

quiera deuda se reparte según el número de los deudores, salvo derogación. ¿Hay derogación en el caso? Se pudiera decir que la contribución se reglamenta según el interés de los esposos; pero este principio no nos parece aplicable á los gastos de un contrato que interesa igualmente á cada una de las partes, á reserva de que ellas estimen su interés, si éste es distinto.

*ARTICULO 3.—De las cláusulas prohibidas.*

§ I.—DE LAS CLAUSULAS CONTRARIAS A LAS BUENAS COSTUMBRES.

114. El art. 1,387, después de haber asentado el principio de que los esposos pueden hacer sus convenciones matrimoniales como lo juzguen á propósito, agrega: "siempre que no estén contrarias á las buenas costumbres." Esta restricción no es peculiar á los contratos de matrimonio, es una regla general que la ley formula en varias ocasiones. El art. 6 dice que los particulares no pueden derogar por sus convenciones á las leyes que interesan á las buenas costumbres; el art. 900 reputa no escritas las condiciones contrarias á las buenas costumbres; según los términos del artículo 1,131, la obligación acerca de una cosa ilícita no puede tener ningún efecto, y según el art. 1,193, la causa es ilícita cuando es contraria á las buenas costumbres. El art. 1,172 dice que en las obligaciones convencionales, toda condición de una cosa contraria á las buenas costumbres es nula y hace nula la convención que de ella depende. ¿Qué se entiende por una condición ó cláusula contraria á las buenas costumbres? Transladamos á lo que fué dicho en el título *De las Donaciones* acerca del art. 900 (t. XI, pág. 720, núms. 491 y 492).

115. Hé aquí un ejemplo tomado de la jurisprudencia. Las convenciones matrimoniales tienen esencialmente por objeto

reglamentar los derechos é intereses de los esposos. Cuando los parientes intervienen en ellas, es para hacer liberalidades á sus hijos. Se ha presentado un contrato de matrimonio en el que todas las estipulaciones estaban hechas en favor de la madre y del padre de la futura. En consideración del matrimonio, la futura, aun menor, renuncia á pedir una cuenta de tutela y abandona á su madre sus muebles así como una herencia que le pertenece; además, se impone otros varios cargos. Por su lado, el futuro contrae la obligación de llevar cada año la leña para sus suegros y pagarles anualmente, durante su vida, 12 cargas de trigo y 200 francos en dinero. Es evidente, dice la Corte de Bourges, que estas diferentes obligaciones, impuestas por los padres de la futura, han sido una de las condiciones del matrimonio; esto es decir que el consentimiento de la madre y del padrastro había sido comprado por los futuros; para decir mejor, los padres le habían puesto precio; condición profundamente inmoral y que viciaba el contrato en su esencia. En vano se objetaba que estas diversas estipulaciones constituían una pensión alimentaria; la sentencia contesta que nada prueba que los padres tuviesen necesidad de una pensión; el contrato nada decía de alimentos, considera más bien las obligaciones impuestas á los futuros como un crédito; así, los padres habían cedido el beneficio de antemano á un tercero durante varios años. Las convenciones fueron declaradas nulas. (1)

116. Las disposiciones directamente contrarias á las buenas costumbres son raras en los contratos de matrimonio, como en todo contrato. No es porque falte la inmoralidad, sino porque no se hace alarde de ella en una acta auténtica. Algunas liberalidades se hacen ordinariamente á los futuros esposos, ó por un esposo al otro. Si se les agrega una condición ilícita, debe aplicarse el art. 900: la condición será

