

LIBRO II

DE LOS DERECHOS QUE SE DERIVAN DE LAS RELACIONES DE FAMILIA

(Continuación)

CAPITULO VI

Del divorcio.

El concepto de la indisolubilidad del matrimonio es diverso en los varios sistemas de leyes.—659. Leyes vigentes en Austria.—660. En Francia.—661. En el Imperio alemán.—662. En Suiza.—663. En Dinamarca, Suecia y Noruega.—664. En Turquía.—665. En Bélgica.—666. En Inglaterra.—667. En los Estados Unidos de América.—668. Son también diversos los principios acerca de la competencia del Tribunal.—669. Se resumen los distintos sistemas sobre las reglas de competencia.—670. Inconvenientes que de aquí se derivan.—Remedios sugeridos.—671. Observaciones acerca del fundamento de la competencia.—672. Discusión acerca de la ley, según la cual debe decidirse en el fondo la demanda de divorcio.—673. La ley sobre el divorcio es de las que atañen al orden público.—674. El derecho á divorciarse no puede considerarse como un derecho privado personal.—675. No nos parece correcto atribuir á la ley sobre el divorcio el carácter de ley de policía y de ley penal.—676. El divorcio debe ser considerado jurídicamente como derecho de familia, y debe regularse según los mismos principios que rigen las relaciones de aquélla.—677. En Alemania prevalece la teoría que admite la preeminencia de la *lex fori*.—678. En Francia se ha atribuido á la ley sobre el divorcio el carácter del estatuto real.—679. En la Gran Bretaña rige una teoría uniforme.—680. La jurisprudencia de los Tribunales escoceses confirma el concepto que atribuye á la ley la autoridad del estatuto real.—681. En Inglaterra la jurisprudencia más reciente reconoce el carácter del estatuto personal y admite la preeminencia de la ley del domicilio conyugal.—682. Teoría en boga en los Tribunales americanos.—683. La subsistencia ó disolución del vínculo matrimonial debe depender del estatuto personal.—684. Bajo qué respecto debe admitirse la preeminencia de la ley territorial.—685. Resúmese el principio

LIBRO II

DE LOS DERECHOS QUE SE DERIVAN DE LAS RELACIONES DE FAMILIA

(Continuación)

CAPITULO VI

Del divorcio.

658. El concepto de la indisolubilidad del matrimonio es diverso en los varios sistemas de leyes.—659. Leyes vigentes en Austria.—660. En Francia.—661. En el Imperio alemán.—662. En Suiza.—663. En Dinamarca, Suecia y Noruega.—664. En Turquía.—665. En Bélgica.—666. En Inglaterra.—667. En los Estados Unidos de América.—668. Son también diversos los principios acerca de la competencia del Tribunal.—669. Se resumen los distintos sistemas sobre las reglas de competencia.—670. Inconvenientes que de aquí se derivan.—Remedios sugeridos.—671. Observaciones acerca del fundamento de la competencia.—672. Discusión acerca de la ley, según la cual debe decidirse en el fondo la demanda de divorcio.—673. La ley sobre el divorcio es de las que atañen al orden público.—674. El derecho á divorciarse no puede considerarse como un derecho privado personal.—675. No nos parece correcto atribuir á la ley sobre el divorcio el carácter de ley de policía y de ley penal.—676. El divorcio debe ser considerado jurídicamente como derecho de familia, y debe regularse según los mismos principios que rigen las relaciones de aquélla.—677. En Alemania prevalece la teoría que admite la preeminencia de la *lex fori*.—678. En Francia se ha atribuido á la ley sobre el divorcio el carácter del estatuto real.—679. En la Gran Bretaña rige una teoría uniforme.—680. La jurisprudencia de los Tribunales escoceses confirma el concepto que atribuye á la ley la autoridad del estatuto real.—681. En Inglaterra la jurisprudencia más reciente reconoce el carácter del estatuto personal y admite la preeminencia de la ley del domicilio conyugal.—682. Teoría en boga en los Tribunales americanos.—683. La subsistencia ó disolución del vínculo matrimonial debe depender del estatuto personal.—684. Bajo qué respecto debe admitirse la preeminencia de la ley territorial.—685. Resúmese el principio

