

CAPITULO VII

DE LA LEY QUE DEBE REGULAR LOS DERECHOS Y LOS DEBERES RESPECTIVOS DE LOS CONYUGES Y PL SUS HIJOS

105 Origen de los derechos y de los deberes de los cónyuges —106 Capacidad jurídica de la mujer casada según la ley inglesa —107 Idem según la ley francesa —108 Ley que debe arreglar las relaciones de familia —109 Aplicación de las disposiciones del Código Civil italiano a los cónyuges extranjeros —110 La mujer francesa necesita siempre autorización especial para enajenar —111 Deberes de los padres para con sus hijos —112 Religión en que pueden ser educados éstos —113 Separación personal —114 Disposiciones diversas en materia de separación —115 Ley que debe regir la separación de los cónyuges extranjeros —116 Id., id., las consecuencias jurídicas de la separación

105 Los derechos y los deberes de los conyuges nacen de su union, de la ley y de los convenios celebrados entre ellos. Todas las legislaciones reconocen al marido como el jefe de la familia y le conceden un determinado poder sobre la mujer propia, sin embargo, la organizacion del poder marital y la mayor o menor dependencia a que es ta sometida la mujer en sus relaciones con el marido, varian segun las diversas leyes, y dependen de la diferente idea del poder domestico y de la capacidad juridica de la mujer. Para dar de ello una idea, vamos a citar algunas legislaciones que merecen especial consideracion nos referimos a las legislaciones inglesa y francesa.

106 Segun el *Common Law* vigente en Inglaterra y en la America Septentrional, la personalidad juridica de la mujer es, con raras excepciones, absorbida por la del marido. Ante la ley, el marido y la mujer son una sola persona, el marido tiene una autoridad y un poder exclusivos sobre los actos de la mujer, y ésta, mientras esta ca

sada, se halla bajo la potestad y la tutela del marido, [*under the guardianship and coverture of her husband*] Blackstone [1] observa, con razón que el ser la existencia legal de la mujer estan suspensos durante el matrimonio, o cuando menos incorporados y confundidos con la existencia del marido. Este no puede, por consiguiente, hacer ningun convenio con su mujer como tal, y solo puede disponer en su favor por un acto de última voluntad. La mujer no puede contratar validamente ni realizar ningun otro acto juridico en su nombre propio, no puede comparecer en justicia, ni aun por sus injurias personales, a no ser en nombre de su marido y con su consentimiento. Durante la vida conyugal e independiente de los pactos nupciales, tiene el marido derecho a disponer de toda la propiedad personal y mobiliaria de su mujer, es, ademas, dueño [*francholc'*] de todos los bienes inmuebles, y tiene derecho a conservarlos en provecho suyo si sobrevive y tiene hijos [2].

El Código francés sigue un derecho intermedio entre las legislaciones que privan a la mujer casada de toda capacidad juridica, y aquellas que, como las leyes austriacas y usas, etc., la consideran como conservando completamente dicha capacidad en frente de su consorte. Según el Código de Napoleón, la mujer está sometida al poder del marido, pero este no absorbe su personalidad juridica. Como regla general, la mujer no puede enajenar, hipotecar, dar, adquirir, ni comparecer en justicia sin consentimiento del marido, pero puede, sin autorización, tomar medidas para la conservación y la garantía de sus derechos, puede hacer y revocar un testamento, puede ejercer los derechos de patria potestad sobre los hijos legítimos o naturales que hubiera tenido fuera de este matrimonio. Notemos, ademas, que la necesidad de autorización

(1) Comm 41

(2) *Stoey Conflict of law* § 133, 14—Kent Comm lect 78

cion marital a que la mujer está sujeta, puede cesar en todo ó en parte. En *todo*, si está ejerciera el comercio, en cuyo caso podría, sin previa autorización, vender, comprar, contratar obligaciones, endosar letras de cambio y practicar todo el se de operaciones comerciales. En *parte*, si la mujer estuviese casada bajo el régimen dotal para todos los actos relativos a la administración de sus bienes patrimoniales y para todos aquellos que se la hubiesen reservado en el régimen de la comunidad, y en caso de separación de bienes, ya sea por contrato de matrimonio ó por efecto de una sentencia judicial. Observemos, por último, que si bien el marido puede dar ó negar la autorización, la mujer puede también reclamar contra esta negativa y pedirla y obtenerla del tribunal [1]. No entramos en más detalles porque nos parece suficiente lo dicho para dar a conocer cuan grande es la diferencia entre estas diversas legislaciones.