1 Bourges, 29 de Enero de 1833 (Daloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 89).

reputada no escrita y la donación válida; con mayor razón no queda viciado por ella el contrato de matrimonio; mientras que si la condición es lícita y no está cumplida, la donación puede ser revocada. Importa, pues, mucho saber si la condición es ó nó contraria á las buenas costumbres. La cuestión ha sido vivamente discutida para la condición de no volverse á casar. La hemos examinado en otro lugar (tomo XI, pág. 731, núm. 501). (1) En materia de convenciones matrimoniales, se ha propuesto una distinción que se admite en teoría, bien que sea muy difícil aplicarla. Si la condición tiene por objeto esencial imponer la viudedad é impedir un segundo matrimonio, ataca á la libertad y, por lo tanto, es ilícita. Pero también puede tener un objeto lícito; tal es el deseo de vigilar á los intereses de los hijos del primer matrimonio, siempre comprometidos por un segundo matrimonio; tal sería también el deseo de proveer á las necesidades del esposo donatario durante su viudedad, necesidad que cesa cuando se vuelve á casar. Este último caso se ha presentado ante la Corte de Bruselas. El contrato de matrimonio decía: "En consideración de la amistad que el futuro esposo tiene á su futura esposa, en el caso de supervivencia de ésta, le hace donativo del usufructo durante su viudedad solamente, de varios inmuebles especificados en el contrato." La Corte sentenció que esta estipulación nada tenía de contrario á las buenas costumbres, pero sin motivar de otra manera su decisión; (2) podía, en efecto, no considerarla como una donación, sino como una liberalidad á plazo, teniendo por objeto asegurar á la viuda las necesidades de la vida, ó la holganza de que había disfrutado durante el matrimonio, por todo el tiempo que permaneciese viuda, sin impedirle por esto de casarse; solo en caso de convalar, ce-

1 Compárese en diverso sentido, Delvincourt, Vazelle, Pezzani, Durantón, Poujol, Rodière y Pont (Rodière, t. I, pág. 35, núm. 52) y Marcadé, t. V, pág. 404, núm. 2 del art. 1,387.

2 Bruselas, 1.º de Agosto de 1855 (*Pasicrisia*, 1856, 2, 25).

sando las necesidades, los efectos de la liberalidad también cesaban. La distinción es muy delicada pero muy jurídica.

## § II.—DE LAS CLAUSULAS CONTRARIAS AL ORDEN PUBLICO.

117. Cuando la ley prohíbe las convenciones ó condiciones contrarias á las *buenas costumbres*, agrega ordinariamente, las que son contrarias al *orden público* (arts. 6 y 1,133). El art. 1,387 no mencionaba el orden público; después de haber prohibido las convenciones contrarias á las buenas costumbres, agrega: "y además, bajo las modificaciones que siguen." Esto es desde luego el art. 1,388 que contiene aplicaciones del principio según el cual las disposiciones contrarias al orden público son nulas. Hemos dicho, al explicar el art. 6, que el orden público en materia de derecho privado consiste en el estado de las personas y en la capacidad ó incapacidad que de ellas resultan (t. I, núms. 47-49). El artículo 1,388 consagra implícitamente este principio prohibiendo á los esposos derogar á los derechos que resultan del poder marital, del poder paterno y de la tutela; explica por medio de ejemplos lo que la ley entiende ordinariamente por esta expresión un tanto vaga de *orden público*. La Exposición de los motivos formula el principio en términos más generales diciendo que los esposos no pueden hacer convenciones contrarias á las buenas costumbres y al *orden público*. (1)

118. El art. 1,388 dice que los esposos no pueden derogar á los derechos que resultan del poder marital en la persona de su mujer. La jurisprudencia no ofrece ejemplo de un contrato de matrimonio que haya derogado al poder marital; los ejemplos que dan los autores son de tal evidencia, íbamos á decir de tal sencillez, que no vale la pena relatarlos. (2).

