

dades personales y las de sus hijos ella podría, ciertamente, reclamar una provisión por este capítulo, así como por los gastos del proceso. El pago de la pensión alimenticia esta subordinado á una condición, y es que la mujer resida en la casa que se le ha señalado. Si no justifica su residencia el marido puede rehusar la provisión alimenticia (artículo 269). ¿Es absoluta la negativa del marido? Hay que aplicar al pago de la pensión lo que hemos dicho del fin de no recibir que resulta de la misma falta de justificación. El tribunal apreciará las razones que la mujer tuvo para cambiar de residencia; si ella no quiso substraerse á la vigilancia del marido no hay lugar para aplicar la especie de pena pronunciada por la ley.

264. El Código Civil supone siempre que la mujer es quien pide la pensión alimenticia; nada dice del marido. En efecto, el marido conserva el goce de sus bienes y en general disfruta de las rentas de la mujer; regularmente, pues, no necesita de una provisión. Sin embargo, puede suceder que la necesite; ¿si los esposos están separados de bienes y el marido no tiene ninguna fortuna la mujer debería pagar una pensión alimenticia á su marido? Respecto á los alimentos no cabe duda alguna; los cónyuges se deben auxilios mutuos mientras el matrimonio dure (art. 212) y, por consiguiente, hasta que se pronuncie el divorcio. Hay que extender esta obligación á la provisión para gastos del litigio porque esto es también una necesidad del marido, y la mujer debe proveer á todas sus necesidades si el marido no tiene recursos. La jurisprudencia se halla en este sentido (1).

1 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 151.

Núm. 5. De las medidas conservatorias.

255. La ley permite á la mujer común en bienes requerir la fijación de los sellos sobre los efectos mobiliarios de la comunidad para la conservación de sus derechos (artículo 276). Hemos dicho que el marido queda á la cabeza de la comunidad; conserva, pues, todos los derechos que como jefe tiene. Se ha fallado, por aplicación de este principio, que el marido podía, sin el concurso de la mujer, formar una demanda para dividir las sucesiones mobiliarias que en suerte le tocasen. Puede también disponer de los inmuebles de la comunidad, con tal que lo haga de buena fe; si lo verifica con fraude de la mujer ésta puede intentar la acción de nulidad. La garantía de la acción pauliana no ha parecido suficiente al legislador en lo que concierne á los efectos mobiliarios de la comunidad. En efecto, es difícil seguir los muebles en manos de terceros, porque fácilmente se trasladan y ocultan. Para asegurar los derechos de la mujer la ley le permite que requiera la oposición de los sellos. Los sellos no se levantan sino haciendo inventario y quedando á cargo del marido volver á presentar los efectos inventariados ó de responder de su valor como depositario judicial (art. 270). ¿De ahí puede inferirse que el marido no puede enajenar los bienes inventariados? La cuestión es controvertida. Se ha fallado muy bien, á nuestro juicio, diciendo que el art. 270 no daba á entender que el marido tenía una alternativa en el sentido de que tuviese la facultad de conservar el mobiliario ó de pagar su valor (1). La ley no se expresa así. Comienza por imponer al marido la obligación de volver á presentar las cosas inventariadas, lo

1 Véanse las sentencias citadas en Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 362. Dalloz es de opinión contraria.

que implica prohibición para disponer de ellas. Además, en el caso de que él no las reproduzca ella lo declarará responsable como depositario judicial, lo que es una verdadera penalidad, supuesto que el depositario es obligable por pena corporal. Una pena ciertamente que no constituye una alternativa.

El espíritu de la ley no deja duda alguna. Quiere dar á la mujer una garantía, y si el marido puede disponer de los efectos inventariados ¿en dónde está la garantía? La imposición de una pena corporal no es una garantía cuando el marido es insolvente. En vano se objetará que la prohibición de enajenar deroga el poder del marido. Sin duda que sí, pero el objeto de la ley ha sido precisamente modificar el poder absoluto del marido para impedir que de él abuse en perjuicio de la mujer. La misma prohibición de enajenar es una garantía ineficaz, supuesto que la mujer no puede intentar acción de nulidad contra terceros adquirentes, y no puede intentar sino la acción de reivindicación; ahora bien, esta acción no puede admitirse contra los terceros poseedores cuando son de buena fe.

