

das son diversas y contradictorias, y que esta notable diversidad basta para poner en evidencia cuán necesario es que todos los Estados se pongan de acuerdo para establecer un derecho común en esta materia y hacer que cese un estado de cosas que produce la más grave perturbación en la organización de la familia, que se perjudica con motivo de la grande incertidumbre y oposición de principios que rigen acerca de la competencia de los Tribunales llamados á juzgar y decidir las cuestiones relativas á la disolución del vínculo conyugal. Para convencerse de ello basta resumir las reglas opuestas y contradictorias que prevalecen en los diversos países.

En algunos Estados se admite, en efecto, que el lugar en el cual se celebró el matrimonio puede servir para determinar la competencia y entender en su disolución, viniendo á admitirse de ese modo una jurisdicción fundada en las circunstancias del contrato estipulado en un lugar determinado, como si el matrimonio pudiera equipararse á un contrato.

En unos países se considera decisivo para determinar la jurisdicción el domicilio conyugal, esto es, el fijado por el marido en la época del matrimonio; en otros se juzga para ello suficiente el domicilio actual del demandante en el momento en que se formule la demanda y algunas veces ni aun esto se considera necesario, sino que, en su lugar, basta su simple residencia. Hay también Estados en los cuales, habiéndose considerado el divorcio como una reparación de la ofensa inferida al cónyuge inocente, se cree bastante el que ésta se haya hecho en el país para conceder por esto jurisdicción á los Tribunales del mismo para declarar el divorcio en reparación de la ofensa inferida. En otros Estados se considera suficiente que el actor esté domiciliado en la jurisdicción del Tribunal, ante el cual presente la demanda de divorcio, y no se reputa necesario que la ofensa que da origen á la demanda se haya cometido allí mismo. En los países en que se considera indispensable el domicilio para atribuir la jurisdicción, sostienen algunos que ésta debe atribuirse teniendo en cuenta el domicilio del actor, y de aquí que consideren también legalmente promovida la instancia por parte de la mujer que haya adquirido un domicilio distinto del de su

marido; otros por el contrario, teniendo en cuenta que la mujer casada no puede tener un domicilio legal, separado del de su marido, no admiten que la jurisdicción pueda depender del domicilio de la mujer si éste no es el domicilio legal de la misma. Respecto del domicilio del marido hay también quien no admite que la jurisdicción pueda atribuirse, teniendo en cuenta dicho domicilio, en el momento de presentar la demanda, sosteniendo que la jurisdicción debía depender del domicilio del marido en el momento de la violación de los deberes conyugales, y considera, por lo tanto, el cambio posterior de domicilio de ningún efecto para modificar los derechos adquiridos en el domicilio del lugar en que se llevó á cabo la violación.

630. Esta notable diversidad tocante á las reglas acerca de la jurisdicción y competencia del Tribunal llamado á decretar el divorcio, produce los más graves inconvenientes en la práctica, porque sucede con frecuencia que á la disolución del matrimonio decretada por un Tribunal considerado competente según la *lex fori*, no se le atribuye efecto alguno en la patria de los cónyuges, en otros países por carecer allí de jurisdicción el Tribunal; y, por consecuencia, el segundo matrimonio contraído por el que se había divorciado se considera válido en un país, mientras en el otro, en donde todavía se reputa subsistente el anterior matrimonio, se mira como afectado de vicio sustancial de bigamia el segundo, y son reputados, por lo tanto, como ilegítimos los hijos de él nacidos (1).

Fácil es comprender que de este estado de cosas nacen las más graves complicaciones, tanto respecto al derecho civil,

(1) Conf. el artículo de Ritner, *Observations sur les divorces entre étrangers à propos d'un cas singulier de mariage, suisse-hongrois*, y el otro de Weightman, *Du domicile considéré relativement au mariage et au divorce* en el *Journal du droit intern. privé*, 1885, p. 152, 405.