que nosotros admitimos. —686. Observaciones críticas sobre la sentencia del Tribunal de Bruselas de 18 de Mayo de 1881. —687. Los principios establecidos por la jurisprudencia de los Tribunales de un país no forman parte del estatuto personal. —688. Se examina la cuestión de si un extranjero puede invocar el estatuto personal para divorciarse en un país en que la ley lo prohíba. —689. De qué manera la demanda de divorcio puede lesionar el orden público. —690. Las convenciones de las partes para modificar la ley sobre el divorcio, deben reputarse ineficaces. —691. Examinase la demanda de divorcio presentada por un naturalizado fundada en hechos anteriores á la naturalización. —692. Dificultad en el caso de naturalización del marido, en la hipótesis en que por haber conservado la mujer su nacionalidad primitiva no pueda verificarse el divorcio, según la ley personal de ésta. —693. Cuándo la naturalización puede ser impugnada por fraudulenta y reputado ineficaz en la patria el divorcio de uno que está naturalizado en el extranjero. —694. Ley que debe regular el procedimiento y la prueba de los hechos. —695. Efectos que produce una sentencia de divorcio. —696. Discusión acerca del nuevo matrimonio del cónyuge divorciado. —697. La opinión por nosotros sostenida de que el divorciado no está incapacitado para contraer nuevo matrimonio, puede mantenerse aun respecto del derecho italiano. —698. Casos en que puede considerarse lesionado el orden público por conceder al divorciado que contraiga nuevo matrimonio. —699. De las limitaciones que con arreglo á la ley personal y á la territorial se ponen al matrimonio del divorciado. —700. Consignase la decisión de la Congregación de la Santa Inquisición acerca de la eficacia del divorcio.

658. Las disposiciones de las leyes sobre la indisolubilidad del vínculo conyugal son sustancialmente diversas. En algunos Estados prevalece la teoría consagrada por el derecho canónico, que admite la indisolubilidad del matrimonio en tanto que no muera alguno de los cónyuges, y en otros, por el contrario, se considera el divorcio como un medio legítimo para disolver el matrimonio cuando se ha declarado por sentencia del Tribunal competente. No nos incumbe discutir si el divorcio debe ser considerado con arreglo á los fines morales que han de servir de base á la familia, ni si puede mirarse como útil para el mejor orden de la misma, porque esto nos conduciría fuera de nuestro objeto. Bástanos solamente hacer constar que existen leyes que permiten el divorcio por graves razones de orden público, y otras que lo prohíben absolutamente por razones fundadas en los mismos conceptos, pero apreciadas de diverso modo, y esta diversidad de leyes da origen, naturalmente, á la grave

cuestión de si el matrimonio de dos cónyuges extranjeros puede ser disuelto por el divorcio.

Conviene, por otra parte, considerar que aun las leyes mismas de los Estados que lo permiten son bastante diversas, ya respecto de los motivos por los que el divorcio puede declararse, ya respecto al Magistrado competente para entender en él.

659. En Austria, la legislación que regula la importante cuestión del divorcio, tiene un carácter completamente especial. Dicha ley, en efecto, prohíbe el divorcio entre católicos y declara igualmente indisoluble el vínculo conyugal, aunque sólo una de las partes profesase la religión católica en el momento del matrimonio (artículo 111 del Código civil) (1). Permite, en cambio, el divorcio á los no católicos (art. 115). Las causas legales del divorcio no son, pues, las mismas en todas las confesiones religiosas, y tanto es así, que hay distinciones entre los no católicos y los israelitas.

Respecto de los primeros, el divorcio puede llevarse á cabo por mutuo consentimiento; y basta para ello la recíproca averción, por la cual ya el uno ya el otro de los cónyuges pidan la disolución del matrimonio. Las causas determinadas son, pues: 1.^a el adulterio de uno de los cónyuges; 2.^a la condena á la pena carcelaria por cinco años á lo menos; 3.^a el abandono malicioso; 4.^a las asechanzas peligrosas contra la vida ó la salud; 5.^a los malos tratos graves y repetidos.

Para los israelitas, el divorcio puede tener lugar: 1.^o por recíproco y libre consentimiento, y mediante el libelo de repudio dado por el marido á la mujer (artículos 133 y 134); 2.^o cuando

(1) En virtud de tal disposición, no es posible el divorcio entre dos cónyuges, de los cuales uno sea católico en el momento del matrimonio, convirtiéndose después al protestantismo ó á otra confesión religiosa. Por la Cámara de Diputados fué aprobado en 1876 un proyecto para modificar, en este punto, el Código civil, en el cual se consignaba que debiera atenderse á la religión de los cónyuges en el momento de la demanda de divorcio; mas este proyecto fué rechazado en 1877 por el Senado; *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1877, p. 210, y *Annuaire*, 1877.

se haya probado que la mujer ha cometido adulterio (art. 135). Esta diversidad de disposiciones legislativas ocasiona graves conflictos aun en la misma ley austriaca (1).