Segun la ley italiana, los casos en que es necesaria la autorización del marido están textualmente determinados. La mujer no puede, sin esta autorización, dar, enajenar inmuebles, gravarlos con hipotecas, contratar empréstitos, ceder ó recobrar capitales, dar caución, ni transigir. No es necesario, como pretende el Código de Napoleón, que el consentimiento del marido haya sido dado para cada acto especial. La mujer puede estar autorizada por un instrumento público para realizar todos estos actos ó solo algunos de aquellos para que se requiere la autorización marital. En cuanto a los actos judiciales, no puede la mujer casada comparecer en juicio para todas aquellas cosas en que se necesita autorización del marido, sin haber sido autorizada por éste [2].

108 Establecemos, pues, como principio general, que la ley nacional de los conyuges debe arreglar los efectos

[1] Zacarias. Derecho francés § 472

[2] Código Civil italiano art 131

civiles del matrimonio, el ejercicio del poder marital y los derechos y los deberes recíprocos de los conyuges y de los hijos. Sin embargo, todas las leyes destinadas a conservar la moralidad y la disciplina de la familia y a determinar el ejercicio del poder domestico, son aplicables también a los conyuges extranjeros domiciliados o residentes.

109 Para aplicar mejor nuestra teoria, examinemos, por ejemplo, la posicion de dos conyuges extranjerios ante el Código Civil italiano. En nuestro juicio, no hay duda que las disposiciones contenidas en los arts 130, 131, 132 y en el 138 y siguientes, obligan a todos los individuos residentes o domiciliados en Italia, ya sean ciudadanos, ya extranjerios. Estos articulos dicen que el matrimonio impone a los cónyuges la obligacion recíproca de fidelidad, de cohabitación y de asistencia, que el marido es el jefe de la familia, y que esta obligado a tener a su lado a su mujer y a suministrarle lo indispensable para subvenir a las necesidades de la vida en proporción a sus medios, que la mujer debe seguir al marido, que debe contribuir a su mantenimiento, que los cónyuges estan obligados a alimentar y a educar a sus hijos, que los hijos deben suministrar los alimentos a sus ascendientes, etc, etc [1]

(1) Código Civil italiano art 130 El matrimonio impone a los esposos la mutua obligacion de cohabitación de fidelidad y de asistencia.

Art 131 El marido es el jefe de la familia la mujer sigue su condicion civil toma su nombre y está obligada a seguirle a donde quiera que él estime oportuno fijar su residencia.

Art 132 El marido debe proteger a su mujer tenerla cerca de sí y proporcionarle medios de cubrir las necesidades de la vida con arreglo a sus recursos. La mujer debe contribuir al mantenimiento del marido si los recursos de éste son insuficientes.

Art 133 El matrimonio impone a ambos esposos la obligacion de mantener educar e instruir a sus hijos. Esta obligacion incumbe al padre y a la madre en proporción a sus recursos teniendo en cuenta para la contribucion de la madre los frutos de la dote. Si el padre y la madre no tienen medios suficientes incumbe esta obligacion a los demás ascendientes siguiendo el orden de su proximidad.

Art 139 Los hijos están obligados a suministrar los alimentos a sus padres y a los demás ascendientes que los necesitare.

Nuestro legislador no ha querido, con tales disposiciones, sino hacer civil y jurídicamente obligatorios ciertos deberes que se desprenden natural e inmediatamente del lazo mismo de la unión. La observancia de estos deberes interesa la moralidad y la disciplina de las familias. El extranjero no puede, por tanto, considerarse dispensado de conformarse con nuestra legislación, porque debe respetar las leyes de policía y de orden público vigente entre nosotros. Para obligar a su mujer a la cohabitación, puede el marido extranjero dirigirse a nuestros tribunales, y éstos deben emplear todos los medios de coacción permitidos por nuestras leyes, y no puede, bajo ningún pretexto, dispensar del deber de habitar con su mujer a la mujer no separada. Así mismo, los extranjeros residentes en Italia están obligados á dar a aquella los alimentos, cualesquiera que sean las leyes de su patria. Sería ofensivo, no sólo para nuestras leyes, sino también para nuestra civilización y para el sentido moral de nuestro pueblo, que un hijo, perteneciente al país que quiera, pudiera negar los alimentos a sus padres necesitados, o un hermano a su hermana (1)