1 Berlier, *Exposición de los motivos*, núm. 4 (Loché, t. VI, pág. 389).

2 Durantón, t. XIV, pág. 22, núm. 25. Aubry y Rau, t. V, pág. 265, párrafo 504.

La ley solo habla del poder del marido sobre la persona de la mujer. Resulta del poder marital una consecuencia muy importante respecto á los bienes, es la incapacidad de la mujer casada. El mismo capítulo que trata de los derechos y de los deberes de los esposos, establece el principio de que la mujer no puede hacer ninguna acta jurídica sin la autorización de su marido ó de la justicia (arts. 215-218). La incapacidad de la mujer casada, siendo una consecuencia de la sumisión que debe á su marido, es por esto mismo de orden público; no está, pues, permitido á los esposos derogar á ello. Pothier dice que las convenciones que tienden á substraer á la mujer al poder que las costumbres conceden al marido sobre ella, están consideradas en nuestras costumbres, como siendo contrarias á la consideración pública, y, en consecuencia, nulas. Es por esta razón, dice, por lo que la jurisprudencia ha declarado nulas las autorizaciones generales en los contratos de matrimonio; es decir, las cláusulas por las que se dice que el marido autoriza á su mujer, no solo á administrar, sino también para enajenar como guste sus heredades, con cualquier título que sea, sin que tenga necesidad de ocurrir para esto á la autorización particular. Las sentencias han proscripto á estas cláusulas de autorización general, como tendiendo á hacer á la mujer independiente del marido, y substraerla enteramente á su poder. (1)

El Código ha consagrado estos principios. Según los términos del art. 223, "toda autorización general, aun estipulada por contrato de matrimonio, solo es válida en cuanto á la administración de los bienes de la mujer." El art. 1,538 completa esta prohibición, disponiendo que "toda autorización general para enajenar los inmuebles dados á la mujer, ya sea por contrato de matrimonio, ya después, es nula." En el capítulo del régimen dotal, la ley reproduce la prohibición derogando en este punto al derecho romano: la mujer

1 Pothier, *Introducción al Tratado de la comunidad*, núm. 5.

dotal tiene la administración de sus bienes parafernales, pero no puede enajenarlos sin la autorización de su marido. Las autorizaciones especiales son válidas; esto es el derecho común.

El Código no prohíbe las autorizaciones generales sino en lo que concierne á las enajenaciones. ¿Debe concluirse de esto que el contrato de matrimonio pudiera autorizar á la mujer para hacer actas jurídicas para las que la ley la declara incapaz? Nó, seguramente. La incapacidad de la mujer tiene el mismo carácter, cualquiera que sea el acta, siempre es de orden público; no puede, pues, derogar á ella para ninguna acta, mediante autorización general. El caso se ha presentado para la autorización general para litigar. Ha sido sentenciado que esta autorización era válida para el pleito en el que la mujer estaba comprometida en el momento en que el marido la autorizaba en términos generales. Esto era admisible de hecho, porque el marido había concurrido con su mujer en varias actas del procedimiento. (1) Pero en derecho, la Corte de Casación hubiera debido declarar nula la autorización general, aunque solo fuera por honor á los principios. Aunque la ley admite que la autorización del marido puede ser general, como para la mujer comerciante, agrega que la mujer, aun mercader público, no puede actuar en juicio sin autorización de su marido. (arts. 220 y 215).

119. Se encontró en un contrato de matrimonio una singular estipulación acerca de la separación de cuerpos; se decía que si los esposos fueren separados de cuerpos, los productos continuarían comunes. Bajo el punto de vista moral, es extraño que se prevea la posibilidad de una separación de cuerpos en el momento de casarse, pues la separación solo puede ser pronunciada por adulterio, sevicias,

1 Casación, 22 de Mayo de 1815 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, número 854).

delitos ó injurias graves. Bajo el punto de vista jurídico, es también extraño que haya comunidad de productos entre esposos separados de cuerpos. La comunidad de bienes es una consecuencia de la comunidad de vida y de afecto; por eso es que el art. 311 dispone que la separación de cuerpos arrastrará *siempre* la separación de bienes. Esto es de orden público; luego los esposos no lo pueden derogar. Es verdad que el art. 1,388 no prevee este caso; pero esta disposición solo es la aplicación de un principio más general que prohíbe toda convención contraria al orden público (núm. 117); y la separación de cuerpo es de orden público, tanto como el matrimonio. La Corte de Bruselas lo sentenció así, pero sin dar el verdadero motivo de su decisión. (1)

