

da de separación? Nó, según la opinión unánime de los autores (1) y según la jurisprudencia. (2) Es verdad que la mujer falta á su deber rehusando habitar con su marido; ante la Corte de Bruselas se le ha opuesto esta violación de una obligación legal como un motivo de denegada resultante de la naturaleza de los contratos sinalagmáticos. Aquella de las partes que falta á sus compromisos no puede pedir la resolución de la convención; se le opondría la excepción *non adimpleti contractus*. ¿No puede decirse otro tanto de la mujer que viene á pedir la disolución de la sociedad conyugal cuando ella misma la rompió de hecho? La Corte contesta que el argumento confunde las dos sociedades que existen entre los esposos: el deber de cohabitación concierne la sociedad de personas y nada tiene de común con la sociedad de bienes. Cuando se trata de la sociedad de bienes, no se le puede reprochar á la mujer el haber faltado á una obligación, puesto que no tiene más obligaciones que derechos durante la comunidad. Si abandona el domicilio conyugal falta á sus deberes de mujer casada, lo que puede motivar contra ella una demanda de divorcio ó de separación de cuerpos, pero no viola una obligación de mujer común en bienes. Todos los derechos pertenecen al marido y sólo él tiene obligaciones. Por esto es que el marido no puede pedir la separación de bienes, pero se puede pedir contra él. (3) Con más razón el marido no puede reprochar á la mujer el haber abandonado el domicilio conyugal cuando la mala conducta del marido ó las faltas que ha cometido han obligado á la mujer á huir del domicilio, en el que no encontraba ya seguridad ni honor. (4) Que si la mujer desertó

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 394, nota 19, pfo. 516. Rodière y Pont, t. II, págs. 609, núm. 214.

2 Véanse las sentencias en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1667.

3 Bruselas, 12 de Diciembre de 1822 (*Pasicrisia*, 1822, pág. 301).

4 Véanse las sentencias relatadas en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1677.

del domicilio del conyugal sin que haya culpa que achacar al marido, éste tiene acción contra ella, pero esta acción nada tiene de común con la separación de bienes que la mujer demanda; no se le puede, pues, oponer una excepción de denegada.

238. También se ha opuesto como excepción de denegada, á la mujer, los hurtos que hubiese hecho y que hubiesen traído la ruina de la comunidad. El hecho debe ser bastante frecuente, á juzgar por las numerosas sentencias que han ido desechando esta excepción; en apariencia es la que mejor está fundada, puesto que tiende á probar que la mujer es la primera causa del desorden de la comunidad, del que se queja: ¿puede uno invocar su propio delito para fundar una acción? Se contesta que la mujer no funda su demanda de separación en el delito de hurto, lo funda en el art. 1,443. Al marido toca vigilar que la comunidad no sea malgastada ni despojada. Se ve que la respuesta es siempre la misma; el marido es señor y dueño, debe soportar las consecuencias de su absoluta autoridad. (1)

§ III.—DEL PROCEDIMIENTO.

239. El procedimiento es extraño á nuestro trabajo; sin embargo, hay excepciones. Hemos tenido que tratar del procedimiento en materia de divorcio y de separación de cuerpos, á causa de la liga que existe entre el procedimiento y el derecho. Lo mismo pasa con la separación de bienes; vamos á decir los motivos de las reglas especiales que la ley establece en esta materia; las consecuencias que resultan de su inobservancia son graves: es la nulidad. Sería, pues, dar una idea incompleta de la materia el limitarse á los principios del puro derecho civil; no entraremos en discusión de las

1 Bruselas, 5 de Mayo de 1824 (*Pasicrisia*, 1824, pág. 111) y las sentencias relatadas en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, números 1678-1681. Rodière y Pont, t. III, pág. 609, núm. 2112.

cuestiones de procedimiento, pero debemos cuando menos exponer la doctrina admitida por los autores y consagrada por la jurisprudencia.

240. La mujer en materia civil nunca puede actuar en juicio sin la autorización de su marido (art. 215). Pero cuando se trata de promover la separación de bienes contra el marido, se concibe que la ley no exige la autorización marital; ni siquiera exige la autorización de justicia propiamente dicha, es decir, la del tribunal. Según el art. 865 del Código de Procedimientos, «ninguna demanda de separación de bienes podrá ser formada sin la previa autorización que el presidente del tribunal deberá dar á la solicitud que se le presentará con este objeto. El Presidente podrá, sin embargo, hacer las observaciones que le parezcan convenientes antes de dar la autorización.» Así el presidente reemplaza al tribunal, y su autorización reemplaza la del marido, la ley agrega que la autorización puede ser negada. ¿Por qué debe concederse á la mujer que la pide? Porque la mujer ejerce un derecho, y un derecho que es de la esencia de la comunidad; desde luego era necesario permitirle promover y, por consiguiente, era inútil dirigirse al marido ó al tribunal. Si el presidente interviene, es en primer lugar para cubrir la incapacidad de la mujer, y después está llamado á hacer observaciones, dice el art. 865. Una demanda de separación que no estuviera fundada provocaría la desunión en la familia. El presidente debe, pues, inquirir los motivos por los cuales la mujer pide la separación, y darle con este motivo los consejos que la prudencia ordena. (1)