No puede decirse lo mismo respecto a la aplicación de los arts 134, 135, 136 y 137. Estos artículos determinan la condición jurídica de la mujer casada, y le prohíben realizar en su nombre cualquier acto jurídico, sin autorización de su marido, así como también el comparecer en justicia. «La mujer no puede dar, enajenar inmuebles, gravarlos con hipotecas, contratar empréstitos, ceder o recobrar capitales, dar caución, transigir ni comparecer en juicio relativamente a estos actos, sin autorización de su marido (2)». La autorización marital, que necesita la

(1) En efecto según el Código Civil italiano los hermanos y las hermanas tienen también derecho á los alimentos estrictamente necesarios cuando por una enfermedad corporal ó mental ó por cualquier otra causa que no pueda imputárseles no pueden proporcionárselos por sí mismos (Art 141)

[2] § 1º del art 134

mujer con arreglo a nuestra ley, no sirve sólo para sancionar su deber de obediencia, sino también para garantizar principalmente su patrimonio, que está destinado a subvenir a las necesidades de la familia. Por esto el legislador exige la autorización del marido, que es el jefe de la sociedad conyugal y el guardián de todos los intereses que con esta se relacionan. Nuestros tribunales deberían, por consiguiente, aplicar estas disposiciones a la mujer italiana, no a la extranjera, cuya condición jurídica debiera determinarse según las leyes de su país.

110 Supongamos que una mujer, italiana de nacimiento y casada con un francés, se domicilia en Italia y tiene aquí parte de sus bienes. Aun cuando en el contrato de matrimonio, o por un documento público, estuviese esta mujer autorizada por su marido para un acto cualquiera relativamente a dichos bienes, no podía, sin embargo, enajenarlos sin una autorización de su marido. En efecto, es verdad que nuestra ley dispone que el marido puede, por un documento público, dar a su mujer una autorización general para todos los actos para que se necesita la autorización marital (1), pero esta disposición no es aplicable a los cónyuges franceses. La mujer italiana, al casarse con un francés, se hace francesa su capacidad jurídica, sus relaciones con su marido, y por consiguiente, la necesidad de la autorización, deben ser determinadas con arreglo a la ley francesa. El art. 223 del Código de Napoleón se expresa en estos términos: «Toda autorización general, aun la estipulada por contrato de matrimonio, solo es válida en cuanto a la administración de los bienes de la mujer.» Luego para cada acto y para cada contrato que no puede considerarse como un acto administrativo, se necesita una autorización especial, sin la cual, en la hipótesis propuesta, no puede enajenar la mujer

[1] § 2º del art. 134

111 Con estos principios pueden resolverse todas las cuestiones que surgen relativamente a las obligaciones de los conyuges entre sí y con sus hijos, a las cuales se aplica la ley de su país siempre que no esté en contradicción con los principios de orden público del lugar en que

hallan domiciliados los esposos. Una hija de un austriaco puede, por consiguiente, obligar a su padre a constituirle un dote cuando no tenga bienes propios, con arreglo a las disposiciones del Código austriaco (art 1220), mientras que la hija de un italiano no tendría ninguna acción relativamente a este punto (art 147). La hija de un prusiano tendría una acción contra su padre para obtener una renta [Código prusiano, p II, tit II, art 132], mientras que no podría ejercitarla si fuese francesa [art 204 italiana (art 147)].

