

querido justificarla por medio de sofismas (1). Nada más cierto que esto; si quisiéramos subir á los orígenes del poder marital por todas partes encontraríamos la fuerza. ¿Pero para qué? ¿No lo confiesa el mismo Portalis? Pues bien, la fuerza que reinaba en el mundo antiguo fué destronada en 89; la ley de desigualdad ha cedido el lugar á la de igualdad. Para expresarnos mejor, la Revolución no ha hecho más que consagrar la transformación que se había operado en las costumbres. A despecho del Código, que ha mantenido la tradición vieja, la igualdad reina en el matrimonio como en el orden político; no son la *protección* y la *obediencia* las que dominan, es el cariño, vínculo de las almas; no se trata de un amo que impone su voluntad y un esclavo que la sufre sino que las decisiones se toman por la vía de deliberación común y de concurso de consentimientos. ¿Pero, exclama Portalis, cómo podría existir una sociedad de dos personas si no se diese voz ponderativa á uno de los asociados? (2). Portalis olvida que muy bien puede haber sociedades de dos personas sin que una de ellas tenga preeminencia sobre la otra. Si los asociados están en disenso el tribunal decide, lo mismo pasa en la sociedad conyugal á pesar del poder marital. Cuando el marido se niega á autorizar á la mujer á hacer un acto jurídico la mujer puede dirigirse á la justicia. Cuando el marido no proporciona á la mujer el sostenimiento á que ella tiene derecho pueden también recurrir al juez. ¿Por qué no habría de organizarse un recurso en todos los casos en que los esposos estuviesen en desacuerdo?

No insistimos porque nuestro objeto no es criticar la ley sino exponer sus principios. Hagamos notar, sin embargo, con Condorcet, las funestas consecuencias que dima-

1 Condorcet, *Bosquejo de los progresos del espíritu humano*.

2 Portalis, *Discurso preliminar*, núm. 42 (t. I, p. 165).

nan del principio de la desigualdad. La mujer no es igual al hombre, luego no debe gozar, con el mismo título, de los beneficios de la educación. Se entiende que ella debe tener una religión, mientras que el marido es libre pensador. ¿Quién no sabe la hermosa armonía que reina en el hogar en donde la mujer es esclava de la superstición? Se entiende también que la mujer debe tener más moral que el hombre; libre es éste para adularse cuantas veces quiera; nada tiene que reprenderle la ley, con tal que se cuide de no tener á su concubina en la casa común! La ley de la igualdad es á la vez más severa y más benéfica. Quiere que los esposos vivan de la misma vida intelectual y moral; les reconoce los mismos derechos, pero también los mismos deberes. ¡Solo cuando este ideal haya entrado en nuestras leyes y en nuestras costumbres habrá un verdadero matrimonio!

§ II. Deberes especiales.

NUM. 1.—FIDELIDAD, ASISTENCIA Y AUXILIO.

84. «Los esposos se deben mutuamente fidelidad,» dice el código Napoleón (art. 212). Ciertamente que éste es un deber común, el derecho natural nos lo dice, y la ley parece consagrar el grito de la conciencia. Sin embargo, nada de esto existe. Léanse los artículos 229 y 230; en ellos se verá que el marido puede pedir el divorcio por causa de adulterio de su mujer, mientras que la mujer no puede pedir el divorcio por causa de adulterio de su marido, sino cuando haya tenido á su concubina en la casa común. Abrase el código penal, y se leerá que la mujer convicta de adulterio será sentenciada á una prisión de tres meses á dos años; mientras que al marido adúltero no se le señala

pena alguna, á menos que no haya tenido á su concubina en la casa común, y aun en este caso, á pesar de la circunstancia agravante del insulto, no será castigado sino con una prisión de un mes á un año (arts. 387-389). El código de 1810 no castigaba sino con una multa (art. 339).

¡Tales son las lecciones de moral que la ley de desigualdad da al hombre! Montesquieu ha tratado de justificar esta irritante desigualdad: «Las leyes, dice, exigen á las mujeres un grado de modestia y de continencia que no exigen á los hombres, porque la violación del pudor supone en las mujeres la renuncia de todas las virtudes» (1). Si las leyes hacen esto, las leyes hacen mal; porque el legislador nunca debe dar lecciones de inmoralidad, y las da cuando permite que el hombre viole impunemente el deber de fidelidad, mientras que castiga esta violación en la mujer. En vano se dice que el adulterio de la mujer tiene consecuencias más graves, puesto que introduce en la familia y pone á cargo del marido hijos que le son extraños. Es ésta una circunstancia agravante que justificaría una pena más fuerte, pero no es ciertamente una razón para excusar el adulterio del marido. Mucho menos es razón para dar al marido el derecho de divorcio, cuando se le niega á la mujer. La desigualdad conduce á la injusticia lo mismo que á la inmoralidad.