256. ¿Tiene la mujer necesidad de la autorización marital para requerir esas medidas? En París es costumbre que la mujer pida autorización del juez. La Corte de Lyon ha fallado que la autorización no era necesaria (1). Esta decisión es conforme á los principios. La oposición de los sellos y el inventario que la sigue son actos de conservación, y es esencial á estos actos que se verifiquen sin demora si no llenan su objeto. El marido puede de un momento á otro hacer desaparecer el mobiliario de la comunidad; es, pues, preciso que la mujer pueda obrar directamente. Si se exigiera la autorización la mujer debería, según el rigor de la ley, pedirla al marido, y solamen-

1 Sentencia de 1.º de Abril de 1854 (Daloz, 1856, 2, 241).

te que éste la negase, á la justicia. ¿Y puede concebirse que la mujer se dirija al marido para recibir una autorización para que ella tome una medida de desconfianza contra él? Cuando el legislador da un derecho á la mujer la autoriza desde luego para ejercitarlo. Así pasa cuando la mujer revoca una donación que ha hecho á su marido durante el matrimonio (art. 1096). Se dirá que todas estas razones se dirigen al legislador y que precisaría un texto que dispensase á la mujer de la autorización marital. Nó, porque es de principio que los incapaces pueden ejercitar los actos de conservación, porque estos actos por su propia naturaleza jamás les dañan. La mujer puede también invocar otro principio. No necesita la autorización del juez para intentar la acción en divorcio; la autorización del presidente hace veces de autorización; ahora bien, una vez autorizada puede ella ejercitar todos los actos que son una consecuencia directa de la demanda de divorcio, y tales son evidentemente las medidas de conservación (1).

267. La ley no concede el derecho establecido por el art. 270 sino á la mujer común en bienes. ¿Qué debe resolverse si está casada bajo otro régimen? Ciertamente es que la mujer separada de bienes no puede requerir la oposición de sellos sobre los efectos mobiliarios del marido, supuesto que ella no tiene ningún derecho á los bienes de aquél; en cuanto á los efectos que le pertenecen, conserva ella su libre administración y puede disponer de ellos. Si los cónyuges están casados bajo el régimen dotal, ó bajo el régimen exclusivo de comunidad, el marido tiene la administración y el goce de los bienes de la mujer, y él podría abusar de su derecho para enajenar el mobiliario de la mujer. Esta, pues, tendría grande interés en hacer que se fijasen

1 Massol, *De la separación de cuerpo*, p. 163. Sentencia de Lieja, de 25 de Febrero de 1859 (*Pasicrisia*, 1859, 2, 299).

los sellos. ¿Y tiene ella el derecho para ello? Se ha fallado que no podía invocar el art. 270 que sólo habla de la mujer común en bienes (1). Pero el texto no es restrictivo, y ninguna razón hay para que lo sea. ¿Por qué rehusar á la mujer casada bajo tal régimen una medida de conservación que se le concede cuando está casada bajo otro cualquiera? No es el régimen lo que la ley ha querido proteger sino los derechos de la mujer: desde el momento en que tiene derechos debe tomar medidas para conservarlos. Si la ley habla sólo de la mujer casada bajo el régimen de la comunidad es porque tal es el régimen del derecho común.

268. ¿Está ligado el juez por el texto del art. 270 en lo que concierne á la naturaleza de las medidas conservatorias que la mujer tiene derecho para requerir? Hay alguna vacilación acerca de este punto en la jurisprudencia. Páteseos que hay que distinguir. Si los intereses de la mujer pueden quedar en salvaguardia por medidas menos onerosas para el marido que las prescriptas por la ley, el tribunal puede ordenarlas y la mujer debe conformarse con ellas, porque si tiene derecho para tomar medidas de conservación no lo tiene para vejar inútilmente á su marido y perjudicarlo. La mujer de un comerciante pide el divorcio; durante toda instancia ella no requiere la aposición de los sellos; cuando el divorcio queda admitido hace clara requisición; el marido declara que está dispuesto á hacer inmediatamente un inventario, lo que hace inútiles los sellos, sellos que embarazarían su comercio y perjudicarían gravemente los intereses de la familia. La corte de Lieja acogió esta defensa (2). Pero si la mujer reclama otras medidas que no sean las que el art. 270 le permite requerir,

1 Sentencia de París, de 29 de Mayo de 1829 (Daloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 162).

2 Sentencia de 17 de Febrero de 1847 (*Pasicrisia*, 1847, 2, 345).

medidas más onerosas, el tribunal no tendría derecho para ordenarlas. En este sentido el art. 270 es restrictivo; lo es porque deroga los poderes que el marido tiene como jefe de la comunidad; ahora bien, toda derogación del derecho común es de estricta interpretación (1). Según este principio es como deben decidirse las cuestiones que se presentan en la aplicación del art. 270. ¿Puede la mujer pedir caución por los reintegros que tenga que exigir después del divorcio? No, y sin duda alguna. El proyecto de código civil imponía esta obligación al marido; se suprimió la disposición por las observaciones del Tribunado, porque pareció demasiado dura (2).