660. En Francia el título primitivo sobre el divorcio contenido en el Código de Napoleón lo admitía por mutuo consentimiento. El art. 233 disponía, en efecto, lo siguiente: «El consentimiento mutuo y perseverante de los esposos expresado de la manera que la ley prescribe y bajo las condiciones y pruebas que ella determina, probará suficientemente que la vida común les es insoportable, y que hay con relación á ellos una causa perentoria de divorcio.» Las causas, pues, del divorcio, consignadas en dicho Código, son: el adulterio de la mujer; el adulterio del marido cuando éste tenga en el domicilio común á la concubina; los excesos, la crueldad ó injurias graves de un cónyuge contra el otro; la condena á una pena infamante. En 1816, habiendo prevalecido en el Parlamento francés las tendencias reaccionarias inspiradas por los sentimientos políticos y religiosos, entre las reformas introducidas en la legislación se cuenta la que abolió el divorcio por la ley de 6 de Marzo de 1816 (2).

En estos últimos años las tentativas para restablecer el divorcio, inútiles al principio, llegaron después á feliz término, y las vivas discusiones sobre la indisolubilidad del matrimonio se resolvieron restableciendo el divorcio por la ley de 27 de Julio de 1884, la cual puso en vigor el título sobre el divorcio contenido en el Código Napoleón, introduciendo en éste diversas modificaciones sobre puntos secundarios, y una sustancial que rechaza el divorcio por mutuo consentimiento, como estaba admitido por el citado art. 233 (3).

(1) Véase á este propósito el artículo de Lyon-Caen en el *Journal de droit international privé*. 1880, p. 268 y siguientes.

(2) La propuesta para la abolición fué hecha por M. Bonald. Véanse las actas del Parlamento y *Rapport de M. De Lamignon à la Chambre des Pairs* (Sesión de 25 de Abril de 1816), reproducido en la *France judiciaire*, t. 8.º, p. 274; Glasson, *Le divorce dans le droit français* (*ibid.* t. XI, p. 361), y la obra del mismo: *Le mariage civil et le divorce*; De Bonald, *Du divorce*.

(3) Véase el texto de la ley y los comentarios y notas de

661. En el Imperio alemán está admitido el divorcio en todos los Estados. En efecto, la ley de 6 de Febrero de 1875, que regula en todo el Imperio el estado de las personas y la celebración del matrimonio, dispone en el art. 77 lo siguiente: «Cuando según el derecho actual deba declararse la definitiva separación personal, en lo sucesivo se declarará el divorcio.» «Si antes de la fecha del día en que empiece á regir la presente ley, se ha declarado la separación personal, sin haber tenido lugar de nuevo la reunión de los cónyuges separados, puede cada uno de ellos, en virtud de la sentencia emanada, pedir la disolución del matrimonio siguiendo el procedimiento ordinario para el divorcio.»

Los motivos que pueden dar lugar al divorcio son diversos, según las legislaciones de los diferentes Estados del Imperio. Según el Código prusiano de 1794, puede pedirse el divorcio por once motivos. Entre éstos, preséntanse como nuevos la denegación constante del deber conyugal; la impotencia absoluta é incurable sobrevinida después del matrimonio; la vida desordenada y pródiga de uno de los cónyuges; el cambio de religión y también la aversión invencible. El citado Código admite asimismo el divorcio por mutuo consentimiento cuando no haya prole.

662. En Suiza, con arreglo á la ley federal sobre los actos del estado civil y sobre el matrimonio de 23 de Diciembre de 1874, si ambos cónyuges piden el divorcio, el Tribunal está obligado á concederlo, cuando del estado de las cosas resulte que su ulterior convivencia es incompatible con la esencia del matrimonio (art. 45). Cuando la demanda se promueve por uno de los cónyuges, debe ser concedido por causa de adulterio, si no han transcurrido más de seis meses desde que la parte ofendida tuvo conocimiento de él; por causa de asechanzas á la vida, de malos tratos y de injurias graves; por condena á pena infamante; por abandono malicioso si se prolonga durante dos años, y si ha quedado sin efecto la intimación judicial de que vuelva

M. Challames, en el *Annuaire de législation comparée*, año 1885, y Covtant, *Le rétablissement du divorce en France*, en la *France judiciaire*, t. 8.º, p. 433-47, 565, 497.

dentro de los seis meses; por enajenación mental, si dura tres años y se ha declarado incurable. Puédese también declarar el divorcio, cuando, sin existir ninguno de los mencionados motivos, los lazos matrimoniales estén profundamente relajados.