85. «Los esposos se deben auxilio y asistencia,» dice además el art. 212. Estas dos obligaciones se refieren á lo que se llama el peso de la vida. Nuestra existencia tiene sus miserias, necesidades físicas y tormentos del alma. El esposo debe á su cónyuge las necesidades materiales, y esto es lo que se llama la obligación alimenticia; de ella ya hemos hablado. En cuanto á los consuelos, en cuanto á la abnegación que aligera las desgracias inevitables inherentes

1 Montesquieu, del *Espíritu de las leyes*, XXVI, 8.

á la condición humana, éstos deberes son más bien del resorte del sentimiento que del derecho. Este es el dominio del afecto conyugal, el más vivo, el más intenso de los afectos. No puede resultar acción judicial de la asistencia que deriva de la moral más bien que del derecho. No sucede lo mismo con la obligación de auxiliarse. Sin embargo, los dos deberes tienen una sanción civil: su violación puede constituir una injuria grave, lo que es una causa de divorcio ó de separación de cuerpo (arts. 231, 306).

Núm. 2.—*De la vida común.*

86. «La mujer, dice el art. 214, está obligada á habitar con el marido y á seguirle por donde él juzgue oportuno residir: el marido está obligado á recibirla y á procurarle todo lo que es necesario para las exigencias de la vida, según sus facultades y su estado.» Esta obligación dimana de la esencia misma del matrimonio, supuesto que éste implica una vida común. La comunidad de vida supone una sola y misma habitación para los dos esposos; esta habitación es la del marido; esta es la consecuencia más natural y más legítima del poder marital. De aquí el principio establecido por el art. 108 que la mujer no tiene más domicilio que el de su marido. La ley comprende el domicilio de hecho tanto como el domicilio de derecho.

El código Napoleón no ha hecho más que formular los principios admitidos en el derecho antiguo. Pothier dice, casi en los mismos términos, que la mujer está obligada á seguir á su marido por donde éste juzgue á propósito ir á residir; pero agrega, con tal que no sea fuera del reino y en país extranjero. Si el marido, dice, abjurando de su patria, quisiere establecerse en otra parte, la mujer, que debe mucho más á su patria que á su marido, no estará obligada

á seguirlo (1). El proyecto de código reproducía esta excepción: «Si el marido quisiese dejar el suelo de la república, no podrá forzar á su mujer á seguirlo, á no ser en el caso de que esté encargado por el gobierno de alguna comisión que exija residencia.» Esta disposición fué suprimida por el consejo de Estado á instancias reiteradas del primer cónsul: éste hizo notar, con razón, que siendo general y absoluta la obligación de la mujer de seguir á su marido, no debía recibir ninguna modificación (2). Romper la vida común, habría equivalido á romper el matrimonio. No se podía permitir á la mujer romper el matrimonio por su sola voluntad, siendo así que en el sistema del poder marital, ella no tiene voluntad, supuesto que debe obedecer á su marido. En cuanto á los motivos dados por Pothier, tienen por origen las ideas del viejo régimen que fijaba al hombre en la tierra en donde vió la luz; la abjuración de la patria no es ya un crimen según nuestro derecho público, sino un derecho que se deriva de la libertad individual.

87. Así, pues, en principio, el deber de cohabitación no permite excepciones. ¿Quiere esto decir que es absoluto? Todos admiten que la obligación de la mujer de habitar con su marido, está subordinada á la obligación que al marido incumbe de recibirla según sus facultades y su estado. Está juzgado que cuando la casa conyugal está desprovista de los objetos de primera necesidad, la mujer no está obligada á habitarla; basta el buen sentido para decidir que la mujer no puede verse obligada á habitar una casa que no es habitable, y el derecho agrega que si la mujer debe habitar con el marido, á éste corresponde recibirla (3). Los

