

CAPITULO VIII

DEL DIVORCIO

117 Conflictos de las legislaciones en materia de divorcio —118 Disposiciones del derecho positivo relativamente a las causas que pueden legitimar el divorcio —119 Cuestiones que pueden suscitarse —120 Opinión de Rocco —121 Su crítica —122 No pueden aplicarse al matrimonio los mismos principios por que se rigen los demás contratos —123 Doctrina de Merlin —124 Doctrina del Tribunal Supremo de Massachussets —125 Verdadera situación del asunto —126 Opinión de Schœffner —127 Jurisprudencia francesa —128 Jurisprudencia escocesa —129 Jurisprudencia inglesa —130 Jurisprudencia americana —131 Nuestra opinión —132 Divorcio de un naturalizado —133 Segundo matrimonio del divorciado en una ración que no admite el divorcio —134 Nuestra opinión

117 Son distantas las disposiciones del derecho positivo relativamente a la indisolubilidad del lazo conyugal Sancionando algunas legislaciones la doctrina de la Iglesia «*quos Deus conjunxit homo non separet,*» consideran la muerte del cónyuge como el unico medio legitimo para la disolución del matrimonio, mientras que otras legislaciones, fundandose en las Santas Escrituras, que permiten repudiar a la mujer adúltera, autorizan el divorcio No pretendemos discutir si el divorcio es moralmente licito ó ilícito, ni si civilmente es util, para no salirnos del circulo de nuestras investigaciones (1) Nos basta con hacer constar que hay leyes que lo permiten y otras que lo rechazan, y que los conflictos de las legislaciones son posibles, tanto mas cuanto que las mismas leyes de los Estados

[1] Véanse De Bonald *Del divorcio* —Feigussin *On marriage and divorce* *Laposition de motifs sobre el titulo 6º* I I O de N por M Treillard —Dalloz *V Separación y divorcio*

Véase tambien la erudita obra del Sr Sánchez Toca titulada *El divorcio*

que lo autorizan son notoriamente distintas, sea por razón de las causas por las cuales puede solicitarse, sea por razón del magistrado competente que entienda en el asunto

118 El Código prusiano reconoce catorce motivos de divorcio 1° Por el adulterio de uno de los dos esposos, sin distinción, la mujer, sin embargo, no puede oponer a la demanda de divorcio formulada contra ella por adulterio, el adulterio del marido —2° Por sospecha legítima de adulterio —3° Por abandono de uno de los esposos, *malo animo* —4° Por vicios contra la naturaleza —5° Por negarse la mujer a seguir al marido a su nuevo domicilio —6° Por obstinada negativa a llenar los deberes conyugales —7° Por impotencia —8° Por demencia cuando dura más de un año y no hay esperanzas de curación —9° Por excesos, sevicia e injurias graves, teniendo en consideración el rango social de los esposos —10 Por sentencia de uno de estos a una pena infamante —11 Por disipación y prodigalidad —12 Por negarse el marido a dar alimentos a la mujer —13 Cuando uno de los esposos cambia de religión —14 Por mutuo consentimiento cuando no hay hijos, y aun habiéndolos, en ciertos casos (1)

El Código francés, que está todavía en vigor en la isla Mauricio y en el bajo Canadá, permite el divorcio por el adulterio de la mujer o del marido cuando este tiene su concubina en el hogar doméstico, por excesos, sevicia e injurias graves, por sentencia de uno de los esposos a una pena infamante, por mutuo y perseverante consentimiento de los esposos, manifestado en la forma prescrita por la ley, cuando los esposos prueban suficientemente que la vida en común les es insostenible y que existe para ellos un motivo perentorio de divorcio, cuando obtenida la separación de cuerpo por cualquiera otra causa que la de

[1] Código prusiano 2^a parte tit 1 sec 3^a tit 678 y sig. —Anthoine de Saint Joseph, *Concordancias*

adulterio de la mujer, haya durado aquellos tres años y el esposo originariamente demandado haya pedido el divorcio al tribunal, y el demandante primitivo no hubiese consentido inmediatamente a poner término a la separación (1)

El Código austriaco autoriza el divorcio entre los esposos no católicos, cuando uno de ellos es acusado de adulterio o ha sido sentenciado a prisión por cinco años, por abandono, por sevicia y por excesos; por invencible aversión en este caso, sin embargo, debe ordenarse antes la separación personal. Un esposo no católico puede pedir el divorcio por estos mismos motivos, aun cuando el otro se hubiese hecho católico después del matrimonio (2)

El Código holandés consiente el divorcio por adulterio, abandono y deserción maliciosa, por excesos, sevicia e injurias graves de uno de los esposos dirigidas al otro, por sentencia de uno de los esposos a una pena infamante. Prohíbe el divorcio por consentimiento mutuo, a pesar de esto, cada uno de los conyuges separado desde hace cinco años, puede reclamar una sentencia de divorcio (3)

En Escocia puede pedirse el divorcio por adulterio y por abandono culpable (*nonadherence*). Por sevicia o injurias graves (*maltreatment*), puede obtenerse solamente la separación *a mensa et thoro* (4)

En Inglaterra puede disolverse el matrimonio por adulterio, sodomía y sevicia, no obstante, desde el *Foljamb'es case* se ha resuelto que ningún magistrado del orden judicial pueda pronunciar un divorcio *a vinculo matrimonii*, y en todos los casos se exige un estatuto especial del poder legislativo, el cual no se concede generalmente sin que se haya obtenido el divorcio *a mensa et thoro* (5). Por

[1] Código francés tit VI cap 1 arts 229 233 y 310

[2] Código austriaco art 11 y sig

[3] Código holandés t VI arts 205 y 261

[4] Decretos de 1563

[5] Westoby *Legislat on mryle a cap VIII* —Blackston. *Com n I* 440 y 441 —
Bulge *Comment I* 660

el contrario, en Escocia se obtiene el divorcio por la *court of session*, lo que constituye una notable diferencia en la legislación del Reino Unido de la Gran Bretaña. En las colonias inglesas de las Indias Occidentales, los tribunales no pueden conceder el divorcio, la madre patria reserva este derecho a sus cuerpos legislativos.