Se ha pretendido que además de la autorización del presidente, que el art. 865 exige como medida *previa*, la mujer debe obtener la autorización *definitiva* de su marido. La jurisprudencia ha rechazado esta interpretación tan contra-

1 Rodière y Pont, t. III, pág. 616, núms. 2122 y 2123. Lyon, 22 de Marzo de 1836 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1719).

ria al texto como al espíritu de la ley. Si la autorización del marido fuere requerida, la ley no hubiera hecho intervenir al presidente para autorizar á la mujer; y si la ley quiere en principio que la mujer esté autorizada, es que el marido puede rehusar la autorización; cuando está obligada á darla es inútil pedirla. Sólo se trata de una formalidad, y es más conveniente que el presidente la llene más bien que el marido. (1)

La autorización requerida para cubrir la incapacidad de la mujer es generalmente especial; sólo habilita á la mujer para el acto por el que se la concede. No pasa lo mismo con la autorización que da el presidente para promover la separación. La Corte de Casación ha sentenciado que esta autorización habilita á la mujer para promover en todos los grados de jurisdicción; aun hay más: la Corte de Bruselas decidió que la mujer podía, en virtud de la autorización del presidente, promover la instancia de liquidación de sus derechos, siendo esta instancia una consecuencia necesaria de la demanda de separación. (2) La razón jurídica es que la autorización sólo es de forma, no puede ser negada; por consiguiente, es inútil renovarla.

241. No sólo es la introducción de la demanda de separación la que está sometida á reglas especiales. Todo el procedimiento está gobernado por reglas particulares. La razón es que la experiencia de todos los tiempos prueba que las separaciones de bienes tienen á menudo por objeto defraudar á los acreedores quitándoles la prenda que tienen en la dote de la mujer. La ley debía vigilar que la separación fuera seria y dar á los acreedores el medio de combatirla si tuviera por objeto el defraudarlos. Los testimonios abundan desgraciadamente cuando se trata de fraude; y, co-

1 Denegada, Sala Civil, 15 de Julio de 1867 (Dalloz, 1867, 1, 321). Gante, 26 de Diciembre de 1834 (*Pasicrisia*, 1834, 2, 286).

2 Sentencia citada (nota 2) y Bruselas, 27 de Marzo de 1858 (*Pasicrisia*, 1859, 2, 242).

sa notable, estas quejas son sobre todo frecuentes en lo que se llama el *buen antaño*. «Se sabe, dice Poullain du Parc, que *casi todas las separaciones de bienes son colusorias*, entre el marido y la mujer, en contra de los acreedores.» «Las separaciones, dice Bourjón, siendo *casi siempre* espantajos de que se sirven los deudores injustos para apartar á sus acreedores y poner sus muebles á cubierto de las promociones de éstos últimos, son consideradas como poco favorables.» (1) Berlier hace notar el abuso en la reposición de los motivos; al hablar de la separación de bienes dice: «Esta palabra no podía pronunciarse sin recordar los fraudes que se practican demasiado frecuentemente á propósito de separaciones; pero no era posible desechar todas las separaciones de bienes porque las ha habido fraudulentas: ¿de cuál institución no se abusó?» Es seguro que el abuso se ha hecho más raro, precisamente porque la ley ha multiplicado las garantías en favor de los acreedores. Estos reclaman á menudo porque sus intereses se encuentran lesionados por cualquiera separación aunque hecha de buena fe; pero es raro que la justicia los oiga. ¿No es esto una prueba de que se gana en moralidad y que es una extraña ilusión pensar que antaño eran mejores los hombres?

Núm. 1. La demanda.

242. La demanda de separación debe hacerse pública. Cuando la ley prescribe la publicidad, esto es siempre por interés de los terceros; éstos están muy interesados en la publicidad de la demanda de separación de bienes. La ley da á los acreedores del marido el derecho de intervenir en la instancia para contestar la demanda de la mujer (artículo 1,447). Es, pues, necesario que sepan que el proceso está incoado. Aquellos mismos que no son acreedores, pero que quisieran tratar con el marido, tienen interés en saber que una

1 Toullier, t. VII, 1.º pág. 67, núm. 75.

acción por separación está formada contra él, pues si la separación se pronuncia tiene efecto desde el día de la demanda (art. 1,445). A consecuencia de esta retroacción, la mujer puede atacar los actos de su marido posteriores á la introducción de la demanda; los terceros deben estar prevenidos con el fin de poder resguardar sus intereses. Por esto es que la ley quiere que la demanda se publique por vía de los periódicos; esta es la publicidad predilecta de los tiempos modernos, es mucho más eficaz que la que se hace por *avisos* pegados en los auditorios de los tribunales.