Está admitido igualmente el divorcio en todos los demás Estados de Europa, exceptuando tan sólo á Italia, España y Portugal. En Rusia ha sido regulada esta materia por el Código civil de 31 de Enero de 1833, artículos 29 y siguientes. Este Código, en el art. 38, prohíbe el divorcio por consentimiento mutuo.

663. En Dinamarca, el Código civil de 1856, admite el divorcio por diversas causas, reconociéndolo también por mutuo consentimiento entre cónyuges, que de antemano hayan conseguido la separación personal, si persisten en tal estado durante tres años.

En Holanda, el Código civil de 1856, admite el divorcio por las mismas causas que se han visto en el Código civil francés, pero no por mutuo consentimiento.

En Noruega, el Código de 1867 reconoce el divorcio, y establece que éste puede declararse por las mismas causas, tanto por lo que respecta al marido como á la mujer, y de aquí que pueda motivarlo el adulterio del uno ó del otro. En este Código se reconoce el divorcio declarado por autorización real en el caso de mutuo consentimiento entre los cónyuges. Estos deben pedir previamente á las autoridades civiles el permiso para vivir separados, y, si transcurridos tres años desde el día en que obtuvieron tal permiso, persistieren en la determinación de divorciarse, el Rey debe acordar la disolución definitiva del matrimonio (artículos 66, 67 y 68). Es digno de notarse, que cuando el divorcio se ha concedido por el Rey, uno y otro cónyuge necesitan después un permiso especial para celebrar nuevo matrimonio.

En cuanto á Suecia, el Código civil de 1734 admite el divorcio, pero las disposiciones á él relativas son distintas de las de Noruega. El Rey, como Jefe Supremo de la Iglesia luterana, tiene el derecho de autorizar previa la demanda de una de las partes, la disolución del matrimonio, por ciertas y determinadas

causas consignadas en la ley de 27 de Abril de 1810. Una de estas puede ser la embriaguez incorregible, como también la violencia de carácter y la divergencia de opiniones, que, estableciendo incompatibilidad de temperamentos, llegue á ser tan grave que se manifieste en continuas ocasiones hasta el punto de engendrar entre los cónyuges un ódio recíproco. Puede obtenerse, por consiguiente, el divorcio, ó por demanda presentada al Tribunal competente, ó por petición hecha al Rey como Jefe Supremo de la Iglesia del Estado.

664. En Turquía puede ser disuelto el vínculo conyugal por divorcio ó por repudio. Puede llevarse á cabo el divorcio pagando á la mujer una compensación; y con arreglo al estatuto personal, art. 276, puede divorciarse el marido jurídicamente de la mujer pagándole una cantidad que exceda á la dote que ella entregó. También puede disolverse el vínculo conyugal sin necesidad de ningún acto judicial, mediante el libelo de repudio definitivo; es decir, repetido por tres veces (art. 278).

665. En Bélgica, el Código civil reproduce las disposiciones del Código Napoleón relativas al divorcio.

666. En Inglaterra puede ser disuelto el matrimonio por el divorcio por causa de adulterio de la mujer, y también por causa de adulterio del marido, sólo en el caso, si se trata de éste, de que sea un adulterio incestuoso, es decir, cometido por el marido con una mujer que por impedimento de consanguinidad ó de afinidad no pudiese contraer matrimonio con él, si su esposa muriese, ó de adulterio conjunto con bigamia, raptó, sodomía ó bestialidad, adulterio y crueldades contra su mujer, por las cuales, aun sin el adulterio, se habría concedido á ésta el derecho á separarse, *a mensa et toro*, ó cuando existe adulterio y abandono de la mujer sin motivos racionales por dos ó más años (artículo 27, Estatuto 20-21 Victoria, cap. 85. *Divorce Act*, 1857).