Las mismas diferencias hallamos en América relativamente a los motivos de divorcio y a la competencia de los magistrados. En algunos países el Poder Legislativo es el único competente para conceder el divorcio, como, por ejemplo, en el Delaware, en el Maryland, en la Carolina del Sur, en la Virginia, en el Tensseo, en el Missouri, en la Georgia, en el Mississippi y en la Luisiana. Por el contrario, en el Estado de Massachussets, en Nueva York, en Nueva Hampshire, en el Connecticut y en Nueva Brunkwich, el Poder Judicial ó el Tribunal de Cancillería son competentes para destruir los lazos del matrimonio (1).

119 Ante una variedad tan grande de legislaciones en materia de divorcio, pueden suscitarse importantes y múltiples cuestiones.

¿Dos conyuges casados bajo la misma ley que no permite el divorcio, pueden divorciarse en una nación en que aquel está permitido? ¿En virtud de que ley debe decidirse si una demanda de divorcio está ó no permitida? ¿Qué efectos producirá una sentencia de un tribunal extranjero en la patria de los contrayentes en un Estado extraño? ¿El hombre y la mujer legalmente divorciados, según las leyes de su patria, pueden volver a casarse en una nación que no reconoce el divorcio? ¿Una sentencia de divorcio dictada por el magistrado judicial extranjero, será valedera en un país que exige la intervención del Poder Legislativo para destruir los lazos de un matrimonio?

(1) Schæffner *Derecho internacional privado* § 120 y 121.

La solución de estas cuestiones, que envuelven otras muchas secundarias, es grave y difícil por el asunto en sí, y por las consecuencias que se desprenden según se hayan resuelto de un modo ó de otro.

120 Al tratar el jurisconsulto Rocco la cuestión de si los lazos del matrimonio pueden romperse por el divorcio, examina si la ley que le concierne cambia la capacidad personal de los conyuges mas bien que un derecho adquirido por ellos. «Es cierto, dice, que el decir si dos esposos pueden divorciarse es asunto que concierne mas bien a la persona que a los bienes, *persona magis quam res respectu*, es tambien cierto que del mismo modo que en la separacion personal los efectos reales son una continuacion y un apendice necesario del estado personal, pero el divorcio no cambia solamente la condicion y la capacidad de los conyuges, sino tambien su cualidad, puesto que los reduce al estado de solteros y resuelve el contrato nupcial una vez legalmente establecido. No puede negarse que al estipular los esposos hayan querido reconocer el principio que su capacidad para divorciarse seria regida por la ley del domicilio conyugal, el cual se halla expuesto a cambiar de residencia, y por consiguiente, la facultad de deliberar sobre la disolucion debe pertenecer a la ley que ha regido *ab initio* en la formacion del matrimonio. No se puede de ningun modo sostener que todo lo concerniente a la validez y legitimidad de un convenio debe de estar ajustado a una ley, y todo lo referente a la rescision o anulacion del mismo convenio debe ajustarse a otra ley. Son estas dos cosas correlativas, y del mismo modo que no puede decidirse si un contrato es o no valido sin tener en cuenta la ley bajo la cual se ha estipulado, tampoco puede decirse si es posible ó no la disolucion del matrimonio sin consultar antes la ley a cuyo amparo los conyuges se han obligado reciprocamente a la union conyugal. En una palabra, el marido, por el cambio de domi-

cilio, puede tener la facultad de modificar la capacidad de la mujer, pero no la puede despojar de los derechos legítimamente adquiridos, siendo seguramente el primer medio de estos el no consentir que se disuelva por el criterio de las leyes extranjeiras el lazo que en el reino era indisoluble desde su origen (1) » Distinguidos jurisconsultos ingleses opinan del mismo modo (2)

121 El razonamiento de Rocco esta perfectamente fundado y lo hemos reproducido íntegro para que no pierda su fuerza, sin embargo, aunque compartimos en cierto modo su opinión, no podemos admitir como principio general que todo debe depender de la ley que ha originado el matrimonio

Nadie intentara sostener que dos extranjeiros domiciliados en Italia puedan divorciarse ante nuestros magistrados cuando haya ocurrido un hecho suficiente para ello segun la ley de su pais, y aun cuando hubiese contraido matrimonio y en el con la facultad de anularle El divorcio es considerado en Italia como continuo al derecho publico matrimonial, y ninguna ley extranjeira puede derogar los principios de orden publico sancionados por nuestro legislador

Debemos añadir tambien que dos individuos que hubiesen contraido matrimonio en una nacion en donde la ley autorizase el divorcio por motivos poco menos que fútiles, como sucede en Prusia, y que estableciesen su domicilio en un pais en que las leyes autorizasen tambien el divorcio, pero solamente por el adulterio de la mujer, no podrían formular una demanda de divorcio por un motivo que sólo sería valido segun la ley de su pais Admitimos, por ultimo, que cuando se quiera hacer cumplir en un Estado que no permite el divorcio, una sentencia dictada