1 Pothier, *Del poder del marido*, núm. 1.

2 Sesión del 5 vendimiario año XI, núms. 307-32 (Loché, t. II, p. 433 y siguientes).

3 Véase la jurisprudencia en Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 749, 3.º 7.º

autores están, además, de acuerdo en enseñar que si el marido búscase su subsistencia por medios vergonzosos, ó si albergase á una concubina en la casa común, la mujer no estaría obligada á habitar con él (1). En efecto, no está satisfecha la obligación que la ley impone al marido de recibir á su mujer, si el marido ofrece á su mujer las cuatro paredes de una habitación y los muebles, así como las necesidades de la vida; esto no es más que el elemento material de la vida común, pero la vida común, es ante todo una vida moral; si la mujer sólo encuentra en el domicilio conyugal la deshonor é infamia, ya no hay vida común, y por lo tanto, la mujer no tiene obligación de compartirla. Se ha juzgado muy bien que si el marido, á la vez que pone á disposición de la mujer un alojamiento, no apetece una vida común, y se mantiene en barrio aparte, en donde rehusa recibir á su mujer, por este hecho mismo dispensa á su mujer de habitar la casa conyugal (2). Nosotros somos de opinión que debe resolverse, por los mismos motivos, que si la mujer sufre malos tratamientos en el domicilio del marido, no estará obligada á habitar en su compañía. En vano se dirá que la ley obliga á la cohabitación desde el momento en que el marido le satisface las necesidades de la vida según sus facultades y su estado. Nó, la ley exige más, prescribe la vida común; ¿y es vida común la que consiste en malos tratamientos? Dícese que éstos excesos ó estas injurias serán para la mujer una causa de divorcio ó de separación de cuerpo, pero que no la dispensan del deber de cohabitación (3). Ya nos hemos encontrado con esta objeción y la hemos contestado con la jurisprudencia,

1 Durantón, *Curso de derecho francés*, t. II, p. 403, núm. 437.

2 Sentencia de casación de 20 de Enero 1830 (Dalloz, en la palabra *matrimonio*, núm. 748, 3.º).

3 Demolombe, *Curso del código Napoleón*, t. IV, p. 117, núm. 97.

diciendo que el divorcio es un derecho que la mujer puede no usar, y que sería inmoral obligarla á él indirectamente. Vale más una separación de hecho que puede llegar á cesar, que una ruptura definitiva que es siempre un mal grave aun cuando sea una necesidad (1).

88. ¿Es absoluta la obligación que el marido tiene de recibir á su mujer? Se ha juzgado que el marido no estaba obligado á recibir á su mujer ni á ministrarle alimentos, cuando ella hubiese abandonado el domicilio conyugal para entregarse á una mala conducta (2). Esto es dudoso. Sin duda alguna que la mujer viola sus deberes y por todo el tiempo que no solicite volver al domicilio conyugal, no puede tratarse de pagarle una pensión alimenticia. Pero desde el momento en que ella quiere restablecer la vida común, no hay motivo jurídico para que el marido se niegue á ello, salvo el medio extremo del divorcio ó de la separación de cuerpo. Hay, á este respecto, una diferencia entre el deber de cohabitación de la mujer y el deber de cohabitación del marido. El primero está subordinado á un deber correlativo del marido, el de recibir á su mujer; el segundo no tiene correlativo; es, pues, absoluto, y no puede cesar o por la ruptura legal de la vida común.

89. ¿La obligación de la vida común tiene una sanción? Esta es una de las cuestiones más controvertidas del código civil. Ordinariamente se presenta en favor de la mujer. ¿Si ella deja el domicilio conyugal, puede el marido obligarla á volver? ¿Y cuáles son las vías de violencia que éste puede emplear? La opinión admitida con bastante generalidad es que los tribunales tienen un poder discrecional en