¿Puede la mujer pedir el secuestro de los bienes de la comunidad? ¿puede pedir el depósito de los dineros en la caja de consignaciones? Estas cuestiones son controvertidas; creemos que deben resolverse negativamente. El secuestro y el depósito tendrían por efecto privar al marido de la administración de los bienes comunes; ahora bien, ninguna ley autoriza á los tribunales para que autoricen esta especie de caducidad. Sin duda alguna que pueden ser ineficaces las medidas prescriptas por el art. 270, pero no corresponde al intérprete colmar los vacíos de la ley, creando excepciones. Si el marido no presenta ninguna garantía, ni moral ni pecuniaria, la mujer no tiene más que un solo medio de poner en salvaguardia los intereses, y es pedir la separación de bienes. En el procedimiento de separación de bienes puede pedir las medidas de conservación que juzgue conveniente: (código de procedimientos, artículo 869) (3).

1 La Corte de Bruselas así lo ha resuelto en principio por sentencia de 13 de Noviembre de 1847 (*Pasicrisia*, 1847, 2, 345).

2 Observaciones del Tribunado, núm. 12 (Loché, t. II, p. 556).

3 Véase la jurisprudencia francesa en materia de separación de cuerpo, en Daloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núms. 176 y

¿Puede la mujer practicar sentencias de embargo sobre los valores que pertenecen á la comunidad? Hay fallos diversos acerca de esta cuestión. Nosotros creemos que la mujer no tiene ese derecho y que no es permitido extender la disposición excepcional del art. 270 (1). En vano se objetará que el embargo es un acto ménos riguroso y ménos ofensivo para el marido que la oposición de los sellos (2). No se trata de saber si un acto lastima la susceptibilidad del marido sino si vulnera sus derechos. El embargo de los valores de la comunidad pondría al marido en la imposibilidad de administrar, y esto sería, por lo mismo, arrebatárle un poder que tiene como jefe de la comunidad; sería además, quitarle el goce de los bienes comunes; mientras que la oposición de sellos le deja la administración y el usufructo. Cierto es que el marido puede abusar de su poder, pero repetimos que el intérprete no puede corregir la ley. La mujer, por otra parte, tiene un medio de garantizar plenamente sus intereses, y es pedir la separación de bienes.

269. ¿Puede el marido requerir los medios de conservación previstos por el art. 270? Hay sentencias en sentidos adversos (3). La cuestión está mal planteada. No puede tratarse del marido que invoque el art. 270. En efecto, ¿cuál es el objeto de esta disposición? La de garantir los derechos que la mujer pueda tener sobre el mobiliario de la

177. La jurisprudencia belga no admite el secuestro [sentencias de Bruselas, de 16 de Junio de 1832 y de 13 de Noviembre de 1847, en la *Pasicrisia*, 1832, 180, y 1847, 345].

1 Sentencia de Caen, de 29 de Mayo de 1849, y de Burdeos, de 6 de Febrero de 1850 (Dalloz, 1850, 5, 422, y 1850, 2, 150). Véase en este sentido una disertación de Mastón en la *Belgica judicial*, tomo XVII, p. 1609.

2 Sentencia de 25 de Febrero de 1859 (*Pasicrisia*, 1859, 2, 299). Véanse en este sentido las sentencias citadas en Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núms. 172 y 174.

3 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 166.

comunidad. Preguntar si el marido puede tomar medidas de conservación para el mobiliario que le pertenece es presentar una cuestión absurda. El propietario toma lo que le pertenece en donde lo encuentra, por una acción de reivindicación; ahora bien, el marido es propietario del mobiliario de la comunidad. Esto decide la cuestión. El marido no necesita prevalerse del art. 270; obra como dueño y señor.

#### § VI.—De la demanda reconvenzional de divorcio.

270. El código Napoleón no habla de la demanda reconvenzional de divorcio. ¿Debe inferirse de esto que no puede haber lugar en esta materia á una demanda reconvenzional? Nó, el derecho de los esposos resulta de los artículos del código que permiten que cada uno de ellos intente la acción de divorcio cuando existe una de las causas determinadas por la ley. Si pueden ellos hacerlo por acción directa y principal no hay razón para que no puedan hacerlo por vía de demanda reconvenzional. No obstante esto, este principio debe extenderse con cierta restricción. Por regla general cuando hay una causa de divorcio contra cada uno de los cónyuges el divorcio puede pronunciarse á instancia de cada uno de ellos, y cada uno de ellos tiene interés en pedirlo, en virtud de los efectos que el divorcio produce contra el cónyuge culpable, efectos que expresaremos más adelante. Pero puede suceder que en caso de recíprocos agravios el tribunal no admita el divorcio. La demanda reconvenzional puede, pues, terminar un fin de no recibir contra la acción del demandante. ¿Cuándo el tribunal debe admitir el divorcio y la demanda reconvenzional? ¿Cuándo debe desechar las dos demandas aplicando lo que se llama impropriamente la compensación? Esta es una cuestión de