(1) Rocco 3 parte cap XX

(2) Fergusson *On marriage and divorce* p 288 y sig — Kent *Comment* lec 27

por un tribunal competente, los jueces de ese Estado podrán, fundadamente, negarse a su cumplimiento

Así, por ejemplo, si una mujer italiana se hubiese casado con un suizo, y el marido hubiese obtenido legalmente una sentencia de divorcio en su patria, y quisiera hacerla cumplir en Italia para arreglar sus intereses con la mujer, los tribunales italianos podrían negarse a ello, porque la sentencia sería contraria a las máximas de derecho público admitidas en esta nación (1)

122 La solución de la segunda parte de la cuestión no es tan fácil, es decir, la de saber si para entender en una demanda de divorcio entre dos conyuges domiciliados en un punto en qué está permitido el divorcio, debe aplicarse la ley del lugar en que se ha entablado la demanda, o la del lugar en que se ha celebrado el matrimonio. Si los mismos principios que establecen la validez y la nulidad de los contratos pudiesen aplicarse a la disolución del matrimonio, si se pudiera demostrar de una manera patente que por el convenio matrimonial las partes contratantes adquieren un verdadero derecho a divorciarse o a permanecer indisolublemente unidas, podría decirse con razón que la ley del lugar en que se ventila el proceso no puede cambiar el derecho que han adquirido las partes, según la ley del contrato, que el magistrado no crea el derecho, sino que lo reconoce, lo declara y lo ga

(1) La Audiencia Angers ha acordado con fecha 4 de Julio de 1806 que los tribunales franceses ante quienes se solicite que se cumplan en Francia las sentencias que recaigan en país extranjero entre extranjeros deberán examinar si las sentencias respetan los principios de derecho de gentes y del derecho público así como las reglas de orden y de moralidad reconocidas por la legislación y la moral (Véase a Dalloz p 1866 II p 157 proceso Forster) Las sentencias dictadas por los tribunales suizos en virtud del tratado de 18 de Julio de 1828 cuyo cumplimiento puede exigirse en Francia pero sólo en el caso de que no contengan nada en contra de las máximas del derecho público francés y de nuestras leyes de interés general. Por lo tanto ese tratado de 1828 no puede aplicarse á las sentencias suizas que recaen sobre el divorcio entre un suizo y su mujer francesa de origen esas sentencias no podrían cumplimentarse en Francia ni aun siquiera en la parte relativa solamente a los costos [Audiencia de Paris, 20 de Noviembre de 1848 proceso Comvoicier Dalloz P 1849 II n 239]

rantiza, y que, por consiguiente, no debe aplicarse ninguna otra ley que aquella bajo la cual ha nacido ese mismo derecho, pero esto es lo que niegan principalmente los que sostienen la opinion contraria, es decir, que el divorcio y la indisolubilidad sean un derecho privado de las partes. Consideran el divorcio como un remedio de interes publico sancionado por la autoridad para conservar las costumbres y la moral de las familias, y opinan que las disposiciones que le conciernen son aplicables a todos los domiciliados, sin tener en cuenta la ley bajo la cual se ha contraido el matrimonio.

123 Que el divorcio no debe ser considerado como un derecho exclusivo, lo admitimos con Merlin, quien discute una cuestion que tiene mucha analogia con la que nosotros tratamos, cual es la de saber si, en virtud de una nueva ley que introdujera el divorcio, podria disolverse un matrimonio contraido bajo una ley que lo prohibiese, o si, por el contrario, un matrimonio contraido bajo una ley que permitiese el divorcio podria ser disuelto en virtud de la nueva ley que lo prohibiera. A estas dos preguntas responde del siguiente modo si el divorcio fuese como el estado de los esposos, la consecuencia y el efecto inmediato del matrimonio, no podria depender de ninguna otra ley que de la que estaba en vigor en el momento en que se efectuó éste, por consiguiente, en el primer caso, el cónyuge tendria razon para oponerse a ello, pues al casarse ha creído estipular una union indisoluble, así como en el segundo podria pedir el divorcio, porque ha sido en el supuesto de que contraía una union que estaba en su mano poder disolver cualquier dia, y en uno y otro caso el juez deberia estimar la fuerza del lazo segun la ley en vigor en el momento del contrato, pero no es como consecuencia ni como interpretacion de la intencion con que se ha celebrado el matrimonio, como puede ser permitido o prohibido el divorcio. El legislador, al per

mitarlo o al prohibirlo, considera, no lo que los esposos han querido establecer al unirse, sino las razones de interés público que le imponen imperiosamente conceder la facultad o formular la prohibición, según la respectiva conducta de los esposos. Tan cierto es esto, como que dos esposos casados bajo una ley que prohibiese el divorcio, no podrían reservarse la facultad de divorciarse, del mismo modo que dos esposos casados bajo una ley que permitiese el divorcio, renunciarían en vano a la facultad de divorciarse, porque en ambas hipótesis se aplicaría la máxima sancionada por el art 6º del Código Civil, que no se puede, por convenciones particulares, derogar las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres (1)

124 Según refiere Westlake, la doctrina aceptada por el Tribunal Supremo de Massachussets, esta fundada en los mismos principios, las disposiciones que se refieren al divorcio—dice el Tribunal Supremo—pertenecen más bien al derecho Penal que al Civil, y las reglas aplicables al convenio de las partes contratantes no pueden servir del mismo modo para determinar las relaciones personales y los deberes mutuos que emanan de ese contrato, así como la conducta que deben guardar los conyuges durante la vida conyugal todas esas cosas están reguladas por principios de orden público y de economía general, y por la necesidad de conservar las buenas costumbres y de contribuir a la felicidad de los mismos esposos. Un divorcio, por ejemplo, en el caso de un escándalo público y de una infamia, no es la reclamación de un derecho que deriva del contrato de matrimonio, ni la sanción del mismo, sino una especie de pena que ha puesto la sociedad en manos de la parte agraviada y que puede promulgarse con la sanción del tribunal competente, como reparación de la

