

## CAPITULO V

### DE LA LEY QUE DEBE REGULAR EL MATRIMONIO CONTRAIDO EN PAIS EXTRANJERO

78 Importancia del matrimonio y su naturaleza especial —Tres opiniones de los autores acerca de la ley que debe regular el matrimonio contraido en territorio extranjero —80 Critica de la primera opinion —81 Idem de la segunda —82 Nuestra opinion —83 Respuesta a una objecion hecha a nuestra teoria —84 Principio que debe regir en esta materia

78 El matrimonio es uno de los actos mas solemnes de la vida civil, del cual se deriva la mas notable modificacion del estado y que tiene importantes consecuencias juridicas Portalis lo define «la sociedad legitima del hombre y de la mujer que se unen con un lazo indisoluble para perpetuar su especie y para ayudarse y socorrerse mutuamente a fin de soportar el peso de la vida, participando de un comun destino »

No queriendo discutir sobre la naturaleza de esta institucion, nos contentamos con hacer notar que, por mas que ciertas legislaciones, para elevar su caracter, hayan agregado la sancion religiosa a la obligacion civil, y hasta hayan hecho depender del contrato religioso las consecuencias juridicas que de él se despiden, sin embargo, considerando la sociedad conyugal en sus relaciones con el derecho positivo, creemos que se puede demostrar cientificamente que el contrato civil y religioso son perfectamente separables y que puede subsistir el uno sin el otro la ley civil debe hacer abstraccion de las creen

ias de los individuos, por consiguiente, la sociedad de las personas de diferente sexo constituye un matrimonio cuando reúne las condiciones a que la ley ha subordinado su existencia

Lo que si admitimos es que, aunque el matrimonio es un contrato personal y consensual, no puede confundirse con los demás contratos civiles. El interés general de la sociedad, el de las partes contratantes, el de la familia y el de la progentura, exigen que se le considere como un contrato *sui generis*. Cada ley puede, pues, limitar el poder de las partes conforme a los intereses de la sociedad, a los intereses de las mismas partes contratantes, a los de la nueva familia que se forma, y a los que con aquellos pueden tener alguna relacion.

79 Debemos ocuparnos del matrimonio contraído en pais extranjero, considerandole como un *acto del estado civil*. Bajo esta relacion se llama tambien contrato, porque la sociedad conyugal se crea por el consentimiento, pero es muy distinto del *contrato matrimonial propiamente dicho*, del cual se derivan los derechos de los cónyuges acerca de sus bienes, y del que trataremos en lugar oportuno.

En la determinacion de la ley que debe regular el matrimonio y las relaciones de los conyuges entre si y con sus hijos, y todas las que se comprenden bajo el nombre de relaciones de familia, han sostenido los autores tres opiniones distintas. admite la primera que debe aplicarse a la ley del domicilio conyugal, sostiene la segunda, por el contrario, que debe tenerse en cuenta la ley a que los contrayentes se han referido, y la tercera, aplicando a la solución de esta cuestion los mismos principios que regulan las demás cuestiones de estado, da la preferencia exclusiva a la ley nacional de los contratantes.

80 La primera de estas opiniones es tan generalmente aceptada, que puede denominarse la *communis opinio*. Bou

hier, Burgundius, Boullenois, Burge, Story, Savigny, Rocco (1) y otros, la defienden casi sin darse cuenta de ello, tan incuestionable les parece el principio Explicase este hecho, considerando que, en los tiempos en que escribieron los grandes jurisconsultos antiguos, se hallaban divididos los Estados en pequeñas fracciones territoriales, y no podia haber otro criterio, para determinar las relaciones de familia y los derechos de los conyuges, que la ley del domicilio conyugal Después, cuando por la necesidad generalmente sentida de orden y de unidad legislativa, se formaron los Codigos modernos, continuo prevaleciendo esta misma teoria por la constante tradicion científica y por la misma vida jurídica de los Estados, que, considerandose como aislados, no admitian en su territorio propio la aplicación de ninguna ley extranjera Pero en los tiempos modernos han variado notablemente las condiciones, y no podemos aceptar la opinion de los jurisconsultos antiguos sin examinar su fundamento

Los que sostienen esta opinion invocan primeramente la autoridad del Derecho romano, reproduciendo, entre otros, los textos siguientes «*Deductione enim opus esse in marito non in uxoris domum quasi in domicilium matrimonii* (2) *Mulieres honore maritorum erigimus, genere nobilitamus, forum est eorum persona statumus et domicilia mutatamus* (3) *Exigere dotem mulier debet illic ubi maritus domicilium et ipsa mulier per coadicionem matrimonii erit reditura* (4)» Estos textos no se aplican al caso de que nos ocupamos, pues no suponen ninguna diversidad en la ley que arregla el matrimonio, y solo determinan el lugar y modo de ejercer ciertos derechos y ciertas relaciones

---

(1) Bouhier Cost. de Borg. cap. XXII § 18 al 28 — Boullenois Observ. 36 — Bourge, Comment on colonial law parte 1.ª cap. VI § 2 — Savigny Tratado de derecho romano § 310