1 La jurisprudencia está en este sentido (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 749, 8°).

2 Sentencia de París, de 29 de Agosto de 1857 (Dalloz, *Colección periódica* 1858, 2, 27).

esta materia (1). Hay sentencias que fundan este pretendido poder en el silencio de la ley. El código establece un deber, ó por mejor decir, una obligación civil; nada dice de la sanción de este deber: ¿y de esto se deducirá que el código haya de atenerse á los tribunales? (2). Este razonamiento nos parece muy poco jurídico. En principio, los tribunales no tienen poder discrecional en lo que concierne á la ejecución forzosa de las obligaciones legales ó convencionales; el código de procedimientos traza estas vías, y el juez no puede prescribir otras. Esto se concibe: las vías de ejecución son de derecho público; ahora bien, nada de lo que se refiere al derecho público puede abandonarse al arbitrio de los tribunales. Para que así fuese, se necesitaría una voluntad del legislador, claramente manifestada. Se pretende que los autores del código han querido, en el caso del art. 214, dejar pleno poder al juez (3). Pero la discusión que tuvo lugar en el consejo de Estado no dice esto. La cuestión que en su seno se debatió ni siquiera era la nuestra. Preguntábase si la mujer estaba obligada á seguir á su marido al extranjero. Este era el parecer del primer cónsul. Réal objetó que no veía un medio de obligar á la mujer; Regnauld contestó que el marido intimaría á la mujer á seguirlo, y que si ella persistía en su negativa, se daría por hecho que lo había abandonado. Esto no era contestar á la objeción; Réal, replicó que sería preciso un fallo que exigiese á la mujer seguir á su marido; pero ¿cómo se lograría ejecutarlo? El primer cónsul dijo que el marido, cesaría de dar alimentos á la mujer. Boulay

1 Demolombe, *Curso del Código de Napoleón*, t. IV, p. 119, número 100.

2 Sentencia de Bruselas, de 1° de Abril de 1824 (Dalloz, en la palabra *matrimonio*, núm. 759).

3 Sentencia de Aix, de 23 de Marzo de 1840 (Dalloz, en la palabra *matrimonio*, núm. 762, 4°).

concluyó por observar que todas estas dificultades deberían abandonarse á las costumbres y á las circunstancias (1). Esta es la discusión de donde se ha querido deducir que el legislador da un poder discrecional á los tribunales. Las palabras de Boulay que se citan son de esas que sólo expresan un sentimiento individual. Y aun así, él no dice lo que se le atribuye, y más bien dice lo contrario. En efecto, si esta es una cuestión de *costumbres*, en ella no deben intervenir los tribunales. Y nada es tan cierto, como vamos á verlo.

90. La única sanción jurídica de que se haya tratado en el consejo de Estado, es la que el cónsul inició. Si la mujer abandona el domicilio conyugal, es evidente que el marido no le debe alimentos, porque ella debe recibirlos en el domicilio del marido. Hay algunas sentencias en este sentido (2) y esto no puede dar margen á sombra de duda. Pero esta sanción no es suficiente. Si la mujer no pide alimentos, no hay lugar á que los rehuse. Si la mujer está casada bajo el régimen de la separación de bienes ó bajo el régimen dotal, ella misma dispone de todo ó de parte de sus rentas. En este caso no necesita alimentos, y en consecuencia, la obligación de cohabitar con su marido no tendrá esta sanción. ¿Y no hay otra?

91. ¿El marido puede tomar las rentas de la mujer y entrar en posesión de sus bienes? Esto supone que los esposos están casados bajo el régimen de la separación de bienes, ó bajo el régimen dotal. La mujer tiene en estos dos regímenes el derecho de disfrutar de sus bienes, salvo los bienes dotales propiamente dichos. Hay una hipótesis den-

1 Sesión del consejo de Estado del 5 vendimiario año X, número 32 (Loché, t. II, p. 344).

2 Véase la jurisprudencia en Dalloz, en la palabra *matrimonio*, núm. 757.

tro de la cual el marido tiene el derecho incontestable de apoderarse de los bienes de su mujer, y es cuando no entrega al marido la porción de sus rentas con la cual debe contribuir á los cargos del matrimonio. La Corte de París ha resuelto en el sentido de que como la mujer que ha conseguido la separación de bienes debe soportar, en proporción á sus facultades y á las del marido, los gastos del hogar había lugar á atribuir á su marido una parte de las rentas de su mujer hasta el día del reintegro de ésta al domicilio conyugal (1).

Pero es diferente la cuestión de saber si el marido puede tomar todas las rentas de su mujer y ponerse en posesión de sus bienes para obligarla á volver al domicilio conyugal. Nosotros creemos que la cuestión debe resolverse negativamente y sin vacilar. La mujer tiene el derecho de administrar sus bienes y de disfrutarlos. Para privarla de un derecho que debe á su calidad de propietaria y á su contrato de matrimonio se necesitaría un texto. El derecho del propietario es absoluto y los tribunales no pueden modificarlo sino en virtud de la ley. En vano se dice que el acreedor puede apoderarse de los bienes del deudor, en el caso en cuestión no hay ni acreedor ni deudor (2). Por otra parte, el apoderamiento de los bienes es una vía de ejecución que termina en la venta forzosa de los bienes para satisfacer á los acreedores, mientras que en el caso presente la mujer estaría privada, durante todo el matrimonio, de la administración y del goce de sus bienes, lo que sería un verdadero cambio en las convenciones matrimoniales. Se objeta que el apoderarse de los bienes equivale á negar alimentos, y que si la denegación de alimen-