243. ¿Cuáles son las formas prescriptas para la publicidad? Traducimos acerca de este punto á los artículos 866-868 del Código de Procedimientos. El art. 869 agrega: «Salvo para los actos conservatorios, no podrá pronunciarse ninguna sentencia sino un mes después de la observancia de las formalidades arriba prescriptas.» Es necesario un tiempo moral para que los acreedores advertidos por la publicidad de la demanda recojan los informes que les permitan apreciar si la demanda es seria ó si está hecha en fraude de sus derechos. Si la demanda pudiera ser sentenciada inmediatamente, se favorecería el fraude; el tribunal decidiría sin estar ilustrado por la oposición de los acreedores. Es verdad que la ley permite á los acreedores atacar la separación pronunciada en fraude de sus derechos, aunque no hubiesen intervenido en la instancia, pero es mejor prever una separación fraudulenta que verse obligado á anularla. (1)

El art. 869 sanciona la observancia de estas formalidades por la pena de nulidad, la cual puede ser opuesta por el marido ó por los acreedores. Cuando el interés de los terceros está en causa, la ley pronuncia ordinariamente la nulidad, porque el interés de los terceros es el interés público. Volvemos á este punto más adelante.

244. Pothier dice que el juez no debe pronunciar la sepa-

1 Toullier, t. VII, 1.º pág. 46, núm. 49. Rodière y Pont, t. III, núm. 2131.

ración sino después que la mujer haya probado los hechos que sirven de fundamento á su demanda. Esto es el derecho común y es también el derecho común el que determina la naturaleza de las pruebas. Hay, sin embargo, una excepción. Cuando en materia civil el demandado reconoce la legitimidad de la demanda, el demandado obtiene el ganancia, puesto que la confesión judicial hace fe plena contra quien la hizo (art. 1,356). ¿Será suficiente la confesión del marido para admitir la separación? Nó. Aunque, dice Pothier, el marido hubiese confesado los hechos que sirven de fundamento á la demanda de la mujer, el juez no por eso debe dejar de exigir que la mujer ministre la prueba. Esto es una consecuencia que prohíbe las separaciones voluntarias. No pudiendo hacerse las separaciones por consentimiento de las partes, es necesario, para evitar la colusión entre el marido y la mujer, que los hechos estén justificados por la mujer independientemente de la confesión del marido. La opinión de Pothier está consagrada por el Código de Procedimientos (art. 870). (1)

Núm. 2. De la sentencia.

245. «Toda separación de bienes debe hacerse pública antes de su ejecución» (art. 1,445). ¿Por qué prescribe la ley la publicidad de la sentencia que pronuncia la separación? Pothier da de esto una razón que es decisiva. La separación de bienes trae un cambio considerable en el estado de la mujer; ésta vuelve á tomar la *libre* administración de sus bienes muebles; es decir, que está libertada del poder marital para todo cuanto se refiere á la administración de sus bienes; puede disponer de ellos, puede obligarse sin autorización del marido ó de la justicia. Vuelve, además, al goce de sus bienes y, por consiguiente, el marido no lo tie-

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 515. Aubry y Rau, t. V, pág. 394, nota 21, pfo. 516.

ne ya. Los terceros que tratan con el marido ó la mujer tienen grande interés en conocer los cambios que la separación produce en los derechos del marido y en el estado de la mujer. Además, los acreedores del marido tienen el derecho de atacar la separación que se hubiese hecho en fraude de sus derechos. La publicidad de la sentencia que pronuncia la separación los advierte de todo esto. En fin, los acreedores pueden atacar la ejecución de la sentencia si ésta se hace en fraude de sus derechos. Es también un motivo para dar la mayor publicidad á la sentencia, la que los pone en posición de cuidar de sus intereses. (1)