667. En los Estados Unidos de América, el divorcio está generalmente admitido, exceptuando sólo aquellos Estados en que el matrimonio se rige todavía por el derecho canónico. En la legislación de los diversos Estados americanos, se encuentra alguna diversidad respecto de los motivos por los cuales puede declararse el divorcio.

668. Aparte de la notable diversidad de las leyes mencionadas respecto de los motivos que pueden existir para declarar el divorcio, no es la menos grave la que se encuentra en el derecho y en la jurisprudencia de los diversos países acerca del Tribunal competente para concederlo, cuando se promueve la demanda por un cónyuge extranjero.

La ley federal suiza de 1874, dispone lo siguiente en el artículo 56 sobre la demanda promovida por un extranjero: «En cuanto á los matrimonios entre extranjeros, no puede admitirse por los Tribunales ninguna acción tocante á divorcio ó nulidad, si no se ha establecido que el Estado, de donde los esposos proceden, ha de reconocer el fallo que recayere.» La aplicación de este precepto ha dado lugar á muchas dificultades. Habiéndose, en efecto, exigido que los cónyuges debían presentar una declaración de las autoridades del Estado á que pertenecen, para hacer constar que la sentencia que debiera pronunciarse por el Tribunal suizo habría de ser reconocida por su país, y no pudiendo ser remitida esta declaración hasta después de pronunciada la sentencia, ha venido á ser de hecho imposible cumplir la condición exigida por el citado artículo (1).

En Inglaterra, después de promulgarse el Estatuto 20-21 Victoria, cap. 85, *Divorce and matrimonial causes Act* de 1857, por el cual se atribuye al Supremo Tribunal de Justicia la competencia para entender en el divorcio (*Probate and divorce division*), han surgido muchas discusiones acerca de la competencia de este Tribunal para entender en la disolución de matrimonio entre extranjeros, y se ha mantenido la competencia respecto de todos aquellos que tenían su morada ó residencia matrimonial (*Matrimonial home or residence*) en la jurisdicción del Tribunal, aunque domiciliados en el extranjero. Tal decisión se ha fundado en la interpretación del art. 27 del citado Estatuto, que dispone: «Se permite á *todo marido* presentar en adelante á dicho Tri-

(1) Véase á este propósito el importante artículo de Barrilliet, *Du divorce des époux étranger en Suisse*, en el *Journal du droit intern. privé*, 1880, p. 347 y á Leher (*ib.* p. 464.)

bunal la demanda para la disolución del matrimonio fundada en el adulterio cometido por la mujer después de la celebración del matrimonio; es igualmente permitido á *toda mujer* formular demanda para la disolución del matrimonio por los motivos indicados en el art. 27.» El Tribunal inglés ha interpretado la disposición á *todo marido*, á *toda mujer* en el sentido de que cada uno, cualquiera que sea el país á que pertenezca, y sin necesidad de estar domiciliado en Inglaterra, debe considerarse autorizado para pedir al Tribunal la disolución del matrimonio (1).

En Alemania, con arreglo al art. 568, párrafo 2.º, del Código de procedimiento civil vigente: «La demanda para la disolución del matrimonio promovida contra el marido por la mujer abandonada, y que esté domiciliada en el extranjero, puede promoverse ante el tribunal del país donde el marido tenía el último domicilio en Alemania, en el supuesto de que haya sido ciudadano de uno de los Estados alemanes en el momento en que aconteció el hecho que origina la presentación de la demanda.»

En los Estados Unidos de América, prevalece generalmente, el principio de que toda persona establecida en la jurisdicción del Tribunal, puede presentar, ante el mismo, la demanda de divorcio. Según las leyes de algunos Estados, se exige la residencia por un tiempo dado, y así, según la ley de Massachusetts, se requiere que el actor esté allí establecido con tres años de antelación. La ley anterior exigía la residencia de cinco años y declaraba inadmisibile la demanda por parte de una persona que se hubiese establecido en dicho Estado para divorciarse.

669. No juzgamos oportuno exponer en particular las graves discusiones habidas ante los Tribunales de los diferentes Estados, respecto de su competencia para entender en el divorcio entre extranjeros, y sólo haremos notar que las reglas estableci-

(1) Véanse, por otra parte, las largas discusiones sobre esta materia en la causa Nivoyet, c. Nivoyet, 16 y 19 de Julio, 8 de Noviembre de 1878; *Law, Times Report*, N. S., vol. XXXIX, p. 172 y sig., y 486 y sig.