

V.—*De las medidas provisionales á que puede dar lugar la demanda de divorcio por causa determinada.*

NUM. 1.—PRINCIPIOS GENERALES

252. Durante la secuela de la instancia y hasta la declaración del divorcio el matrimonio subsiste con todas sus consecuencias legales. Así, pues, el marido conserva el poder marital y la mujer no puede ejercitar acto ninguno sin su autorización (1). Conserva igualmente el poder paternal. Lo mismo sucede con los efectos que el matrimonio produce en cuanto á los bienes de los cónyuges. Sus convenciones matrimoniales subsisten: A falta de un contrato de matrimonio la comunidad legal continúa existiendo entre los cónyuges; en consecuencia, el marido tiene siempre la administración de los bienes de la mujer. No hay que hacer distinción de que el marido sea actor ó reo en el juicio de divorcio. No obstante, la ley prescribe algunas medidas provisionales que la naturaleza de la demanda de divorcio hacen necesarias. Pero estas medidas en nada lesionan los derechos del marido sino que únicamente los modifican; fuera de dichas modificaciones el marido puede ejercitar todos los derechos que derivan del matrimonio y de las convenciones matrimoniales.

253. Hallamos una aplicación de estos principios en el art. 271. La ley supone que los cónyuges están casados por el régimen de la comunidad. Bajo este régimen el marido puede enajenar los bienes muebles é inmuebles que componen la comunidad, y tiene poder ilimitado para obligarla. ¿Conserva este poder por toda la duración de la

1 Sentencia de la Corte de Casación de 11 de Julio de 1809 (Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 440).

instancia? La ley decide la cuestión afirmativamente porque sólo concede á la mujer una acción de nulidad en el caso en que el marido hubiese contraído una deuda ó consentido en una enajenación con fraude de los derechos de la mujer; y á la mujer, que es la que pretende que hay fraude, corresponde probarlo. (1). Es decir, que el marido sigue siendo dueño y señor de la comunidad. En cuanto al derecho que el art. 271 reconoce á la mujer es la aplicación de un principio general asentado en el art. 1167, en provecho de todo acreedor, cuando el deudor ejecuta un acto que defraude los derechos de aquél. Esto es lo que se llama la acción pauliana.

La ley sólo habla de la enajenación de los inmuebles. ¿Habrà que inferir de esto que la mujer no tuviese el derecho de atacar la venta de los muebles si dicha venta fuese fraudulenta? Nó, en verdad; el principio asentado en el art. 1167 es general y se aplica á todos los actos fraudulentos. No es necesario decir que la mujer debe probar el fraude no sólo del marido sino también de las terceras personas que con él han contratado; siempre por aplicación de los principios generales (2).

La redacción del art. 271 suscita una nueva dificultad. Habla de los actos ejecutados por el marido con posterioridad al mandamiento que el presidente extendió á instancias del actor en el divorcio (art. 238). ¿Qué debe decidirse si el marido ha ejecutado, con anterioridad á aquel mandamiento, acto con fraude de los derechos de la mujer? Ciertamente es que éste no podrá prevalerse del art. 271; ¿pero no puede invocar el art. 1167? Hay en esto alguna duda.

1 Juicio del Tribunal de Lyon, de 26 de Enero de 1867 (Dalloz, 1867, 5, 392, núm. 8).

2 Sentencia de Bruselas de 9 de Agosto de 1818 (*Pasicrisia*, 1818, p. 73), Juicio del Tribunal de Bruselas de 23 de Enero de 1856 (*Bélica judicial*, t. XIV, p. 188).

La cuestión está en saber si la mujer que tiene comunidad de bienes puede atacar los actos de su marido como ejecutados con fraude de sus derechos. Se trata, como es fácil entenderlo, del acto que el marido verifica en su calidad de jefe de la comunidad. Ahora bien, el marido es el árbitro y señor; puede dilapidarla, arruinarla, sin que la mujer tenga contra él ninguna acción, cualquiera que ella sea. El poder absoluto de que él disfruta excluye toda idea de una acción fundada en el perjuicio. ¿Pero no debe hacerse una excepción en caso de fraude? Examinaremos la cuestión en el título del contrato de matrimonio. Si se resuelve afirmativamente debe decirse que el art. 271 no es más que la aplicación del derecho común.

Si el art. 271 no es más que la aplicación del derecho común no es visible la utilidad de esta disposición. Ella se explica por los trabajos preparatorios. El proyecto adoptado por el Consejo de Estado establecía (art. 41): «Partiendo del día de la demanda de divorcio el marido ya no podrá contraer deudas á cargo de la comunidad, ni disponer de los inmuebles que de ésta dependen; toda enajenación que de ellos haga será nula de derecho.» Era este un medio enérgico de garantizar los intereses de la mujer, pero era injusto, supuesto que presumía fraude por parte del marido, sin admitir siquiera la prueba contraria. Y puede ser, no obstante, que él obre de buena fe; si esto es así, ¿por qué prohibirle que enajene y que se obligue? Esto habría equivalido á atentar contra los derechos del marido cuando el matrimonio subsistía con consecuencias legales. El Tribunalado criticó la disposición del proyecto y propuso un nuevo sistema que no fué acogido por el Consejo de Estado; pero se abandonó también el del proyecto para volver al derecho común (1). La disposición actual no tiene, pues, más

1 Observaciones del Tribunalado, núm. 12 (Loaré, t. II, pá. 555 y siguientes).

objeto que decir que el marido sigue siendo el jefe de la comunidad, que puede obligarse y enajenar los inmuebles, salvo el derecho de la mujer para atacar los actos fraudulentos, y quedando á cargo de ella probar el fraude cuando no es presumible. Todo esto resulta de los principios generales, y era inútil decirlo.

Núm. 2.—De los hijos.

254. Según los términos del art. 267 la administración provisional de los hijos queda al marido, sin distinguir si es actor ó demandado. Cuando se pronuncia el divorcio la ley confía, por regla general, á los hijos al cónyuge que lo ha obtenido (art. 302). Durante la instancia todavía no hay cónyuge culpable; no había, pues, razón para despojar al marido, aun cuando fuese demandado, del ejercicio del poder paterno, ó para modificar su ejercicio. La ley quiere, en consecuencia, que los hijos queden al lado del marido; ella se expresa en términos imperativos: «A menos, dice el art. 267, que no se ordene otra cosa por el tribunal, á instancia, sea de la madre, sea de la familia ó del procurador imperial, para mayor ventaja de los hijos.» La excepción se aplica á las dos hipótesis previstas por la regla: es decir, que el marido sea actor ó demandado. Poco importa, en efecto; la ventaja de los hijos es lo único que debe tomarse en consideración: cuestión que el tribunal resuelve según las circunstancias.

Decimos el tribunal. El art. 267 otorga este poder al tribunal y no al presidente. Por lo demás, se ha fallado, y con razón, que el tribunal puede ordenar que los hijos sean entregados á la madre inmediatamente después que el actor ha entregado su resolutoria al presidente (1). El presi-

1 Sentencia de Bruselas de 27 Germinal, año XIII (Daloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 456, 1.^o)