112 ¿Que resolveríamos si entre dos conyuges extranjeros residentes en Italia surgiera la cuestión de cual sería la religión en que debían educar a sus hijos? Podría suponerse que en el contrato de matrimonio se haya reservado a la mujer el derecho de educar a sus hijas en su religión, y dejamos a los jurisconsultos el cuidado de discutir si una cláusula semejante produciría un verdadero derecho, o si debería considerarse más bien como una obligación de honor [1]. Supongamos, por el contrario, que semejante derecho se deriva de la ley nacional de los mismos conyuges. Así, por ejemplo, el art 139 del Código austriaco dispone que «en caso de diferencia de religión entre los esposos determinarán las leyes de policía la fe a que deben ser educados los hijos,» las cartas patentes del 13 de Octubre de 1871 establecen que «cuando el marido sea católico serán educados los hijos en esta religión, pero si, por el contrario sólo la madre es católica, las hijas seguirán la religión de la madre, y los hijos la del pa-

(1) Troplong *Matrimonio* num 61

dre » La misma disposición se encuentra en el edicto constitucional relativo a la religión para Baviera

Una extranjera no puede en Italia obligar a un marido a educar a sus hijas en la religión católica. En nuestro país esta ampliamente reconocida la libertad de conciencia, y no puede la autoridad civil intervenir para juzgar las creencias religiosas del marido ni de la mujer. Asimismo, creemos que, si un italiano quisiera residir en Austria y su mujer fuera católica, podría obligarsele a educar a sus hijos en la religión de la madre, porque no podría dejar de observar las leyes de policía vigentes en Austria, si quería morar en este país

113 En circunstancias dadas, pueden los esposos ser dispensados de la obligación de vivir juntos, obteniendo una acta judicial que autorice su separación personal. Esta separación no rompe el lazo del matrimonio, lo que hace únicamente es modificar la manera de vivir de los cónyuges, y mientras que en general deja subsistir todos los efectos jurídicos que se derivan del matrimonio, extingue aquellos que son consecuencia de la vida común. Dos cuestiones se presentan naturalmente respecto de los esposos que residen en territorio extranjero 1ª ¿Con qué ley a que ley debe juzgarse si se puede ó no admitir la separación personal? 2ª ¿Qué ley debe regular los efectos que se derivan de la separación?

Para resolver la primera cuestión, considerando algunos autores que la separación personal trae consigo un cambio de estado, dicen que debe aplicarse la ley del domicilio conyugal, por que la separación se refiere más bien a la persona que a los bienes. Nosotros no aceptamos esta opinión como absoluta, y creemos oportuno hacer algunas distinciones (1)

114 Notemos primeramente que son muy diversas las

[1] Rocco parte 3 cap 20

disposiciones de derecho positivo, en materia de separación. Algunos Estados no reconocen la separación personal y solo permiten el divorcio, esto sucedía en Francia antes del Código de Napoleón, y esto sucede actualmente en Prusia, en donde el Código admite catorce causas de divorcio, pero no habla de la separación. Otras legislaciones, tales como las leyes austriacas y holandesas, permiten la separación y el divorcio, otras, en fin, permiten solo la primera y prohíben el segundo, como la que existe entre nosotros y en Francia desde la ley del 8 de Mayo de 1816. Las causas por que puede pedirse la separación son diferentes en los diversos países. Así, por ejemplo, la ley italiana (art 158) y la ley austriaca (art 103) permiten la separación por mutuo consentimiento con la autorización del tribunal, mientras que el Código francés, que permitía el divorcio por consentimiento mutuo, prohíbe la separación personal fundada en esto [art 307], así como el Código austriaco autoriza la separación por enfermedades contagiosas ó inveteradas [art 109], mientras que entre nosotros no sería esto motivo suficiente.

115 Admitimos como regla general que la separación personal como cambio de Estado, debe ser regulada por la ley nacional de los esposos. Sin embargo, si los hechos en que se apoya la demanda han tenido lugar en el país en que están domiciliados los cónyuges, puede el magistrado local apreciar si éstos interesan las leyes de policía y de orden público, y puede autorizar la separación. Así, por ejemplo, si el marido prusiano, domiciliado con su familia en Italia, quisiera cohabitar con su mujer y con una concubina, o quisiera intimidar a aquella con amenazas, crueldades ó excesos de cualquier género no permitidos por nuestra civilización, el magistrado italiano, que no puede pronunciar el divorcio, podrá autorizar la separación para librar a la mujer de una penosa cohabitación, que ofendería las buenas costumbres y la moral pública. Cual

quiera que sea, pues, la ley nacional de los conyuges, no puede permitirse que en nuestro país sea ultrajada la dignidad de una mujer, por mas que sea extranjera, como tampoco puede permitirse al señor encadenar su esclavo Pero si, por el contrario, dos conyuges italianos tuviesen su residencia o su domicilio en Austria, no podria la mujer pedir al magistrado austriaco una sentencia de separacion por enfermedad inveterada de su marido, segun la disposicion delCodigo austriaco, porque nuestra ley italiana, a la que deben estar sometidos los conyuges, no permite la separacion por semejante motivo, y porque el orden publico no se altera en Austria, porque se obligue a una mujer italiana a vivir con su marido enfermo

