, usurparía el poder marital; porque de antemano resolvería, sin el marido ó á su pesar, lo que el marido está llamado á resolver, á medida que la mujer vaya teniendo que otorgar un acto.

La jurisprudencia está conforme. Un juicio del tribunal de Burdeos autorizó á una mujer casada «para tratar con el señor B., ó cualquiera otra persona, bajo las cláusulas y condiciones que le pareciesen más convenientes á sus intereses.» La corte de Burdeos pronunció la nulidad de esta autorización, porque daba demasiada latitud á la mujer para responder al objeto de la especialidad; para ser especial, la autorización habría debido determinar la extensión de los compromisos á los cuales podía subscribir la mujer, restringiendo sus poderes dentro de ciertos límites. Una autorización vaga é incierta no es una autorización especial (1).

§ V. EFECTOS DE LA AUTORIZACION.

Núm. 1—Efecto de la autorización respecto á la mujer.

142. Pothier asienta el principio en estos términos: «El efecto de la autorización es hacer á la mujer tan capaz del acto para el cual está autorizada como lo sería si no estuviese casada.» Así es que la mujer, de incapaz que era, se

1 Sentencia de 18 de Mayo 1838 (Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, núm. 912).

vuelve capaz. ¿Quiere esto decir que el acto sea plenamente valido en virtud de la autorización, y que la mujer no pueda ya atacarlo? Nó, ciertamente. La mujer ya no puede atacar el acto por motivo de incapacidad, supuesto que ella es capaz; pero si el acto está viciado por cualquiera otra causa, la mujer puede pedir su anulación. Esto es lo que Pothier agrega. «Así, pues, cuando una mujer menor es llamada por un acto que ha ejecutado con autorización, dice Pothier, la autorización no impide que el contrato sea susceptible de restitución» (1). No sucedería lo mismo en nuestro derecho moderno; siendo el marido el curador de su mujer, si ésta obra con su asistencia, no puede ella quejarse de haber sido dañada, porque asistida de su curador, se hace capaz, bien entendido, cuando se trata de un acto que puede ejecutar con esta simple asistencia. Si fuese un acto de disposición, podía ella pedir su anulación, aun cuando el marido la hubiese autorizado, puesto que no puede ella ejecutarlo sino con la autorización del consejo de familia la homologación del tribunal; la asistencia de su marido no cubre esta nulidad.

143. Hay un segundo principio en esta materia: la autorización no da capacidad á la mujer sino en cuanto al acto para el cual ha sido autorizada. Este principio se desprende de la regla que quiere que la autorización sea especial: así es que sólo vale para un acto determinado. Si la mujer, en lugar de ejecutar el acto para el cual ha sido autorizada ejecuta otro, no puede ya prevalerse de la autorización que se le ha otorgado; el acto es nulo como proveniente de una mujer no autorizada. En consecuencia, se ha juzgado que la mujer autorizada para el efecto de vender no había podido hacer válidamente una donación en la forma de venta. No hay que atenerse á la apariencia del

1 Pothier, *tratado del poder del marido*, núm. 76.