120. El art. 1,388 dice que los esposos no pueden derogar á los derechos resultando del poder *marital* acerca de la persona de los *hijos*. No es exacto decir que el poder *marital* dé un derecho en los hijos, pues según el Código Civil, el poder *paterno* pertenece á igual título al *padre* y á la *madre*, solo que el padre ejerce solo esta autoridad durante el matrimonio (art. 372 y 373). Por lo demás, el poder *paterno* es de orden público, tanto como el poder *marital*, puesto que concierne al estado y la capacidad de las personas; está, pues, prohibido á los esposos derogar á ello.

La aplicación del art. 1,388 da lugar á una cuestión muy importante bajo el punto de vista de los principios. Es de uso bastante frecuente que los esposos que tienen diferentes religiones, convengan que sus hijos varones tendrán la religión del padre, y la hembra la de la madre; en los países católicos, se impone á los esposos educar á sus hijos en la religión católica cuando uno de los esposos es católico. Se pregunta cuál es el valor de estas convenciones, suponiéndolas escritas en el contrato de matrimonio. Los autores están

1 Bruselas, 28 de Marzo de 1810 (Daloz, en la palabra *Poder paterno*, número 58, 1.º)

acordes en enseñar que solo tienen un valor moral; el padre es quien, durante el matrimonio, tiene el poder *paterno* y éste no es otra cosa sino el derecho, ó para mejor decir, el deber de educación. Esto decide la cuestión. Teniendo el padre el derecho y el deber de educación, á él solo pertenece dirigir la educación religiosa del hijo. Si tiene convicciones religiosas, y debe tenerlas, su deber es educar á sus hijos en las convicciones que para él son la verdad. No se concibe que intervengan convenciones acerca de un deber de conciencia, acerca del cargo de almas que Dios impone á aquellos á quienes da hijos; lo que es de orden público y de orden moral, es extraño á las convenciones que solo tienen por objeto intereses pecuniarios. (1)

Existen, sin embargo, disentimientos y restricciones. Rodière y Pont dicen que el derecho de educación pertenece con igual título al padre y á la madre; en efecto, el artículo 203 dice que los esposos contraen juntos, por el solo hecho del matrimonio, la obligación de educar á sus hijos. De esto se concluye que si los padres no están de acuerdo, el debate debe llevarse ante los tribunales. (2) Se olvida que el derecho de educación hace parte del poder *paterno* y que este poder, si pertenece al padre y á la madre, el primero es solo quien lo ejerce. El Código prevee un caso en el que el padre y la madre están en desacuerdo; el padre consiente al matrimonio de su hijo menor, la madre niega su consentimiento: ¿Se ha llamado al juez á decidir esta cuestión? El art. 148 responde que el consentimiento del padre basta. Esta es la aplicación del principio sentado por el art. 373, que confiere al padre solo el ejercicio del poder *paterno* durante el matrimonio. Esto se funda también en la razón. Si debe

1 Duranton, t. XIV, pág. 22, núm. 24. Aubry y Rau, t. V, pág. 266 y nota 2. Troplong, t. I, pág. 72, núm. 61. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 4, número 5 bis II.

2 Rodière y Pont, t. I, pág. 38, núm. 57.

intervenir el Tribunal con tanta frecuencia como el padre y la madre están en desacuerdo acerca de una cuestión de educación, deberá el juez decidir que el hijo estudiará el derecho en lugar de estudiar medicina, y que la hija se hará monja en lugar de casarse. Puede decirse que esto es absurdo, pues es encargar al juez una misión que es incapaz de cumplir y no tiene calidad más que para decidir si los hijos deben profesar la religión católica ó la protestante.