[2] Dig. lib. 5. *De ritu nuptiarum* XXVIII 2

[3] Cod. lib. 18. *de dignitatibus*

[4] Dig. 1. 65. *de iudiciis*

nes que de aquel se derivan En cuanto a nosotros, la cuestión es completamente distinta y consiste en determinar, entre las diferentes leyes, cual es la que debe regular estos derechos y estas relaciones

Savigny admite que el domicilio del marido es el que determina el derecho local del matrimonio, por que el marido es el jefe de la familia, y por que el *vinculum juris* nace en el domicilio del marido Rocco afirma que, ya pertenezca el marido a la nacionalidad italiana, ó ya sea extranjero domiciliado en el reino, se aplicaran nuestras leyes relativas al estado personal de los conyuges

Es verdad que la opinion de estos dos autores respetables es la consecuencia lógica de su doctrina, relativa a la ley personal, y que se funda en el sistema defendido por ambos Habiendo admitido, en efecto, como principio, que el domicilio determina el derecho especial a que cada persona está sometida por su estado y por su capacidad jurídica (1), para ser consecuentes, debian resolver las cuestiones relativas al derecho de familia, teniendo en cuenta la ley del domicilio conyugal Savigny dice con razón «El verdadero asiento del lazo conyugal no da lugar a duda, esta en el domicilio del marido Luego este domicilio es el que determina el derecho local del matrimonio (2),» y Rocco «El matrimonio produce entre los conyuges una doble relación la una personal, que resulta de su mutua condición y de su estado recíproco, la otra real, y se deriva de las bienes que poseen Comenzando por la primera relacion, se ve, en primer lugar, como surge la aplicación de los leyes personales Tratase de conocer qué estado y qué condición debe tener el marido y cuales la mujer Y, por consiguiente, cada cual puede convencerse fácilmente de que a todo esto debe proveer unicamen

---

[1] Savigny I c § 354 y 2.—Rocco part 3<sup>a</sup> cap LXXIX

[2] Id trad Gueroux segunda edic p 320

te la ley del domicilio (1) » Hé aquí las consecuencias lógicas de sus principios Para ser consecuentes con nuestro sistema, nos vemos, no obstante, obligados a alejarnos de la opinión de los dos grandes jurisconsultos

81 Aun menos concluyente es la segunda opinión que sostiene que la ley a que se han referido los contrayentes, es la que debe regular el matrimonio y sus efectos Por mas que el matrimonio, en cuanto se refiere a su constitución, sea un contrato consensual y personal, no puede, sin embargo, hablarse de él como de cualquier otro contrato, sino que ha sido considerado en todo tiempo como un contrato *sui generis*, y por razón de los gravísimos intereses sociales que se derivan de la unión conyugal, no es potestativo en las partes, sustitirse al dominio de la ley que tiene poder y autoridad sobre el contrato mismo Los derechos y los deberes que de la unión conyugal se derivan, ya entre los contrayentes, ya respecto de los hijos, no pueden arreglarse absolutamente según la voluntad de las partes, sino que están determinados por la ley No puede, pues, sostenerse que los conyuges tengan la facultad de elegir entre una u otra disposición, y menos aun que la ley del lugar en donde se ha celebrado el matrimonio, sea la que debe aplicarse, porque el lugar de la celebración puede ser accidental y hasta *in transitu* (2)

82 Pareceme que no puede admitirse razonablemente nada mas que la tercera opinión Cualquiera que sea en efecto el lugar en donde se haya celebrado el matrimonio o en donde se haya domiciliado el marido al contraerlo, es lo cierto que, mientras éste sea miembro de una nación, y ésta pertenece la nueva familia que se forma, y que los hijos que nazcan del matrimonio se consideran como ciudadanos de esta patria ¿Cual es, pues, la ley que debe regular el matrimonio si no la de la nación del marido ba-

[1] Rocco cap XX,

[2] Pothier *Traité de la communauté* art 1º num 14

jo cuya proteccion existen civil y jurídicamente la nueva familia que se ha formado y los miembros que la pertenecen? Desde el momento en que un italiano, un francés, un inglés o un ruso, revestido de su propio caracter nacional, contrae matrimonio en territorio extranjero, de este acto civil aprobado resultan algunos efectos que deben ser regulados por la ley de la patria de cada uno. En caso de que el marido sea italiano, por ejemplo, la ley italiana será la que regule la validez intrínseca de este acto, las obligaciones entre los padres y los hijos, la legitimidad de estos, la admisibilidad de las pruebas ofrecidas al efecto, la necesidad de la autorización marital, la legitimación del hijo natural o nacido antes del matrimonio, y otras cosas semejantes. El individuo investido de la nacionalidad italiana, no puede sustraerse al poder de nuestra ley por el solo hecho de haber contraído matrimonio en territorio extranjero, puesto que no puede abjurar su cualidad de italiano al realizar un acto civil que interesa a la nación a que pertenece, el soberano del lugar en donde este domiciliado un italiano, no puede tampoco aspirar a someterlo por completo a sus propias leyes.

