

éstos equivaldría á violar manifiestamente el art. 77 precitado; que la ley extranjera no puede ser obstáculo para obtener el divorcio; que no debe serlo tampoco para decretarlo la circunstancia de no reconocerse el divorcio por la ley personal de los cónyuges, porque el art. 2.º, § 1.º de la Constitución del Imperio declara: que no se debe atribuir ningún valor á las disposiciones de las leyes particulares, que conciernen á las cuestiones de derecho internacional privado, cuando estén en oposición con las leyes del Imperio, que no establece diferencia en la materia entre ciudadanos y extranjeros. Sentadas estas premisas, deducía el Tribunal que un austriaco católico, no sólo podía exigir que se decretase su divorcio, sino también que el obstáculo fundado en la ley austriaca no podía ser una razón para negar al que estuviese divorciado el proceder á la celebración de un segundo matrimonio en Alemania (1).

Bar, entre los escritores alemanes modernos, impugna esta doctrina, y opina que la ley del divorcio tiene el carácter de ley personal, sosteniendo por lo mismo que en ciertos casos debe admitirse la preferencia de la ley territorial.

678. En la jurisprudencia francesa encontramos una causa célebre discutida dos veces en el Tribunal de Casación mientras estaba en vigor el título del Código Napoleón sobre el divorcio. La señora de La Tour, francesa, casada con el Sr. Mac-Mahón, irlandés, obtuvo una declaración de divorcio por la ausencia no justificada del marido. De vuelta éste con el grado de Mayor inglés, reclamó contra la sentencia por ser extranjero y no estar sujeto á la ley francesa. El Tribunal de Orleans (11 Thermidor, año 13), decidió lo siguiente: «Considerando que la mujer sigue la condición del marido y está sujeta á la misma ley que él; considerando que en la época del matrimonio como en la del divorcio Mac-Mahón era extranjero; considerando que ninguna estipulación había podido sustraerlo á su ley, sometiendo-

(1) Véase en este sentido la sentencia de 22 de Abril de 1884. del Tribunal del Imperio (Trib. reg. sup. de Dresde); Clunet, *Journal*, 1885, p. 316.

le á la francesa, el divorcio provocado con arreglo á las leyes francesas es nulo y de ningún valor, etc.» Al contrario, el Tribunal de Casación en pleno, en sentencia de 22 de Marzo de 1806, oída la docta información de Merlin, decretó: «Considerando que el Sr. Mac-Mahón no puede sustraerse á la aplicación de las leyes francesas bajo el pretexto de ser extranjero, puesto que penetrándose al propio tiempo de las consideraciones políticas y morales que han dictado esta ley, es imposible no reconocer en ellas una disposición de orden público, como lo atestigua el parecer del Consejo de Estado; que bajo este respecto se la debe considerar como una verdadera ley de policía general que á todos indistintamente somete á su imperio, sean franceses, sean extranjeros residentes en el territorio francés, y es aplicable por consiguiente á todos los divorcios decretados con arreglo al Código civil en toda la extensión del territorio, el Tribunal por estas razones casa y anula la sentencia del Tribunal de Orleans, sometiendo á las partes al Tribunal de Dijon.» Otra sentencia del 27 de Agosto de 1808 confirmó el divorcio.

679. En el Reino Unido de la Gran Bretaña, habiendo notable diversidad entre la ley vigente en Escocia y la de Inglaterra, han surgido graves controversias en cuanto á los divorcios decretados en Escocia, entre personas que se habían unido en matrimonio en Inglaterra. Según la ley escocesa, la mujer puede obtener el divorcio por el simple adulterio del marido, mientras que, conforme á las leyes inglesas, no puede obtenerlo sino cuando el marido se haya hecho culpable de adulterio acompañado de insultos graves contra ella, de abandono de la misma por dos años al menos, de bigamia, ó cuando el adulterio sea incestuoso ó el marido esté convicto de raptó ó de un delito contra naturaleza.

Como consecuencia de esta diversidad de legislaciones, ha surgido la duda de si un matrimonio originariamente celebrado por un inglés en Inglaterra y disuelto después en Escocia por el simple adulterio del marido, debe reputarse eficazmente disuelto conforme al derecho inglés, y si debe considerarse válido el segundo matrimonio celebrado en Inglaterra por el divorciado. Uno de los litigios importantes en que esta discusión ha tenido

lugar, fué el de Lolley (1). En aquella circunstancia surgía verdaderamente la cuestión de jurisdicción, porque, antes de la ley de 1857, el matrimonio entre ingleses no podía ser anulado sino por un acuerdo especial del Parlamento, mientras en Escocia la ley concedía jurisdicción á los Tribunales.