1 Sentencia de 27 de Enero de 1855 (Dalloz, *Colección periódica*, 1855, 2, 208).

2 Durantón, *Curso de derecho francés*, t. II, ps. 410 y 412, números 438 y siguientes).

tos es permitida en un régimen debe autorizarse en todos los regímenes. Nosotros contestamos que no hay lugar á rehusar alimentos á la mujer que no los pide; que la denegación de alimentos no es legítima sino en el sentido de que la mujer debe recibirlos en la casa conyugal, y si ella la abandona no puede reclamarlos de su marido. Así, pues, no há lugar á una denegación de alimentos cuando la mujer nada reclama. La jurisprudencia está dividida: se pronuncia generalmente por la toma de posesión (1); y lo mismo sucede con los autores (2).

92. Se pregunta si la mujer puede ser sentenciada á daños y perjuicios hasta el momento en que reintegre el domicilio conyugal. Hay sentencias y autores que admiten esta vía de ejecución. A decir verdad esta no es una vía de ejecución, es una pena, una multa, como lo expresa la Corte de Bruselas, que ha sentenciado á la mujer á pagar una suma de dinero por cada día que tardase en cumplir la obligación de cohabitar con su marido (3). ¿Esta palabra *pena* que la Corte pronuncia no habría debido recordarle que no puede haber pena sin ley penal? ¿Y cómo unos jurisprudencistas han podido concebir la idea de aplicar al matrimonio los principios sobre daños y perjuicios? (4). Como muy bien lo dice la Corte de Colmar, basta leer los artícu-

1 Sentencia de Riom de 13 de Agosto de 1810 (Daloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 759, 2^o). Sentencia de Colmar de 10 de Julio de 1833 (Daloz, *ibid.*, núm. 761). Sentencia de Caen de 14 de Agosto de 1848 (Daloz, *Colección periódica*, 1850, 2, 185). En sentido contrario, sentencia de Pau de 11 Mayo de 1863 (Daloz, *Colección periódica*, 1863, 2, 193).

2 Zachariae, edición de Massé y Vergé, t. I, p. 219, nota 4. Demolombe, t. IV, p. 124, núm. 105.

3 Sentencia de 1.^o de Abril de 1824 [Daloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 759, 3^o].

4 Durantón, t. II, p. 412, núm. 440. Demolombe, t. IV, p. 125, número 106. En sentido contrario, Zachariae, edición de Aubry, t. III, p. 220, nota 4, pfo. 471.

los del Código referentes á daños y perjuicios para convenirse de que es imposible hacer su aplicación al deber que tiene la mujer de habitar con su marido (1). En los términos del art. 1149 los daños y perjuicios que se deben al acreedor son por la pérdida que ha sufrido y por la ganancia de que se ha visto privado. ¿El marido es un acreedor? ¿Cuál es la pérdida que ha sufrido? ¿Cuál la ganancia de que se ha visto privado? Estas cuestiones, tan naturales cuando se trata de una deuda de dinero, son absurdas cuando se plantean con motivo de una obligación moral. En definitiva, ¿de qué se trata? De obligar á la mujer á que vuelva al domicilio conyugal. Supongamos que lo haga; ¿su presencia material en la casa que su marido habita restablecerá esa vida común que hace de dos seres uno solo? ¿Cómo, la mujer ha abandonado la casa conyugal y vuelve á ella no porque apetezca restablecerla sino para no pagar daños y perjuicios! ¿Si al marido le queda un sentimiento de honra no debería estar avergonzado de haber obtenido por el interés lo que en vano había pedido al amor? ¿Y cómo conciliar el cariño con las penas y las multas?