[1] *Meilin Report Efecto retroactivo* sec 3ª al 14 cuestión de derecho en la palabra *divorcio* § 12

injuria y de la ofensa recibidas Si uno de los conyuges ha faltado a sus propios deberes, la continuacion de la unión conyugal es intolérable y vejatoria para la parte inocente, y de mal ejemplo para los demas Por lo tanto, la ley que debe determinar la conducta de las personas casadas, sus deberes, las consecuencias que se originan de la violacion de estos y los casos en que sus relaciones pueden ser anuladas, no es la del lugar en que se ha celebrado el contrato matrimonial, sino la del lugar en que se hallan domiciliados los conyuges, por cuya ley son protegidos en los derechos que emanan de la union conyugal y en virtud de la cual deben ser juzgados por la violacion de esos mismos derechos (1)

125 Discutiendo la cuestion de divorcio desde este punto de vista, falta absolutamente la base del razonamiento de Rocco y de los que quieren dar la preferencia a la ley que regula *ab initio* el matrimonio, por la razon de que el divorcio o la indisolubilidad debe considerarse como un derecho de las partes Haciéndonos, pues, cargo de las objeciones de nuestros adversarios, formularemos la cuestion del siguiente modo admitiendo que la ley relativa al divorcio está fundada en los principios de orden publico, ¿la aplicacion de esta misma ley, para declarar disuelto un matrimonio indisoluble contraído fuera, é es también una cuestion de orden publico, de tal suerte que se deba aplicar la *lex fori*?

126 Schæffner se expresa del siguiente modo «No puede ponerse en duda que el juez que entiende en una causa de disolucion del matrimonio debe tener en cuenta unicamente la ley que rige en su patria, su *jus publicum* para resolver en general si un matrimonio puede ser disuelto y por que causas puede serlo Si en el punto en que se ha celebrado el matrimonio, bastasen causas mas

(1) *Justice in Barber v Root* 10—Mass 265 citado por Westlake num 301 y por Story § 229

sencillas que las exigidas por el derecho de su patria, no podría respetar esa ley, del mismo modo que, si según ella, no pudiese disolverse el matrimonio, tampoco tendría ningún peso para él, puesto que, con la prohibición, la obligación es para él absoluta (1)

127 En la jurisprudencia francesa hallamos una causa celebre, discutida dos veces en casacion, del tiempo en que estaba en vigor el título del Código de Napoleon sobre el divorcio. Madama de la Tour, francesa, casada con Mr Mac Mahon, irlandés, obtuvo un fallo de divorcio fundado en la ausencia no justificada de su marido. Al regresar éste a su casa con el grado de teniente coronel inglés, apeló contra la sentencia porque era extranjero y no tenía nada que ver con las leyes de Francia. La Audiencia de Orleans (11 thermidor del año XIII) resolvió de este modo: «Considerando que en la época del matrimonio lo mismo que en la del divorcio, Mr Mac Mahon era extranjero, que ninguna estipulación ha podido sustraerle a la ley de su patria y someterle a la ley francesa, el divorcio obtenido conforme a las leyes francesas, es nulo y no tiene efecto alguno, etc.»

El Tribunal de Casación, por el contrario, reunido en secciones el 22 de Mayo de 1806 y después de haber oído el ilustrado informe de Merlin, dictó esta sentencia: «Considerando que Mac Mahon no puede sustraerse a la aplicación de la ley francesa bajo pretexto de que es extranjero, porque penetrándose de las consideraciones políticas así como morales que han dictado esta ley, es imposible dejar de reconocer una disposición de orden público, como lo prueba la opinión del Consejo de Estado, que bajo este aspecto, debe ser considerada como una verdadera ley de policía general, que somete a su autoridad a todos los individuos indistintamente, ya sean franceses, ya

(1) Schæffner *Derecho privado internacional*

extranjeros, residentes en el territorio francés, y que se aplica, por consiguiente, a todos los divorcios obtenidos según el Código Civil; en toda la extensión del territorio, por estos motivos el tribunal casa y anula la sentencia de la Audiencia de Orleans y remite las partes ante la Audiencia de Dijon » Esta, por sentencia de 27 de Agosto de 1808, confirmó el divorcio

128 Según la jurisprudencia escocesa, bajo cualquier ley que se haya celebrado el matrimonio, puede ser legalmente disuelto en Escocia conforme a la ley que está en vigor, con tal de que las partes estén bajo la jurisdicción del tribunal escocés Para legitimar la jurisdicción, no es necesario que las dos partes tengan su domicilio en Escocia en el momento en que se ha cometido el adulterio y en cuanto el ofendido entable la acción, basta con que el delincuente esté domiciliado en el reino y con que pueda ser llamado a comparecer Cumplido este requisito, puede pronunciarse el divorcio, aunque el adulterio se haya cometido en el extranjero Se exige solamente que el domicilio sea *bona fide* y no simulado, con el solo objeto de presentar la demanda y obtener el divorcio (1) Por consiguiente, los tribunales escoceses dictan sentencias de divorcio, no solo cuando se trata de matrimonios celebrados entre escoceses en Inglaterra, sino también de matrimonios entre ingleses que residen en Escocia y que pueden hallarse sujetos a la jurisdicción de sus tribunales (2)