La jurisprudencia, pues, del Tribunal de divorcio en Escocia, había establecido como regla, que para legitimar la jurisdicción de este Tribunal no debía reputarse necesario que ambas partes tuviesen su domicilio en Escocia en el momento de haberse cometido el adulterio é incoado la acción, sino que debía bastar que el demandante pudiese estar sometido á la jurisdicción del Tribunal, y que se hubiese establecido en Escocia *bona fide*, y no simuladamente y con el solo propósito de promover la acción para obtener el divorcio. Partiendo del supuesto que el actor podía estar sometido á la jurisdicción del Tribunal, éste se juzgaba competente para entender en el divorcio, aun cuando el adulterio se hubiese verificado en el extranjero, ya se tratase de matrimonio contraído por escoceses en Inglaterra, ya se hubiese contraído allí por ingleses que tuviesen su residencia en Escocia.

La Cámara de los Lores, Tribunal Supremo de apelación para Inglaterra y Escocia, sostenía, por el contrario, en principio, que un matrimonio contraído en Inglaterra entre ciudadanos ingleses no podía ser disuelto mediante el divorcio decretado fuera de Inglaterra.

680. Después de la ley de 1857 que concedió al Tribunal jurisdicción para decretar el divorcio aun respecto de los matrimonios celebrados en Inglaterra, no ha desaparecido del todo el conflicto, pues todavía queda en pie la cuestión de si un divorcio decretado en Escocia entre ingleses, por un motivo apreciado por la ley escocesa pero no por la inglesa, debe ser válido en Inglaterra. Los letrados escoceses sostienen todavía que debe

(1) *Lolley's case Piggott. Foreign judgements their effect in the english courts*, p. 172 y Story, *Conflict of laws*, § 216 y siguientes.

Confróntese la opinión de lord Brougham, sostenida en la causa Lolley, en oposición á la que el Tribunal mantenía.

aplicarse la ley escocesa. Defienden, en efecto, que la ley territorial que determina los deberes recíprocos de los cónyuges, y la reparación debida por las mutuas ofensas debe aplicarse á todos los casados que residan en el territorio y que por este motivo estén sujetos al imperio de la ley, la cual debe tener autoridad para castigar la transgresión de los deberes conyugales, á la manera que la tiene para cualquier delito cometido en el territorio. La sociedad conyugal, dicen, es una institución *jure gentium*: los esposos, al unirse en matrimonio, se obligan á tratarse donde quiera que estuvieren como marido y mujer; pero no prometen, ni pueden prometer hacer que prevalezca en todas partes la ley que presidió á su unión, para hacer que se rijan conforme á ella los deberes recíprocos, el poder marital y las reparaciones á que uno de ellos pueda tener derecho en el caso de que el otro le infiera una ofensa ó abuse de su poder. El ser indisoluble el matrimonio contraído por católicos romanos, en virtud del sacramento, no puede ser una razón para no admitir el divorcio, porque la supuesta indisolubilidad no puede impedir la aplicación uniforme del derecho público territorial, que regula todas las relaciones entre las personas que residen en el territorio, teniendo en cuenta las conveniencias políticas y la seguridad de la autoridad pública, sin que pueda renunciarse á este derecho como se hace á los derechos de orden privado. La supuesta indisolubilidad no puede tener ningún valor ni por la voluntad de las partes, ni en virtud de la ley bajo la cual tuvo lugar la unión. Todo lo que sea producto de la voluntad de las partes debe ser reconocido donde quiera; pero no debe confundirse lo que es efecto de la voluntad de las partes, con lo que se deriva de la estipulación, sino que es, por el contrario, efecto de la institución, según el derecho positivo. Este no puede tener ningún valor fuera del territorio por el conocido axioma *extra territorium jus dicenti impune non paretur*.

Estas son las principales razones de que se sirven doctos y sabios magistrados escoceses para defender la doctrina reinante en Escocia en materia de divorcio (1).

(1) Fergusson, *On marriage and divorce*, p. 359, y sig. Confrón-

681. En Inglaterra la doctrina que prevalece, después de promulgada la ley de 1857, es que el divorcio decretado fuera de dicho Estado respecto de un matrimonio celebrado en el mismo, puede ser válido cuando se haya decretado por un motivo admitido por la ley del domicilio del marido, y con tal que las partes no se hayan sometido fraudulentamente á la jurisdicción extranjera. Esta fué la opinión emitida por el Juez del Tribunal de divorcios Lord Penzance en el pleito *Shaw v. the Attorney-General* (1), sentenciada en 1870, y confirmada por el Juez Hannen en la causa *Harvey*, que se vió el 22 de Abril de 1880 (2).