246. El modo de publicidad está determinado por el artículo 1,445, completado por el art. 872 del Código de Procedimientos. Según el Código Civil, la sentencia debe ser fijada en la sala del tribunal de primera instancia y además, si el marido es comerciante, banquero ó industrial, en la sala del tribunal de comercio del lugar de su domicilio. El Código de Procedimientos ordena el anuncio en el tribunal de comercio, aunque el marido no sea comerciante, porque necesariamente tiene que tener relaciones con los comerciantes que tienen interés en saber si es común en bienes ó si la comunidad está disuelta. Además, el Código de Procedimientos exige el anuncio en la sala de abogados y de notarios, porque por la naturaleza de sus funciones están llamados á dar consejos á los que tratan con el marido. Hay, sin embargo, un vacío en el art. 872. La demanda de separación debe ser hecha pública por vía de los periódicos, mientras que la ley no prescribe la inserción de la sentencia de separación en los periódicos. Esto es un olvido del legislador, pues no hay ningún motivo de diferencia entre la sentencia y la demanda. De hecho, la publicación de la sentencia tiene lugar por los periódicos; pero como la ley no la prescribe terminantemente, no se podría pronunciar la

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 517. Demante, t. V, pág. 241, núm. 93.

nulidad por la no observancia de esta formalidad, no pudiendo extenderse la pena de nulidad por analogía. (1)

247. El art. 1,445 pronuncia la nulidad de la ejecución por falta de publicidad de la sentencia. ¿Debe extenderse esta sanción á la inobservancia de las formalidades prescriptas por el art. 872 del Código de Procedimientos? Hay un motivo de duda, es que no se extiende la nulidad. En materia de procedimiento es de principio que ninguna acta puede ser declarada nula si la nulidad no está terminantemente pronunciada por la ley (art. 1,030). Sin embargo, no han prevalecido estas dudas, y con razón. Debe, desde luego, apartarse el art. 1,030 que sólo concierne á las *actas de procedimientos*; no puede calificarse así el anuncio en un tribunal y la inserción en los periódicos. Además, el art. 872 del Código de Procedimientos y el art. 1,445 del Código Civil sólo forman en realidad una sola disposición, teniendo un solo y mismo objeto, la publicidad. No se concibe que uno de los elementos de la publicidad fuera sancionado por la pena de nulidad, mientras que el otro quedaría sin sanción. Quizá estas razones no sean suficientes, pero hay otras que son decisivas. El art. 872 agrega en el final: "todo esto sin perjuicio de las disposiciones citadas por el art. 1,445 del Código Civil." Y el art. 1,445 ordena la publicidad de la sentencia bajo pena de nulidad de la ejecución; esta nulidad alcanza, pues, cualquiera inobservancia de las formas prescriptas por la publicidad, las del art. 1,445 completadas por las del art. 872 que están concebidas en forma irritante y, por consiguiente, implican nulidad. Tal es la jurisprudencia (2) así como la doctrina. (3)

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 241, núm. 93 bis I y II.

2 Véanse, entre otras sentencias, Caen, 15 de Julio de 1828 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1779) y Amiéns, 25 de Diciembre de 1825 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1777). Compárese *Pasicrisia*, 1861, 2, 301, en nota acerca de la requisitoria del Procurador General Donny.

3 Aubry y Rau, t. V, pág. 396 y nota 26. Rodière y Pont, t. III, pág. 625, núm. 2143.

248. La separación de bienes resultante de la separación de cuerpos ¿debe hacerse publicar? Según el Código de Procedimientos, art. 880, un extracto de la sentencia que pronuncia la separación debe ser publicada, *como se dice en el art. 872*. ¿Es esto bajo pena de nulidad? La Corte de Casación pone la separación de bienes resultante de la separación de cuerpos en la misma línea que la separación de bienes promovida por la mujer; y en teoría esta asimilación es perfectamente exacta, cuando menos en lo que toca á la publicidad de la sentencia; hay identidad de razones si se admite que la sentencia retrotrae en ambos casos. Aun sin tener en cuenta la retroacción, el interés de los terceros exige la publicidad (t. III, núm. 339). Pero la cuestión de nulidad presenta una dificultad especial. El art. 880 sólo traslada al art. 872, y el art. 872 traslada al art. 1,445 del Código Civil. ¿Puede concluirse de esto, como lo hace la Suprema Corte, que el art. 1,445 es aplicable á la separación de cuerpos? (1) Esto nos parece dudoso; sin embargo, admitimos la nulidad porque el art. 872 la establece implícitamente, como acabamos de decirlo (núm. 247).

Núm. 3. Ejecución de la sentencia.

249. La sentencia que pronuncia la separación de bienes debe ser ejecutada, bajo pena de nulidad, en el plazo y en las formas prescriptas por el art. 1,444. Esto es también una regla especial á nuestra materia. Según el derecho común, aquel que obtuvo una sentencia está libre para ejecutarla cuando quiere, puede conceder un plazo al demandado; la ley se atiene, á este respecto, al interés de las partes. ¿Por qué sucede de otro modo para la sentencia de separación? Debe ejecutarse en los quince días y de la manera que

1 Denegada, 14 de Marzo de 1837 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1792).