Esta jurisprudencia, en abierta contradicción con la admitida por los tribunales ingleses, la defienden con varias razones los magistrados y los juristas escoceses Dicen que, si bien la relación conyugal debe ser considerada *jure gentium*, sin embargo, la ley escocesa que determina los deberes, las obligaciones y la reparación debida por

[1] Story *Conflict of Law* § 205 y 221

[2] Story § 216 y 217

los disgustos que pueden ocurrir durante el matrimonio, comprende a todas las personas casadas que, residiendo en territorio escocés, están sujetas a dicha ley. Los jueces escoceses deben proteger los derechos que emanan de la relación conyugal y deben castigar los ataques dirigidos a los mismos, como castigan otro cualquier delito cometido en el territorio. No pueden tener en cuenta la ley bajo cuyo imperio se ha celebrado el matrimonio. Al casarse, los conyuges se obligan a tratarse en todas partes como marido y mujer, pero no prometen, ni pueden prometer hacer que prevalezca en todas partes la ley bajo la cual se obligan, para que se rijan por ella sus deberes, su autoridad y las indemnizaciones a que pueden tener derecho en el caso de ofensa recíproca o de abuso de autoridad. No es una razón suficiente para el divorcio de un católico romano, que su matrimonio sea un sacramento, y por su naturaleza, indisoluble. Este es un hecho privado que no puede impedir la aplicación uniforme del derecho público, el cual ajusta todas las relaciones de los individuos a las conveniencias políticas y a la moralidad pública, de tal suerte que no puede renunciarse a ese derecho, como a las ventajas que se derivan del derecho privado. La supuesta obligación de indisolubilidad no puede tener ningún valor, ni por la voluntad de las partes, ni en virtud de la ley bajo la cual ha nacido la unión conyugal. Lo que se deriva de la voluntad de las partes debe reconocerse por donde quiera, pero no debe confundirse lo que es efecto de la voluntad de aquellas con lo que no se deriva de la estipulación, sino que es efecto de una institución de derecho positivo que no puede valer fuera del territorio, según la conocida máxima *extra territorium jus dicenti impune non paritur*. He aquí las principales razones que tienen doctores magistrados escoceses para defender la doctrina acep

tada por los tribunales de Escocia en materia de divorcio (1)

129 En la jurisprudencia inglesa prevalece el principio de que un matrimonio celebrado en Inglaterra no puede ser disuelto sino en virtud de un acuerdo del Parlamento. La discusión más importante acerca de este punto se abrió con motivo del pleito de *Lolley*. Casóse este en Inglaterra, donde estaba domiciliado, trasladóse luego a Escocia y obtuvo allí una sentencia de divorcio. Vivendo su primera mujer, se casó por segunda vez y, cuando regresó a Inglaterra se suscitó la cuestión de si había o no bigamia. Los doce jueces ingleses sostuvieron contra el Tribunal Consistorial de Escocia que, para disolver un matrimonio celebrado en Inglaterra, era necesario un acuerdo del Parlamento. A pesar de esto, Lord Brougham demostró, en un ilustrado informe, que un divorcio obtenido por un tribunal competente entre ingleses domiciliados en el extranjero, debe ser considerado como suficiente para disolver el matrimonio y conferir a las partes todos los derechos que emanan de una disolución válida.

130 En América prevaleció el principio de que la ley del domicilio de los conyuges es la que debe decidir si el divorcio puede ser autorizado ó no. Según los estatutos de Massachussets, con tal que las partes vivan en una nación como marido y mujer, y que la causa en que se funde la demanda de divorcio haya existido, puede este obtenerse con arreglo a las leyes vigentes en esa nación (2). Las decisiones del Tribunal Supremo de Massachussets están conformes con este principio. Dos individuos casados en dicho Estado y domiciliados, *bona fide*, en el de Vermont, obtuvieron del tribunal de este Estado una sentencia de divorcio por un motivo insuficiente, se

(1) Feigussen *On marriage and divorce* p 359 y sig

(2) *Estatutos de Massachussets* 1838 cap LXXVI § 9 y 10

gun la ley de Massachussets El Tribunal Supremo con firmo la sentencia, fundado en que el divorcio debe regirse por la ley del domicilio actual de los conyuges (1)

Las decisiones de los tribunales de Nueva York estan conformes con las del de Massachussets, y segun lo que refiere el jurisconsulto americano Story (2), la doctrina generalmente aceptada en América es que los tribunales del lugar en que los conyuges estan domiciliados *bona fide*, son competentes para pronunciar una sentencia de divorcio, conformandose a su ley y sin tener en cuenta aquella bajo cuyo imperio se ha celebrado el matrimonio, ni la del lugar en que se produjo la ofensa por la que se intenta la acción de divorcio

Las principales razones que se alegan en apoyo de esta doctrina son que la ley del lugar en que se ha celebrado el matrimonio, determina las obligaciones primitivas que emanan de la unión, pero no la disolubilidad ó la indisolubilidad del contrato, cualquiera que sea el lugar en donde se haya efectuado Así como al declarar el matrimonio disoluble no puede imponerse a los demas Estados que reconozcan la disolubilidad, del mismo modo al declararle indisoluble, no puede valer esto sino en cuanto las partes se someten a la ley que establece la indisolubilidad Es cierto que el cambio de domicilio es una de las cosas que pueden prever las partes contratantes y cuyos riesgos se viene a correr la mujer Deberia, pues, ser la ley municipal la que determine el cambio de domicilio y todas sus consecuencias, pero una vez verificado el cambio, la que debe regir las violaciones del contrato matrimonial es la nueva ley