Conf. Laurent, *Droit civil int.*, t. I y V; Asser, *Droit intern. privé*, n. 54; Wharton, *Conflict of laws*, § 235 y sig.; Dudley Field, *International Code*, § 674; Feraud Giraud, *De la compétence des tribunaux français pour connaître des contestations entre étrangers* (*Journal du droit intern. privé*, 1880 y p. 137.)

como al derecho penal, y para el que considere que el orden de la familia está incluido en todas las instituciones, aquélla que bajo tantos conceptos interesa al derecho social y al derecho internacional, aparece claramente que no pudiendo las legislaciones particulares de cada Estado evitar tan graves inconvenientes, se hace indispensable establecer un derecho común, ya acerca de la competencia de los Tribunales que pueden declarar el divorcio entre los extranjeros, ya acerca de la ley á que deban sujetarse para decidir sobre la demanda.

671. No podemos discutir á fondo esta cuestión de la competencia, y nos referimos á lo anteriormente dicho (1). Parece que la sumisión voluntaria á la jurisdicción extranjera puede atribuir competencia al Tribunal á que se recurre, como en cualquier caso de incompetencia personal respecto de los extranjeros (2).

Tampoco nos parece suficiente la circunstancia de la celebración del matrimonio en un lugar dado para atribuir la competencia; ni el haber sido cometida en un país la violación de los deberes conyugales; ni la del simple domicilio ó la residencia en el momento en que se presente la demanda. Sostenemos, al contrario, que en principio, la competencia debe atribuirse con arreglo al criterio por el cual se determina el estatuto personal, correspondiendo por lo tanto á los Tribunales de la patria ó á los del domicilio conyugal, según se considere decisivo para determinar el estatuto personal la nacionalidad ó el domicilio. Admitimos, no obstante, que el lugar en que los cónyuges estaban domiciliados, en el momento en que uno de ellos había violado los deberes conyugales con ofensa del otro, puede servir para

(1) Véase el capítulo precedente, § 652.

(2) El Tribunal civil del Sena, en su sentencia del 20 de Diciembre de 1886, admite en principio que el Tribunal francés debe considerarse incompetente para conocer y decidir una demanda de divorcio entre extranjeros cuando el demandado declina su jurisdicción sin que pueda por elio suplir de oficio la falta de tal excepción; *Clunet, Journal*, 1886, p. 710.

determinar la competencia. Esta regla está basada en la misma naturaleza de las cosas, porque, en realidad, en ningún otro lugar pueden apreciarse mejor que en el que la ofensa ha sido inferida, las circunstancias del hecho y decidir si há ó no lugar á la demanda; de aquí, por otra parte, la evidente necesidad de la pronta reparación del desorden sobrevenido en las relaciones de la familia, y el principio generalmente admitido de administrar la justicia sin dilaciones, cuando llegue el caso de tener que hacerlo, tanto á los naturales como á los extranjeros.

672. Pasemos ahora á examinar la cuestión verdaderamente grave y muy debatida de la ley á que debe sujetarse el Juez encargado de la causa para decidir en una demanda de divorcio. Encontramos, respecto de este punto, una notable diversidad de opiniones entre los escritores, y contradicción de principios en las sentencias dictadas por los Tribunales de los diversos Estados. Hay, en efecto, quien coloca la ley del divorcio entre las que, por su naturaleza, tienen el carácter de leyes territoriales; opinando otros que las relaciones de la familia deben regirse por la ley del domicilio conyugal, y sólo á ésta atribuyen autoridad suficiente para decidir sobre la disolución del matrimonio celebrado: otros, considerando la ley relativa al divorcio como una ley de policía, sostienen que debe atribuirse autoridad á la que rija en el punto en que el cónyuge culpable ofenda al inocente. Hay, además, quien opina que, así como el divorcio produce por sí mismo la más notable modificación del estado personal, así también debe depender todo del estatuto personal, cuando se trate de decidir si puede admitirse el divorcio y los motivos por los cuales pueda ser decretado.

673. Antes de discutir en principio las diversas teorías, juzgamos oportuno anticipar algunos conceptos acerca de la naturaleza y carácter de la ley del divorcio.

La ley del divorcio es una ley de orden público respecto de las personas que deben reputarse sujetas á los preceptos del legislador, porque éste, admitiendo que en ciertas circunstancias el vínculo conyugal (teniendo en cuenta sus relaciones con el derecho civil) pueda ser disuelto por el divorcio, se inspira en conceptos de alta moralidad, que deben presidir al buen orden

de la familia, tal como se entiende, según las convicciones morales del pueblo.