116 En cuanto a los efectos de la separacion, han creido muchos que deben regirse por la ley del país en donde se ha efectuado aquella Si la mujer, dice Bouhier, se emancipa del poder marital en virtud de la ley por la cual se ha pronunciado la sentencia de separacion, esta misma debe determinar sus consecuencias juridicas (1) Por el contrario, Poullain-Duparc dice que la ley que declara a la mujer capaz o incapaz de contratar con ó sin autorizacion del marido, no es una ley particular, sino general, que vale para el presente y para el porvenir, y que mientras dure la unión conyugal no puede cambiarse en modo alguno Si la ley que regula los efectos que resultan del lazo conyugal declara a la mujer incapaz, ya este reunida con su marido o separada de él, significa esto que el legislador ha querido pronunciar la incapacidad en cualquier condicion que la mujer se encuentre Esta ley no puede, pues, invalidarse por un cambio de domicilio [2] En esta opinion hacemos nosotros una distinción La mujer separada continua considerandose y siendo realmente casada Si, pues, el matrimonio dura, el

(1) *Coutume de Bourgogne* cap 22 num 16

(2) *Principios de derecho francés* t VIII p 253

poder marital debe conservar todos los atributos en cuanto éstos sean conciliables con la separacion (1) Como aplicacion de nuestro principio, consignamos que si se presentare en Italia una separacion personal de dos conyuges franceses ocasionada por faltas del marido, no podría prevaleirse la mujer del art 135, num 2 de nuestro Código Civil para sustraerse a la autorizacion marital (2) Aquella continuaria, en efecto, siendo casada y francesa, y en cuanto a la capacidad, deberia someterse a la legislacion de su pais que dispone (art 311) que la separacion personal lleva siempre consigo la separacion de los bienes, pero que (art 217) la mujer separada en esta forma necesita siempre estar autorizada (3) Por la misma razon, conservaran los cónyuges el derecho de sucesion que establece la ley de su pais sobre la herencia mutua, y todas las ventajas que pueden derivarse del contrato del matrimonio o de la ley misma En una palabra, todos los efectos juridicos de la separacion personal, ya respecto a los derechos de los conyuges sobre sus bienes, ya respecto de la distribución de estos mismos bienes, segun que esten casados bajo el regimen de la comunidad ó bajo el regimen dotal, deben ser arreglados por la ley de su patria

Solo para ciertos efectos admitimos la aplicacion de la ley del lugar en donde se ha celebrado el juicio Asi, por ejemplo, aunque la separacion personal no altera la patria potestad, ni quita los derechos que confiere a los cónyuges sobre la persona y los bienes del hijo, el tribunal

[1] Demolombe *Del matrimonio* t II n 119

[2] Código Civil italiano art 135 No es necesaria la autorizacion del marido

2º Si la mujer esta legalmente separada por falta cometida por éste

[3] Código Civil francés art 311 La separación corporal llevará siempre consigo la separación de bienes

Art 217 La mujer aunque se halle separada del marido no puede dar enajenar hipotecar ni adquirir á título gratuito ú oneroso sin el concurso del marido ó sin su consentimiento por escrito

que haya autorizado la separacion podra, sin embargo, modificar en interés de los hijos el ejercicio de la patria potestad por ejemplo, en el caso en que la mujer hubiera formulado la acción contra el marido y los hechos enunciados en la demanda de separacion demostraran la necesidad de privar al padre de la custodia de sus hijos. Asimismo, si la ley del lugar en donde se ha pronunciado el fallo castiga el adulterio de la esposa, el Ministerio Publico debe pedir que se condene a la mujer y que sufra su condena hasta que el marido no haga que cesen sus efectos con arreglo a las disposiciones de la ley del país