131 A pesar de una uniformidad tan grande de jurisprudencia, no podemos aceptar esta doctrina, por mas que la defiendan con tanto calor los magistrados y los ju

(1) *Barber v Barber* 10—Mass P 270—Story § 221

(2) § 230

risconsultos de las naciones en que el divorcio se halla autorizado. Si se quisiese realmente erigir en teoria la regla de que una sentencia de divorcio *a vinculo* puede ser pronunciada teniendo en cuenta la *lex fori* y que la competencia de los tribunales pudiera ser justificada, cuando las partes estan sometidas a su jurisdiccion, de modo que puedan ser legalmente llamadas a comparecer, ¿cuanto peligro no serian sus consecuencias? Podriase decir con razon que la doctrina de los tribunales escoceses es una especie de invitacion a todas las personas casadas que quieran verse libres para fijar aunque sea temporalmente, su domicilio en Escocia, con el fin de romper un lazo indisoluble por su naturaleza y en virtud de las leyes de su nacion, y si se considera, ademas, que, segun la jurisprudencia de algunos de esos Estados, no es ni aun siquiera necesario que el hecho sobre el cual se funda la demanda haya acontecido en el lugar en que se intenta la accion, como, por ejemplo, en Georgia, y que segun ciertas leyes puede pedirse el divorcio por motivos frivolos o cuando menos de poca importancia, como sucede en Prusia, se comprendera mejor como la teoria que combatimos destruye todas las relaciones entre los ciudadanos y su propia ley, y los principios que rigen la mas santa de las instituciones, la de la familia.

No queremos discutir sobre la moralidad o inmoralidad del divorcio, y estamos conformes con que, en los Estados en que se haya permitido, debe considerarse como autorizado por motivos de policia general, de moralidad y de orden publico. No tenemos intencion de sostener que la disolubilidad o indisolubilidad sea un derecho de las partes, ni que la *lex loci contractus* deba determinar en todas partes las obligaciones y los derechos que se derivan de la union conyugal, por el contrario, somos de opinion que las leyes aplicables a los contratos no pueden aplicarse siempre al matrimonio, que es un contrato *sui generis*,

pero, en las profundas investigaciones de nuestros adversarios, no hemos encontrado la razón por la que debe considerarse como necesario para el orden público y la policía general de un Estado, el hecho de decretar el divorcio *a vinculo* entre extranjeros, declarándolos libres y autorizándolos a contraer nuevo matrimonio

Hemos demostrado que la ley que debe regir el matrimonio, las relaciones de familia, las obligaciones de sus individuos y todas las consecuencias jurídicas que se derivan de la unión conyugal, son las de la nación a que pertenece el marido, por la sencilla razón de que todos los individuos de la familia siguen la condición de su jefe y están bajo la protección de la misma ley nacional. Cuando una familia italiana, por ejemplo, va a establecerse temporalmente en Prusia, se halla sometida a las leyes de policía de esa nación, la autoridad local puede indudablemente, en circunstancias dadas, tomar todas las medidas necesarias para la defensa del orden público, y ante la demanda de uno de los conyuges, puede ordenar su separación para impedir el escándalo y el mal ejemplo, pero ¿puede igualmente creerse autorizada para pronunciar la disolución del lazo matrimonial y declarar a los conyuges libres para volverse a casar en Prusia? Creemos que no debe admitirse esto en manera alguna, porque, llevando consigo el divorcio *a vinculo* la restitución de la libertad en beneficio de las personas anteriormente casadas, produce un cambio de estado muy grande. De todas las razones alegadas ya por nosotros para probar que el estado de las personas debe ser regido, cualquiera que sea el lugar, por la ley nacional (1), resulta que es solamente en virtud de esta ley como debe decidirse de la posibilidad de tan importante cambio de estado. Admitimos, por consiguiente, que dos conyuges italianos pue-

(1) Véase el capítulo I de este libro

den obtener su separación en Prusia por medidas de policía, pero no pueden, de casados que estaban, verse libres, como no sea por el fallecimiento de uno de ellos, según la disposición de nuestras leyes

132 Otra cuestión importante surge en materia de divorcio, y es la de saber 1.º Si un individuo, al hacerse naturalizar en una nación en que está permitido divorciarse, puede eficazmente obtener una sentencia que le autorice a esto, y 2.º Si la demanda puede fundarse sobre un hecho anterior a la naturalización

En cuanto al primer punto, tenemos que hacer algunas distinciones. Habiendo demostrado que la naturalización del marido no trae consigo necesariamente la de la mujer, se desprende que, si solo el marido había obtenido la naturalización, y si la mujer había conservado su nacionalidad primitiva, no podría conseguirse el divorcio. Así como para casarse los dos conyuges deben tener la capacidad necesaria según sus leyes respectivas, lo propio debe suceder para divorciarse. Si la ley de la nación primitiva de los conyuges no permite el divorcio, el marido, haciéndose naturalizar y sometiéndose a la ley de la nueva patria electiva, no puede cambiar la capacidad de la mujer, si esta no se halla también naturalizada. Esto confirma los inconvenientes que pueden originarse de la aplicación del art. 11, § 4.º del Código Civil italiano, que hemos criticado (1)

Respecto al segundo punto, Merlin contesta afirmativamente. La ley de la nación en que los esposos van a establecer su domicilio debe ser considerada, dice, como una nueva ley, y así como una ley nueva que permitiese el divorcio se aplicaría también a los hechos anteriores a la publicación de aquella, del mismo modo la ley de la nueva nación deberá aplicarse también a los hechos an

(1) Véanse los nums 66 y 67

tenores a la naturalización (1) No aceptamos esta opinión, con tanta más razón, cuanto que los conflictos de las leyes de los diferentes Estados no pueden en manera alguna compararse con los conflictos entre leyes promulgadas en diferentes épocas. La necesidad de conservar la moralidad de la familia, de impedir el escándalo y el mal ejemplo, son las razones por las cuales se justifica el divorcio, y no podrán aducirse éstas cuando el hecho ha acontecido en una época anterior a la naturalización y en un territorio diferente.