Marcadé está de acuerdo, pero hace una reserva. El padre puede abusar de su poder; puede querer educar á sus hijos en el mahometismo ó en la doctrina de algún soñador como Fourier: No hay duda, dice Marcadé, que en este caso, los tribunales pueden y deben quitar al padre la dirección de la educación de su hijo. (1) Preguntamos en dónde se dice que los tribunales tienen el derecho de quitar al padre su poder de educación. Hemos discutido este punto en otro lugar (t. III, núm. 43). El extraño poder que Marcadé reconoce á los tribunales viene en apoyo de nuestra opinión. El mahometismo no es más del gusto nuestro que lo es el fourierismo, pero no se trata de una cuestión de gusto, se trata de una cuestión de derecho; todas las creencias religiosas están en una misma línea. Creemos inútil insistir.

121. El poder paterno produce efectos considerables en cuanto á los bienes de los hijos: el padre tiene la administración y gozo de ellos. Se pregunta si el contrato de matrimonio puede derogar á este derecho. Hemos enseñado repetidas veces que la administración legal es de orden público, mientras que el usufructo legal es una ventaja pecuniaria que, como todo derecho pecuniario, puede ser objeto de convenciones. (2) Todos los autores son de opinión contraria. Aubry y Rau, quienes en sus primeras ediciones profesaban nuestra opinión en cuanto al usufructo legal, la han

1 Marcadé, t. V, pág. 407, núm. 5 del artículo 1,389.

2 Véase el tomo IV de mis *Principios*, pág. 458, núms. 297 y 298; pág. 493, núm. 323; pág. 499, núm. 327; t. XI, pág. 662, núm. 448.

abandonado en la cuarta edición. (1) ¿Debe seguirse su ejemplo y adoptar la doctrina dominante? Si las razones dadas por los editores de Zachariæ nos hubieran convencido, no tendríamos ningún escrúpulo en retractarnos de nuestro error. Pero nuestra convicción queda igual; debemos, pues, mantenerla, aunque fuésemos los únicos en este parecer. Nuestra labor es establecer los principios, sin importarnos el que nos sigan ó no; si profesamos la verdad, ésta triunfará, si es un error, lo condenamos de antemano.

Se nos oponen autoridades muy especiales acerca de las convenciones matrimoniales. En la discusión que tuvo lugar en el consejo de Estado acerca del art. 1,388, Treilhard y Berlier se pronunciaron por la opinión que combatimos. Treilhard dice que el art. 1,388 no habla del poder paterno sino para prohibir las estipulaciones que tasan al padre este poder en la persona de sus hijos y en el usufructo de sus bienes. Berlier se expresa en el mismo sentido: «El gozo de los frutos del hijo ligado al derecho de guardia, no es materia de convención entre los esposos, es el orden establecido por la ley en las familias; nada habrá fijo si se puede derogarlo.» (2) El solo testimonio de Treilhard pareció tan decisivo á Troplong que ni siquiera se toma la molestia de discutir la opinión contraria. ¿Se diría que Treilhard es infalible! ¿Cuál es el objeto de la discusión? ¿Es el de decidir si se puede ó no derogar al usufructo legal? De ninguna manera; se discutía el sentido de esta expresión en el art. 1,388, que los esposos no pueden derogar á los derechos del marido *como jefe*. La expresión es vaga y el debate lo es todavía más; es de tal manera confuso que después de leído el proceso verbal, no se sabe lo que quiso decir el consejo. Después de todo, palabras incidentemente cambiadas en la deliberación de un cuerpo que solo preparaba la ley, no tienen nin-

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 265, nota 1, pfo. 504.

2 Sesión del consejo de Estado, del 6 vendimiario, año XII, núm. 8 (Loché, t. VI, págs. 346 y 347).

guna autoridad. Quedan los principios según los cuales la cuestión debe ser decidida. Los hemos expuesto en otro lugar y hemos dicho que contestábamos de antemano á los argumentos que decidieron á los editores de Zachariæ.