¿Que interés podría tener en aplicar las leyes hechas para sus propios subditos para arreglar las relaciones de una familia extranjera? Si la familia es extranjera, y por consiguiente, los hijos que nacen de ella lo son también, ¿que ventajas habría en querer determinar por las leyes de su propio país el estado civil de estos individuos y sus mutuas relaciones? No hallamos razón alguna que pueda justificar la opinión de Rocco al sostener que nuestras leyes deben aplicarse en todos los casos, ya sea el marido nacional o extranjero, con tal que tenga su domicilio en el reino.

83 Empero se nos objeta que las leyes que regulan las familias son como instituciones públicas que revelan los

usos y las tradiciones de cada país, las costumbres, la moral pública y la constitución interior, y que sería violar la independencia de los Estados el imponer a territorio extranjero las leyes y las instituciones que rigen el matrimonio entre nosotros. Esta objeción desaparece distinguiendo las disposiciones de carácter público de las de interés privado.

Aunque considerado desde el punto de vista del conjunto, interesa mucho al derecho de familia la organización de la sociedad, sin embargo, estudiando las disposiciones que se refieren a las relaciones de familia, podemos distinguir las según su naturaleza propia. Unas han sido establecidas para defender los intereses privados de los miembros de la familia, otras para conservar la moral pública y las costumbres, y estas últimas son las que forman el derecho público matrimonial. A nuestro juicio, es evidente que los extranjeros domiciliados en un país están obligados a cumplir las disposiciones del derecho público matrimonial, y bajo esta relación están sometidos a la ley del lugar en donde se hayan domiciliado, mas para todo lo concerniente a sus intereses privados están sometidos a las leyes de su patria.

Que una mujer rusa, por ejemplo, domiciliada en Italia, este ó no sometida a la autoridad del marido, que el hijo de un ruso tenga derecho a tal o cual parte de sus bienes paternos como porción legítima, no interesa a los principios del derecho público que entre nosotros rigen el matrimonio, pero interesará al derecho público matrimonial si un ruso quisiera ejercitar una acción de divorcio en Italia. Estas cuestiones son de naturaleza y de orden diferentes y no pueden resolverse por idéntico principio, nos admira, pues, que algunos respetables jurisconsultos para confirmar la doctrina que prefiere la ley del domicilio matrimonial, hayan adoptado como argumento que, en cuestiones de divorcio han aplicado los tribuna

les la ley del domicilio y no la de la patria de los conyuges. Pero les preguntamos nosotros ¿las cuestiones de divorcio son acaso cuestiones de derecho privado? ¿Puede confundirse una cuestión de esta naturaleza con una de autorización marital? No lo creemos, porque juzgamos que en cada legislacion las disposiciones de orden publico son esencialmente distintas de las de interes privado.

84 Concluimos, pues, que la validez del matrimonio y las relaciones de familia deben regirse siempre por la ley de la nacion del marido en cuanto ésta no se contraponga al derecho publico del lugar en que estan domiciliados los conyuges o en que quieren hacer valer sus derechos (1) Este principio se comprendera mas claramente en las aplicaciones que de él haremos en los capitulos siguientes

---

[1] El sistema de Mr. Fiole *satis* facit por completo tiene el mérito de ser mucho más sencillo que los demás y es enteramente racional. Para más desarrollo sobre esta cuestión puede consultarse el tomo III recientemente publicado del *Comentario de las obras de Wheaton* por Mr. William Beach (Leipzig 1878 pág. 378 y sig.) el cual hace preceder al desarrollo de la doctrina las observaciones generales siguientes y que creemos oportuno reproducir aquí:

En otro tiempo eran raros los conflictos de las leyes respecto de matrimonios celebrados entre extranjeros pero al considerarse la extensión de las relaciones intimas entre los pueblos de todos los países civilizados procedentes de la aplicación del vapor á la navegacion y a las vias férreas y de la electricidad a la telegrafia si se tiene presente que el *viage* no es ya sólo asunto de los comerciantes sino que hay siempre fuera de su propio país muchos millares de familias que comprenden un numero indefinido de personas de ambos sexos que tienen la edad exigida para contraer matrimonio se concibe como ha dicho muy bien un comentarista americano hasta que punto urge la necesidad de una regla comun que sea reconocida en todos los países á fin de que los tribunales puedan decidir conforme á ella si las partes pueden ó no considerarse casadas. Esta regla deberia aplicarse á los casos en que las partes están sólo como de paso en el país en que celebran el matrimonio del mismo modo que a los que estan en él domiciliados.

Es notable que los tratados concluidos de 1868 á 1872 por los Estados Unidos con Alemania Bélgica Inglaterra y otros países para conocer el derecho de cambio de nacionalidad no hayan estipulado los medios de legalizar los matrimonios entre nacionales de diferentes países matrimonios cuyo numero va aumentando conforme se vayan extendiendo los principios cosmopolitas.

No ignoramos las dificultades que se oponen al establecimiento de un código uniforme enteramente basado sobre sistemas tan diversos como aquellos á que han dado origen el antiguo Derecho Romano y la Legislación Inglesa pero no seria posible hacer el Derecho matrimonial y el de sucesión objeto de tratados semejantes á los de naturalización que hoy se discuten

[N de P F]