Para confirmar nuestra doctrina, nos parece oportuno reproducir aquí una sentencia de la Audiencia de Lieja, del 24 de Abril de 1826. Un francés, Mr D , se casó el 2 de Enero de 1814 con una señora belga, y regresó a Francia con su mujer en el mes de Febrero siguiente. Separado de esta en 1824 por sentencia judicial, Mr D trasladó su domicilio a Marienburgo, y en 1825 presentó ante el tribunal de Dinant una demanda con el objeto de obtener una sentencia de divorcio por adulterio cometido en Francia por su mujer. Durante el proceso pidió y obtuvo la naturalización en Bélgica, dando comunicación de ello a su mujer, intimándola a que se presentase ante el tribunal de Dinant para oír pronunciar la sentencia de divorcio. Mad D compareció, comenzando por negar la competencia del tribunal, fundándose en que, estando casada con un francés, era francesa, que la naturalización posterior del marido no comprendía la de la mujer, que no podía, por lo tanto, comparecer ante un magistrado belga, sino por uno de los casos determinados por el Código Civil, entre los cuales no se hallaba incluido el que aquel invocaba. Acerca del fondo del asunto, exponía que los hechos sobre los cuales estaba fundada la demanda, si bien eran ciertos, acontecieron en la época en

[1] Merlin *Cuestiones de derecho* ∇ ∘ *Divorcio* § 12

que Mi D era frances, y en Francia la ley permite la separacion, pero no el divorcio. La Audiencia de Lieja decidió que no podia admitirse la demanda de Mi D, porque al cambiar de patria no podia perjudicarse su mujer, y porque su naturalizacion no podia tener efectos retroactivos (1)

133 La última cuestion que queremos dilucidar y que puede tener su importancia practica aun entre nosotros, es la de saber si el hombre legitimamente divorciado en su patria puede volverse a casa en otro Estado cuyas leyes no permiten el divorcio. Esta cuestion ha sido largamente discutida por los jurisconsultos y por los tribunales, y nos complacemos en recordar las opiniones que han sido emitidas en pro y en contra. Entre los defensores de la negativa citaremos a De Chassat, Demangeat, Sapey, Demante y la Audiencia de Paris [30 de Agosto de 1824, 28 de Marzo de 1843, 20 de Noviembre de 1848 y 4 de Julio de 1859]. Entre los que sostienen la afirmativa, citaremos a Meilin, Demolombe, Westlake, Masse, Verge, el Tribunal de Casacion de Paris (28 de Febrero de 1860) y Dupin, en sus considerandos ante el mismo Tribunal [2]

El magistrado francés, dice de Chassat, debe reconocer la condicion del extranjero tal como se halla establecida por la ley de su nacion, y por consiguiente, la condicion del divorciado debe valer como la del incapacitado, la del prodigo y la del quebrado. Sin embargo, el magistrado francés no puede permitir que, en virtud de una ley extranjera, acontezcan en Francia ciertos hechos que quebrantan los principios de orden publico sancio

[1] *Pasicrisie belge* 1826 p 120 —Meilin *Cuestiones de derecho V Divorcio* § 11

[2] De Chassat *De los estatutos* num 196 —Demangeat *Condición de los extranjeros* p 383 —Sapey *Los extranjeros en Francia* p 185 —Demante sobre el art 3 t I p 45 nota primera —Meilin *Cuestiones de derecho V Divorcio* § 13 —Demolombe t I num 101 t III num 230 —Westlake [*Private international law* num 350 —Masse y Verge sobre § 97 —*Journal du Palais* t XVIII p 1 022 t XL XLI 28 de Marzo t LXXI p 10 338

nados por nuestras leyes. La disposición de la ley extranjera que permite al hombre divorciado volverse a casar, no puede tener ningun efecto, porque ofende a las buenas costumbres y a la opinión pública en Francia. Demangeat opina del mismo modo. «La ley francesa, dice, ha prohibido el divorcio por el bienestar de la sociedad, reconocer la ley extranjera que lo permite, es contrario al orden público. Ninguna duda puede suscitarse cuando la persona con quien el extranjero quiere casarse es francesa, ésta no puede unirse a un individuo divorciado, porque no puede contraer matrimonio con una persona que, según la ley francesa, está casada. Si los esposos son extranjeros, el delegado del estado civil no puede asistir a la celebración de ese matrimonio, porque implícitamente vendría a reconocer el divorcio, el cual, haciendo abstracción de toda idea religiosa, está considerado en Francia como un mal y un escándalo público [1]

Merlín, por el contrario, critica la sentencia de la Audiencia de París de 1824, por la cual fué confirmada la del Tribunal de 1^a instancia, que estimó que el delegado del estado civil hizo bien negándose a asistir a la celebración del matrimonio de una inglesa divorciada.