En todo sistema de leyes, el principio moral en que descansan tiene un elemento relativo, y es el que nace de las condiciones históricas en que se encuentra el pueblo para el cual se ha hecho la ley; y así como estas condiciones son solamente las que pueden decidir sobre la moralidad ó inmoralidad del divorcio en cada país, así no se puede sostener que el divorcio considerado en sí mismo sea absolutamente moral ó inmoral; y de aquí también que deba reputarse, no sólo lícito, sino conforme á los fines morales de la familia, en aquellos países en que esté admitido por la ley.

Es preciso, sin embargo, tener en cuenta que, así como ningún legislador puede imponer á todo el mundo su propio modo de ver acerca del orden moral de la familia, y como debe reconocerse y respetarse la autoridad de las leyes extranjeras tocante á las personas que están sujetas á ellas, no puede someter á las leyes propias á los extranjeros ni imponerles sus preceptos imperativos acerca del divorcio, á no ser que se consiga demostrar que la ley del divorcio es una ley de seguridad pública y de policía general, cosa insostenible, como ya diremos.

674. Siguese de estos principios que el derecho á divorciarse no puede ser considerado como un derecho privado personal de los cónyuges, ni puede mirarse por lo que á los mismos toca como un derecho adquirido en virtud de la ley á que se sometieron al celebrar el matrimonio. Algunos escritores lo han sostenido, entre ellos Rocco, que se expresa de esta manera: «El divorcio no muda tan sólo la condición y la capacidad de los cónyuges, sino también su cualidad, porque los reduce al estado de célibes, y anula el contrato nupcial establecido legítimamente. No puede suponerse que los esposos al contraer matrimonio hayan querido reconocer el principio de que su capacidad para divorciarse se hubiese de regular por la ley del domicilio matrimonial, que puede estar sujeto á cambios de un lugar á otro, y de aquí que la facultad de regular el divorcio deba incumbir á la ley que reguló *ab initio* la constitución del matrimonio. No se puede de ninguna manera sostener que todo aquello que concier-

ne á la validez y legitimidad de un contrato, deba regularse por una ley, y lo que se refiere á su disolución ó anulación deba serlo por otra distinta: estas son dos cosas correlativas, y del mismo modo que no se puede decidir si un contrato es ó no válido, sin tener en cuenta la ley que presidió á su formación, tampoco puede decidirse si puede ó no anularse el matrimonio, prescindiendo de la ley por la cual quedaron recíprocamente obligados los cónyuges en la unión conyugal. En una palabra, el marido mediante el cambio de domicilio puede tener facultades para cambiar la capacidad de la mujer, mas no para privarla de derechos legítimamente adquiridos. Ahora bien: el primero de ellos es ciertamente el no poderse disolver en virtud de leyes extranjeras los lazos que en el Reino eran indisolubles desde su origen.

675. Nosotros sostenemos, por el contrario, que el derecho á divorciarse no puede reputarse un derecho privado de los cónyuges, porque lo consideramos de naturaleza mixta en el sentido de que la institución del divorcio, fundada en los más elevados principios de orden público, forma parte del derecho social, que no puede modificarse á voluntad de los particulares. Por esto, dos cónyuges que, bajo el amparo de la ley vigente en la época de su unión hubiesen contraído un matrimonio indisoluble, salvo el caso de muerte de uno de ellos, no podrían alegar la indisolubilidad primitiva de la unión contraída ni sostener que habían adquirido el derecho de oponerse al divorcio en el supuesto de que la nueva ley lo haya reconocido, ni, por otra parte, aquéllos que se hubiesen unido en matrimonio, estando en vigor la ley del divorcio, no podrían alegar el haber adquirido el derecho á divorciarse cuando la nueva ley lo hubiese abolido, aduciendo que habían tenido intención de contraer una unión que, dadas ciertas circunstancias, estaba en su mano disolver. Así, en ninguno de ambos casos, el derecho de divorciarse podría considerarse como un derecho de las partes, ni como consecuencia del contrato regido como tal por la ley vigente al tiempo de su realización, no habiendo tenido en cuenta la ley que permite ó prohíbe el divorcio la intención que los esposos puedan tener al unirse, sino que sólo se inspira en las razones de interés público que justifican la admisión ó prohibición del divorcio, obligando, por

tanto, á todos, á someterse á sus preceptos imperativos, y negando á los particulares la facultad de derogarlos (1).