93. La jurisprudencia y la doctrina han ido más lejos; admiten que el juez puede autorizar al marido para requerir la fuerza pública á fin de obligar á su mujer á reintegrar el domicilio conyugal. Se invoca el principio elemental que permite la ejecución forzosa para todo derecho consagrado por la ley. El deber de la mujer de cohabitar con su marido no es únicamente un deber moral, es además una obligación civil, de la que nace un derecho para el marido; este derecho le da acción contra la mujer; así, pues, á instancias del marido el juez debe ordenar á la mujer que vuel-

1 Sentencia de 10 de Julio de 1833 (Daloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 761).

va á la casa conyugal. ¿Qué sería de la autoridad de las leyes, qué del respecto debido á las sentencias de los tribunales, si la mujer pudiese provocar al legislador y al magistrado? (1). Al leer estas sentencias recuérdanse las palabras de Napoleón en el Consejo de Estado: «No saben ustedes lo que es el matrimonio.» Sin duda alguna que el deber de cohabitación es una obligación civil, ¿pero resulta de esto que pueda asegurarse esta obligación por la ejecución forzosa? Véamos como obrará la fuerza. Los gendarmes llevan á la mujer á la casa conyugal. Ahí no tendrán á la mujer á la vista, si no habría una violación de la libertad individual. El marido no podrá tampoco poner á su mujer bajo de llaves. Así, pues, desde el momento mismo en que constreñida por la fuerza la mujer pone el pie en el domicilio conyugal puede salirse. ¿Habrá que recurrir de nuevo á la fuerza? ¿Los gendarmes se ocuparán permanentemente en transportar al domicilio conyugal á la mujer recalcitrante? ¿A esto se llama restablecer la vida común? Confesémoslo: en este caso los gendarmes son impotentes. No hay en el mundo fuerza alguna que pueda obligar á la mujer á habitar con su marido cuando ella ya no lo apetece (2).

Los autores están divididos. Y los hay, por cierto de los mejores, que admiten que se emplee la fuerza. En verdad que la argumentación de Zachariæ seguida por Marcadé bastaría para rechazar una doctrina tan mal defendida. El

1 Sentencia de Pau de 12 de Abril de 1810 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 762, 1.º); de la Corte de Casación de 9 de Agosto de 1826 (Dalloz, *ibid.*, 762, 2.º); de París de 31 de Marzo de 1855 (Dalloz, *ibid.*, 1863, 2, 193); de Pau de 11 Marzo de 1863 (Dalloz, *ibid.*, 1863, 2, 192).

2 Sentencia de Bourges de 15 de Julio de 1811 [Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 761]; de Tolosa de 24 de Agosto de 1818 (*ibid.*, núm. 758, 1.º); de Colmar de 10 de Julio de 1833 (*ibid.*, número 761). Las cortes de Holanda se pronuncian en el mismo sentido. Véanse dos sentencias citadas por Dalloz, 1852, 2, 105 y 106.

marido, dice el juriconsulto alemán, tiene un derecho cuyo objeto es la persona de la mujer; en donde yo encuentro una cosa la reivindico (1). Zachariæ elvida que si la mujer es una cosa es por lo menos una cosa mobiliaria y que las cosas mobiliarias no se reivindicán. Marcadé da otro giro á este argumento brutal. «En el matrimonio la mujer me ha ofrecido su persona misma: ¿por qué no habría yo de poder perseguir por las vías legales la posesión de esta persona? (2)» ¿Por qué, agregaremos nosotros, no habrían de instalarse los gendarmes en la cámara nupcial? ¡No le vemos término á la cuestión, y con razón!

La opinión que sostenemos la enseñan Delvincourt, Durantón y Duvergier (3). Nosotros no aceptamos todas las razones que se dan en pro ó contra de esta doctrina. En general los que repelen la fuerza invocan la libertad individual; ven en el empleo de la fuerza una especie de pena corporal y, por consiguiente, una violación del artículo 2063, que prohíbe al juez pronunciar la pena corporal fuera de los casos determinados por la ley. A nuestro modo de juzgar nada de común hay entre el uso de la fuerza con el fin de obligar á una persona á hacer lo que está obligada á hacer y la pena corporal (4). En principio admitimos que el deudor puede ser forzado á cumplir su obligación, cuando se pueda, por el empleo de la fuerza. En esto no hay la menor lesión á la libertad individual. Se violaría la libertad cuando el deudor fuese encarcelado; se violaría respecto á la mujer si fuese encerrada en el domi-

1 Zachariæ, edición de Vergé, t. I, p. 228, nota 4.

2 Marcadé, *Curso elemental*, t. I, p. 457, art. 214, núm. 11.

3 Delvincourt, t. I, p. 79, nota 4. Durantón t. II, p. 412, número 440. Duvergier sobre Toullier, t. II, núm. 666, nota 1, pfo. 10.

4 Esto está muy bien demostrado en una sentencia de la Corte de Dijón de 25 de Julio de 1840 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 762, 5.º)

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).» Dedúciase de aquí, en el derecho

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