La nueva jurisprudencia tiende, pues, á admitir que la disolución del matrimonio mediante el divorcio debe ser regida por la ley del domicilio conyugal. Es preciso observar, por otra parte, que según la doctrina en boga en Inglaterra, la ley reguladora de las relaciones de familia se considera ser la que rige para el domicilio del marido en el momento del matrimonio; naciendo de aquí que la jurisprudencia más reciente admita, en principio, que la indisolubilidad del matrimonio y su disolución por medio del divorcio deben depender del estatuto personal (3).

Este mismo principio había sido realmente sostenido en el famoso pleito *Niboyet c. Niboyet*, francés, cuya mujer había promovido contra él demanda de divorcio ante el Tribunal Supremo de Justicia inglés. Entre las opiniones sostenidas por los Jueces británicos respecto de la aplicación de la ley inglesa á una familia francesa sujeta á la jurisdicción del Tribunal, se halla la del Juez Brett, el cual, fundándose en la autoridad de Bishop, rechazaba la aplicación de la ley territorial, sosteniendo que las relaciones que resultan del matrimonio deben depender de la ley del domicilio (4).

tese Piggott, *Foreign judgements their effet in the english courts*.

(1) Véase Piggot cit., pág. 173.

(2) 5 *Prob., Div.*, 153.

(3) Con. la sentencia del Tribunal de los Lores del 30 de Noviembre de 1882 en el *Journal du droit privé*, 1884, p. 193.

(4) Véanse las opiniones sostenidas por los jueces ingleses en la

682. En América prevalece el principio de que, para decidir si debe ó no autorizarse el divorcio, se ha de atender al domicilio actual de los cónyuges. Con arreglo á los estatutos de Massachussetts, con tal que las partes vivan por tres años maritalmente en un país, y que la causa que se alegue en la demanda de divorcio haya tenido lugar allí, puede decretarse el divorcio según las leyes vigentes (1). A estos principios responden las decisiones del Tribunal Supremo de Massachussetts. Dos individuos allí casados, y domiciliados *bona fide* en Vermont, obtuvieron del Tribunal de éste último Estado una sentencia de divorcio por causa insuficiente en el Estado de Massachussetts. El Tribunal Supremo confirmó la sentencia, fundándose en que el divorcio debía regularse por la ley del domicilio actual de los cónyuges (2).

Los acuerdos de los Tribunales de New-York están conformes con los del de Massachussetts, y, según refiere el juriscónsulto americano Story (3), la doctrina generalmente aceptada en América es, que los Tribunales del punto en que los cónyuges estén domiciliados *bona fide*, son competentes para decretar un divorcio, ateniéndose á su ley sin tener para nada en cuenta la que presidió al matrimonio, ni la del lugar en que se haya inferido la ofensa que motiva la acción. Las principales razones aducidas en apoyo de tal doctrina son, que la ley del lugar en que se verificó el matrimonio regula las obligaciones primitivas que de la unión se derivan, pero no la disolubilidad ó indisolubilidad del contrato en cualquier parte. Como al declarar el matrimonio susceptible de disolución no se puede imponer á los demás Estados el que reconozcan la susodicha cualidad, tampoco declarándole indisoluble podrá valer esta declaración, sino en tanto que las partes estén sujetas á la ley que establece la indisolubi-

causa discutida el 16 y 19 de Julio, y 8 de Noviembre de 1878 en *Law, Times Report*, N. S., vol. XXIX, p. 172 y sig., y en el *Journal du droit intern. privé*, 1879, pág. 195.

(1) *Statutes of Massachussetts*, 1835, ch. LXXVI, §§ 9-10.

(2) *Barber, v. Root*, núm. 10; *Mass. R.* 265; *Story*, § 229.

(3) § 230 (a).

lidad. Es cierto que el cambio de domicilio es una de las cosas que las partes pueden prever, consintiendo la mujer en arros-trar los peligros que de él resulten. Competencia de la ley civil será, pues, regular los cambios de domicilio con todas sus con-secuencias; pero una vez efectuado el cambio, la nueva ley es la que debe regular lo que atañe á las violaciones del contrato ma-trimomial (1).