Admitido este concepto, no puede, por otra parte, sostenerse que la ley del divorcio deba reputarse como una ley de policía ó una ley penal, como sostienen los Tribunales americanos.

Según dice Westlake, se adoptó este criterio por el Tribunal Supremo del Massachussets, que á este propósito se expresa de la siguiente manera: «Las disposiciones que se refieren al divorcio pertenecen más bien al derecho penal que al civil, sin que las reglas aplicables al contrato de las partes puedan valer del mismo modo para determinar las relaciones personales y los mutuos deberes que de aquél se derivan, y la conducta que los cónyuges deben observar durante la vida conyugal: cosas todas que están reguladas por los principios de orden público y de economía general, y por la necesidad de conservar las buenas costumbres y proveer á la felicidad de los mismos cónyuges. Un divorcio, por ejemplo, en el caso de escándalo público y torpeza no es la reivindicación de un derecho consiguiente al contrato del matrimonio ni la sanción del mismo, sino una especie de pena que la sociedad ha puesto en manos de la parte ofendida, y que puede conminar con la sanción del Tribunal competente como reparación de la injuria y de la ofensa recibida. Si uno de los cónyuges faltó á sus deberes, el continuar la unión conyugal es intolerable y vejatorio para la parte inocente, y un mal ejemplo para los demás. La ley, pues, que debe regular la conducta de los casados, sus deberes, las consecuencias que nacen de la violación de éstos, y los casos en que puedan anularse los lazos mutuos, no es la del lugar en que fué estipulado el contrato del matrimonio, sino la del lugar en que los cónyuges están domiciliados, por la cual se protegen los derechos que se derivan de

(1) Véase mi obra sobre las disposiciones generales de las leyes, Nápoles, 1886, cap. V, *De la autoridad de la nueva ley respecto de los derechos y deberes que nacen de las relaciones y del estado de la familia*, § 145.—Conf. Merlin, *Effet retroactif*, sect. V, artículo 14.—*Question de Droit*, Véase *Divorce*, § 12, art. 4.º

la unión conyugal, y con arreglo á la misma deben ser juzgados por la violación de aquéllos» (1).

No nos atrevemos á negar que el fundamento de la ley del divorcio pueda ser, como de hecho lo es, el interés público, la policía general; pero no podemos admitir que en buenos principios se pueda llegar á sostener que por la seguridad pública, ó por la defensa de las buenas costumbres ó de la policía de un país pueda ser necesario decretar la disolución del matrimonio entre extranjeros por medio del divorcio cuando se hayan cumplido las condiciones exigidas por la ley territorial para declararlo entre ciudadanos. Para la seguridad pública y para las buenas costumbres podrá ser necesario decretar la separación de hecho de dos cónyuges extranjeros, proveer á la seguridad personal de ellos, al mantenimiento y educación de los hijos, á los alimentos, etc., etc.; pero en cuanto á declarar disuelto el matrimonio y autorizar á los cónyuges divorciados para celebrar otro, aplicando por completo la ley territorial, esto no nos parece justificable en modo alguno.

Querer atribuir á la ley del divorcio carácter de ley penal equivale á desnaturalizar el concepto jurídico de la institución; porque entonces, en rigor lógico, habría que admitir que una sentencia de divorcio debería tener el mismo carácter que una sentencia penal, y, por consiguiente, que el cambio de estado nacido de esta sentencia de divorcio no debiera reconocerse fuera del Estado en que aquél se declare, porque las sentencias penales que implican una modificación de la condición personal, no pueden tener, en principio, autoridad extraterritorial.

676. A juicio nuestro, el divorcio, más bien que en sus relaciones con el derecho penal y con las leyes de policía aplicables á los extranjeros, debe ser considerado, por el contrario, (atendiendo á su propio carácter) en relación directa y principal con los derechos de familia, porque de hecho produce el efecto inmediato de disolver el vínculo matrimonial, y deja libres á los cónyuges divorciados, originándose de aquí que cause un grave

(1) *Justice in Barber.*, v. *Root* 10. Mass. 265, citado por Westlake, núm. 351, y por Story, § 229.

y profundo cambio de estado, y por esta razón no puede depender de otra ley distinta de aquella que debe tener autoridad para regular el estado de las personas y el de la familia, y las modificaciones sustanciales que respecto del estado personal pueden admitirse.