122. El art. 1,388 prohíbe también á los esposos "derogar á los derechos conferidos al esposo supérstite por el título *Del Poder Paterno* y por el título *De la Menor Edad, De la Tutela* y *De la Emancipación*." Cuando los padres mueren se abre la tutela; ésta pertenece al supérstite, á reserva de que el marido al morir nombre un consejo á la madre tutora. Los padres no pueden derogar á la tutela, porque es de orden público. Acerca de este punto citaremos una observación hecha en el consejo de Estado por el cónsul Cambacérès, ésta dará una idea de las cosas que ahí menudeaban frecuentemente y que se quisieran transformar en ley. Cambacérès criticaba el art. 1,388: no hay motivo, según él, para prohibir la estipulación por la que unos padres prudentes, temiendo que la mujer joven aún, no pueda llevar la carga de la tutela, convinieran que en caso de muerte del marido, no se volvería tutora sino cuando cumpliera veinticinco años. Berlier, espíritu más jurídico que el cónsul, le contestó que el marido tenía el derecho de nombrar un consejo á su mujer y que, si no se lo daba, la mujer tiene el derecho de ser tutora, derecho que una convención no le puede quitar, pues es un deber que la naturaleza y la ley le imponen. (1)

§ III.—DE LAS CLAUSULAS CONTRARIAS A LOS DERECHOS DEL MARIDO COMO JEFE.

123. "Las esposas no pueden derogar á los derechos del marido como jefe (art. 1,388)." Esta disposición es oscura: ¿de qué derechos se trata? Se ha creído que la ley hablaba de los derechos que el marido tiene como tal; es decir, co-

1 Sesión del consejo de Estado del 6 vendimiario, año XII, núm. 8 (Loché, t. VI, págs. 345 y 347).

mo ejerciendo el poder marital en la persona de su mujer. Esta interpretación es inadmisibile, puesto que haría decir á la ley dos veces la misma cosa. En efecto, el principio del artículo prohíbe derogar á los derechos resultando del poder marital en la persona de la mujer; cuando la ley habla inmediatamente después de los derechos del marido como jefe, debe entender otros derechos que aquellos de que acaba de tratar; y no hay otros sino aquellos que pertenecen al marido sobre los bienes. (1) Debemos, pues, ver qué derechos tiene el marido en los bienes á título de jefe.

124. Esta disposición del art. 1,388 parece haber sido tomada de Pothier. Se lee en su *Introducción al Tratado de la comunidad*: "Si se ha dicho en el contrato de matrimonio que la mujer sería jefe de la comunidad de bienes que tendría lugar entre los esposos, una convención así no sería válida, siendo contraria al respeto público que el hombre que Dios hizo para ser el jefe de la mujer, *vir est caput mulieris*, no fuera el jefe de la comunidad de bienes." (2) Se ve que Pothier aplica á la comunidad de bienes á la vez que da motivos que se aplican á cualquier régimen, pues bajo cualquier régimen el marido es el jefe de la mujer. Así, los términos del art. 1,388 son generales y se encuentran bajo la rúbrica *De las Disposiciones generales* aplicables á todos los regímenes. Sin embargo, el principio que la ley establece, interesa sobre todo á la comunidad, la que es una sociedad de bienes entre los esposos, mientras que bajo los demás regímenes los esposos están separados de bienes. En una sociedad importa saber si los derechos de los asociados son iguales como lo quiere el derecho común, ó si uno de los socios, el marido, es el jefe. El art. 1,388 decide implícitamente que el marido es el jefe de la asociación conyugal en cuanto á los bienes, lo que es muy lógico, puesto que es

1 Marcadé, t. V, pág. 408, núm. 5 del artículo 1,388.

2 Pothier, *Introducción*, núm. 4.