Dice que la ley francesa condena el divorcio, pero no el matrimonio del divorciado, hasta tal punto, que no ha considerado como ilegítimos los matrimonios contraídos por personas divorciadas con anterioridad a la ley de 1816 (2)

(1) Esta opinión está fundada en que el estatuto personal extranjero no puede prevalecer contra una prohibición de orden público por consiguiente el extranjero divorciado con arreglo á las leyes de su país no podría contraer en Francia nuevo matrimonio aunque las leyes de su patria lo autorizasen para ello. Véanse las sentencias de la Audiencia de París en 30 de Agosto de 1824 28 de Marzo de 1843 20 de Noviembre de 1848 y Julio de 1859

(N de P F)

(2) L. C.

Westlake, al manifestar su opinion sobre el mismo asunto, dice muy cuerdamente «Es indudable que respetables autores sostienen que el divorcio esta moralmente permitido, y, si bien no hay razones absolutas para determinar las causas por las cuales debe permitirse, es lo cierto que no se puede *a priori* demostrar que en todos los casos debe ser considerado como moralmente ilcito, y esta es la razon porque sin entrar en discusiones dificiles es preferible aceptar a cada individuo con la cualidad de casado o de no casado, segun le declare la ley de su nacion. Los autores franceses sostienen que el matrimonio pertenece al derecho de gentes, pero no el divorcio, y segun este principio pretenden que el divorcio no debe ser reconocido para sus efectos en pais extranjero. A esto puede objetarse que el matrimonio pertenece al derecho de gentes como estado, pero no como contrato, de donde resulta que el estado del hombre ligado o no por el matrimonio, tal como esta establecido por la autoridad competente, sigue al individuo donde quiera que se halle.

Resumiendo Dragounis las razones de Dalloz y de Demolombe, observa oportunamente que la demanda de un extranjero divorciado, para volverse a casar en Francia, no debe ser considerada como una cuestion de divorcio que se somete ante el magistrado francés. No se trata, efectivamente, de pronunciar una sentencia de divorcio, sino de examinar tan sólo si el individuo declarado libre del primer lazo, segun la ley, puede contraer un nuevo matrimonio. No es la cuestion de principio lo que se discute ante la ley francesa, se pide unicamente el reconocimiento de un hecho consumado en territorio extranjero, y juzgado segun las leyes extranjeras. Cuando el primer matrimonio ha sido disuelto y los conyuges tienen permiso para volverse a casar, por mas que se haga, no puede volverse a poner en vigor el primer matrimonio y a nadie

le esta permitido investigar el pasado de los cónyuges ni reformar una sentencia dictada por un tribunal competente según las leyes del país. La asimilación que se ha querido hacer entre el matrimonio del hombre divorciado y la bigamia, no tiene fundamento alguno. En el caso de la bigamia, existe un primer matrimonio hasta en virtud de la ley personal de los conyuges, y nuestra ley se opone, con razón, a un nuevo matrimonio, en caso de divorcio, el primer matrimonio deja de existir.

134 Participamos de esta misma opinión, y aplicando la a este caso, decimos que el delegado del estado civil no puede negarse a asistir al matrimonio de una inglesa o de una polaca legalmente divorciada, que quisiese volverse a casar en Italia. Es cierto, efectivamente, que la condición jurídica de un extranjero y su cualidad de padre, de hijo, de esposo, debe determinarse según la ley de su nación (art 6° del Código Civil) (1), que los efectos que emanan del estado jurídico de un extranjero sólo pueden impedirse cuando se opone a ellos una ley de orden público de nuestro Estado, que dicho delegado no puede declarar la disolución del matrimonio no existente cuando este ha sido ya legalmente disuelto y que no puede impedir al divorciado que contraiga un nuevo matrimonio, el cual, disuelto ya el primero, no es, de ningún modo, contrario a nuestras leyes, pues el divorciado se encuentra entonces en la situación legal de un hombre que no está casado, de todo lo cual deducimos que prohibir a quien está legalmente divorciado que pueda con

[1] El art 6° de las disposiciones sobre publicación, interpretación y aplicación de las leyes en general colocadas al frente del Código Civil italiano está concebido en estos términos: el estado y la capacidad de las personas y las relaciones de familia son regidos por las leyes de la nación á que aquellos pertenecen.

traer un nuevo matrimonio en Italia, es contrario a nuestras instituciones y a nuestras leyes (1) (a)

(1) Flore ha demostrado que esta cuestión es muy controvertida sin embargo mencionaremos otras tres sentencias interesantes Segun una de la Audiencia de Paris dada el 4 de Julio de 1859 el extranjero divorciado con arreglo á las leyes de su país no puede casarse en Francia viviendo su cónyuge sobre todo como subdito frances (Daloz P 1859 2º p 158 asunto Bulkley) Empeño se ha decidido después por una providencia dictada en sentido opuesto que el extranjero cuyo matrimonio haya sido disuelto legalmente en su país aunque no lo haya sido con arreglo á lo que exige la ley frances puede casarse otra vez en Francia y el extranjero divorciado conforme á la legislación que forma su estatuto personal tiene capacidad para contraer nuevo matrimonio en Francia hasta con una persona francesa S T de Cas 28 de Febrero de 1860 asunto Bulkley

(N de P F)

(a) Con ocasión de un segundo matrimonio contraido en Alemania por una señora separada en Francia de su marido y que se habia domiciliado después en la primera de estas dos naciones se ha promovido un ruidoso proceso de carácter internacional en el que han intervenido y emitido su opinión los mas notables jurisconsultos de nuestro tiempo el cual proceso no ponemos aqui por su mucha extensión pero prometemos al lector insertarlo en forma de apéndice al tomo II de esta obra si sus dimensiones nos lo permiten

[N de la trad]