Hemos demostrado que el matrimonio, las relaciones que nacen de la familia constituida y las consecuencias del vínculo conyugal, atendiendo al estado de las personas, deben regirse por el estatuto personal del marido que es el cabeza de familia. La circunstancia de estar una familia extranjera domiciliada en un país, así como no muda la condición jurídica de las personas ni la ley á la cual deben someterse, por lo que atañe al estado personal de cada uno de ellos, tampoco puede mudar la sumisión de éstos á la ley que debe regular las relaciones de la familia ni la subsistencia ó disolución del vínculo conyugal. Es natural, por lo tanto, admitir que la indisolubilidad del matrimonio debe depender del estatuto personal de los cónyuges. No cabe aducir en contrario que la ley relativa al divorcio está fundada sobre principios de orden público, porque sin contradecir esto, es, no obstante, necesario colocar la cuestión bajo el siguiente punto de vista.—Dado y concedido que la ley del divorcio esté fundada sobre principios de orden público, ¿deberá por eso reputarse de interés público la aplicación de la ley territorial á los extranjeros y, en virtud de ésta, declarar disuelto el matrimonio celebrado por ellos é indisoluble según el estatuto personal de la familia?

677. No debemos ocultar que al resolver esta cuestión, tal como la hemos propuesto, los escritores y la jurisprudencia han llegado á conclusiones diversas y contrarias. La mayoría de ellos atribuye á la ley del divorcio el carácter del estatuto real, y así piensan los escritores alemanes, entre los cuales Schaeffner discurre del siguiente modo: «No puede ponerse en duda, dice, que el Juez ante el cual se presenta una demanda de disolución de matrimonio, debe tener en cuenta únicamente la ley que impera en su país, su *jus publicum*, para decidir en general si un matrimonio puede ser disuelto, y cuáles sean las causas para que esto suceda..... Si en el lugar en que se contrajo el matrimonio fue-

sen suficientes causas, que no lo sean con arreglo al derecho de su país, el Juez no puede respetar aquella ley, ni, por el contrario, puede tener ningún peso para él la circunstancia que por aquella ley fuera un obstáculo para la disolución, pues tanto aquella prohibición como esta obligación son para él absolutas» (1).

La jurisprudencia de los Tribunales del Imperio confirma el mismo principio, á saber: que se debe aplicar la *lex fori*, aun cuando las partes entre quienes existe el litigio sean extranjeras, y que ni aun es necesario preocuparse de examinar si el hecho en que se funda la demanda es anterior ó posterior al tiempo en que el demandante se ha sometido á la jurisdicción del Tribunal, bastando tan sólo que la competencia del mismo pueda establecerse según las reglas del Código alemán de procedimientos.

Estos principios se han aplicado aun á aquéllos que pertenecían á diversos Estados del Imperio germánico, que tienen legislaciones diversas en materia de divorcio. Es jurisprudencia constante del Tribunal regional superior, que el Juez investido de la causa debe aplicar la *lex fori*, y que por ende debe admitir como causas de divorcio las reconocidas en el país donde se ha presentado la demanda (2).

El Tribunal Supremo también ha establecido que, así como el art. 77 de la ley del Imperio del 6 de Febrero de 1875 prohíbe á los Tribunales alemanes decretar la separación personal, concediéndoles solamente declarar el divorcio, no se podrá tampoco acordar esta separación personal entre extranjeros, á causa de estar prohibida por la ley territorial; y que, por consiguiente, no debe en este punto establecerse distinción alguna entre nacionales y extranjeros: que el decretar la separación entre

(1) Schaeffner, *Entwicklung des internationalen privatrechts*, § 124; Dernburg, *Lehrbuch des preussischen privatrechts*, t. III, § 4. Véase en el mismo sentido, Asser, *Droit intern. privé*, § 53, y Pradier-Fodéré, *Droit intern. public*, t. III; *Relations de droit privé*, § 1.740 al fin.

(2) Véase en este sentido la sentencia del Tribunal reg. sup. de Dresde del 1.º de Junio de 1883, y del Tribunal reg. sup. de Celle del 19 de Junio de 1883 Clunet, *Journal du droit intern. privé*, 1884, p. 306, 307.