

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.<sup>o</sup>)

dente no tiene ese derecho; y esto se comprende, porque se trata de modificar el poder paterno, que es de orden público. No obstante, si hubiese urgencia en tomar una medida á favor de los hijos el presidente podría ordenar que fuesen confiados á la madre; pero el presidente debe, en este caso, observar las formas prescriptas por el Código de Procedimientos (arts. 806 y siguientes). Si resolviere como magistrado conciliador, en virtud del art. 232 del Código Civil, excedería sus poderes, y su mandamiento sería anulable.

255. ¿Puede el tribunal ordenar que se confíen los hijos á tercera persona? La afirmativa no permite duda alguna. Según el art. 267 la administración provisional de los hijos queda al marido, ó menos que el tribunal *decrete otra cosa*. La ley no dice que los hijos deban entregarse á la mujer; intencionalmente está concebida en términos muy vagos, para dejar al juez toda amplitud. Por otra parte, nada es más natural, siendo el principio que el tribunal debe guiarse en su decisión por *la mayor ventaja de los hijos*. Lo que resuelve toda duda es que después de la admisión del divorcio el tribunal puede ordenar que los hijos sean confiados al cuidado de tercera persona. ¿Por qué lo que se hace definitivamente después de la disolución del matrimonio no había de poder hacerse á título de medida provisional durante la instancia del juicio de divorcio?

Las medidas que el tribunal toma respecto á los hijos son esencialmente temporales en el sentido de que pueden tomarse otras si lo exige el interés de los hijos. Así sucede respecto á las medidas llamadas definitivas que el tribunal ordena cuando se ha admitido el divorcio (1). Con mayor razón puede el juez corregir sus medidas provisionales.

1 Sentencia de Burdeos de 9 de Junio de 1832 (Daloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 327).

Pero entiéndase bien que el tribunal nada puede resolver sino á instancia de las partes interesadas. Y éstas son, según los términos del art. 267, el padre y la madre, la familia, es decir, el consejo de familia, y el ministerio público.

256. Se han presentado dificultades acerca de la ejecución de las decisiones del tribunal. El escribano encargado de ejecutar la decisión del tribunal puede hacerse asistir por los agentes de la fuerza pública. Esto no se presta á duda porque es de derecho común. La jurisprudencia consagra un medio coercitivo menos violento, el embargo de las rentas del cónyuge recalcitrante (1). Bajo el punto de vista de los principios de derecho la cuestión es dudosa. Ya hemos tropezado con ella cuando se trató de obligar á la mujer á volver al domicilio conyugal. En el caso que tratamos es todavía más dudosa. La mujer que se rehusa á reintegrar el domicilio conyugal viola una obligación que contrajo al casarse; es, pues, deudora en el más amplio sentido de la palabra, y se concibe que sea obligada á cumplir rigurosamente su deber por las vías del embargo. Pero, en nuestro caso, la mujer no es deudora; se trata únicamente de ejecutar por la fuerza una decisión judicial. ¿No sería preciso un texto de ley que autorice al juez para ordenar el embargo? Nosotros así lo creemos. Los tribunales han exigido una nueva vía para llegar al mismo fin. Condenar al cónyuge que se rehuse á obedecer el fallo á indemnizar daños y perjuicios fijados por cada día de tardanza (2). Esta vía de ejecución nos deja igualmente algunos escrúpulos. ¿En esta materia puede acaso tratarse de daños y perjuicios? ¿Cuál es la pérdida que sufre la madre á quien se rehusa entregar á los hijos? ¿Cuál es el lucro de

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

2 Sentencias de la Corte de Casación de 4 de Abril de 1855 y de 8 de Noviembre de 1864 (Daloz, 1865, 1, 387 y 390).

que se ve privada? A decir verdad aquí no se trata de los padres sino de la ventaja de los hijos. El asunto es de toda evidencia cuando las medidas se han tomado á instancia del ministerio público. No es, pues, exacto decir que el cónyuge recalcitrante cause un daño que esté obligado á reparar. En realidad el tribunal pronuncia una pena pecuniaria, y ¿puede haber una pena sin ley penal?

*Núm. 3.—De la residencia provisional de la mujer.*

157. El art. 268 dice: «La mujer actora ó demandada podrá abandonar el domicilio del marido durante la averiguación.» Compréndese que la obligación de la vida común no puede subsistir durante la instancia de divorcio; la paz de la familia se turbaría á cada instante y aún la seguridad de la mujer se vería comprometida. Así, pues, la mujer debía tener el derecho de dejar el domicilio del marido. ¿Quiere esto decir que el tribunal no deba intervenir? El art. 268 agrega: «El tribunal indicará la casa en la cual la mujer estará obligada á residir.» Supuesto que la mujer, al dejar el domicilio conyugal, no puede residir en donde se le ocurra debe necesariamente dirigirse á la justicia para que el tribunal le indique la casa que debe habitar. ¿No podría el presidente asignar á la mujer un domicilio provisional? Sí, á título de medida urgente, pero no como magistrado conciliador, porque la ley no le da este derecho. Hay, bajo este respecto, una diferencia entre el divorcio y la separación de cuerpo (Código de Procedimientos, art. 878); más adelante insistiremos en esto.

La ley dice que el tribunal indicará la casa en donde la mujer estará obligada á residir. Se ha juzgado, en materia de separación de cuerpo, que la residencia de la mujer debía fijarse dentro de la jurisdicción del tribunal. Esto sin

duda que es útil, porque el marido, que conserva su poder, tiene el derecho y el poder de vigilar á su mujer, pero es evidente que esta no es una cuestión de derecho sino un punto de hecho que el tribunal resolvería en virtud de las circunstancias y las conveniencias. Hay algunas sentencias en este sentido (1).

258. El art. 268 supone que la mujer es siempre la que abandona el domicilio conyugal. Pregúntase si el tribunal no podría autorizar á la mujer á permanecer, ordenando al marido abandonar dicho domicilio. Se ha juzgado que no puede autorizarse á la mujer para que expulse al marido, aun cuando la casa fuese un bien parafernial de la mujer (2). Pero se han pronunciado en contra tanto la jurisprudencia como la doctrina. Sin duda alguna que el tribunal deba, por regla general, conservar al marido en la casa conyugal, porque este domicilio es el suyo y la mujer no tiene otro legalmente (art. 214); por esto es que el artículo 268 dice que la mujer podrá abandonar el domicilio del marido y no que la mujer pueda expulsar al marido. Sin embargo, no lo prohíbe; permite suspender la vida común y poco importa en dónde resida el marido; en derecho el poder marital no se vulnera si el marido reside en esta ó en aquella casa. El juez puede, pues, considerar las circunstancias, las conveniencias y el interés de la familia; así, pues, si la mujer ejerce una industria ó un comercio en la casa conyugal la equidad exige que se quede ahí y que el marido se vaya (3).

1 Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 136. *Bélgica judicial*, t. XVII, p. 1382.

2 Sentencia de Limoges, de 21 de Mayo de 1845 (Dalloz, 1849, 2, 45).

3 Véanse las sentencias citadas en Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 141, y sentencias de Colmar, de 23 de Mayo de 1860 (Dalloz, 1860, 2, 200); de Bruselas, de 14 de Julio de 1859 (*Pasieris*, 1860, 2, 210), y de Gante, de 9 de Junio de 1866 (*Pasieris*, 1868, 2, 279).