683. No obstante la autoridad de la doctrina y de la ju-risprudencia, defendidas con valiosos argumentos por los Ma-gistrados y Jurisconsultos de los países en que está admitido el divorcio, entendemos que debemos ratificarnos en la opinión anteriormente sostenida en la primera edición de la presente obra, á saber: que la subsistencia ó la disolución del vínculo conyugal deben depender del estatuto personal de la familia, y, por consiguiente, que el divorcio no puede decretarse, sino cuando se admita por la ley personal y por motivos consig-nados en ella. Si se quisiera elevar á teoría que la disolución del vínculo conyugal pudiera declararse, teniendo en cuenta la *lex fori*, siempre que pudiese justificarse que las partes están bajo la jurisdicción del Tribunal, equivaldría esto á subvertir los principios que deben regular el orden de la familia, y los que sirven para establecer la preferencia de la competencia legisla-tiva en este concepto. Hay razones para decir que la doctrina sancionada por los Tribunales escoceses, y por los susodichos Estados americanos, es un incentivo para que todos aquellos que, según el estatuto de la familia, no pueden ver disuelto su vín-culo conyugal, fijen su residencia en Escocia, para obtener la diso-lución del matrimonio y adquirir la libertad de contraer otro nuevo. Y si, por otra parte, se tiene en cuenta que, según la ju-risprudencia de algunos Estados, no es ni siquiera necesario que el hecho sobre el cual se funde la demanda haya acontecido en el lugar donde se intente el juicio, y que, según las leyes de ciertos Estados, se puede obtener el divorcio por causas relativamente leves, como sucede con el Código prusiano, se comprenderá me-jor que la teoría que hace prevalecer la *lex fori*, tiende á sub-

(1) Véase Wharton, *Conflict of laws*, § 223 y siguientes.

vertir las relaciones entre los ciudadanos y la propia ley, á la cual deben permanecer sujetos en todas partes, y á trastornar los principios que deben regular la más sagrada de las institu-ciones, cual es la de la familia.

684. Podemos admitir que bajo cierto respecto pueda aplicarse la ley territorial, y muchas veces hemos repetido que el Tribunal local puede decretar todas aquellas providencias que en la ley territorial estén consignadas. Podemos también con-ceder, que si una familia italiana, por ejemplo, se hubiese esta-blecido en Inglaterra y sometido á la jurisdicción del Tribunal, y en el supuesto de que el adulterio del marido ó el de la mujer hubiesen ocurrido allí, el Magistrado inglés, á consecuencia de la demanda del uno ó del otro, podría sentenciar la separación *a mensa et toro*. El Tribunal podrá, además, aplicar la ley in-glesa, á fin de asegurar á la mujer, en caso de adulterio del ma-rido, una renta anual, ó sea lo que el marido debe pagarle por ali-mentos ó por cualquier otro concepto. También podrá acordarse de este modo lo que el marido debe percibir para resarcirse de los perjuicios causados por el adulterio de la mujer, á cargo de ella y de su cómplice, proveyendo al mismo tiempo á la guar-da y mantenimiento de los hijos. Pero como nuestra ley no re-conoce actualmente que el matrimonio pueda anularse sino por la muerte de alguno de los cónyuges, el Tribunal inglés come-tería, en nuestro sentir, un abuso de poder, aplicando la propia ley para declarar disuelto un matrimonio entre dos italianos. Puede concederse que el Magistrado de un país se atenga á su ley para decidir sobre su propia jurisdicción, cuando tenga que juzgar una causa, al decretar providencias de policía, y respecto de la indemnización; pero de ninguna manera que pueda hacer lo mismo, aplicando á los extranjeros la ley hecha para los ciu-dadanos, decidiendo lo que para ellos constituye una cuestión de estado.

Nos place que otros tratadistas de Derecho hayan prestado su valioso apoyo á la teoría mantenida por nosotros, entre los cuales debemos mencionar á Laurent (1).

(1) Laurent. *Droit civil intern.*, t. II, § 125, Asser, *Droit intern.*

685. La solución de la cuestión por nosotros propuesta, si se quieren respetar los principios del derecho moderno, que tiende á establecer la autoridad del estatuto personal respecto de las personas, cualquiera que sea el punto donde residan, no puede ser sino una sola, á saber: que la disolución del matrimonio por medio del divorcio debe depender por completo del estatuto personal de la familia, el cual, con arreglo á nuestro sistema, debe determinarse teniendo en cuenta la nacionalidad del marido, ó depender, según el otro sistema, del domicilio conyugal.

686. Veremos enseguida cómo el derecho á divorciarse puede ser limitado por la ley territorial, cuando ésta lo prohíbe. Ahora nos proponemos examinar una teoría expuesta ante el Tribunal de Bruselas, en una sentencia dictada recientemente. Dicho Tribunal sostiene que, cuando según el estatuto personal se haya establecido que las causas de divorcio deban resolverse de conformidad con la ley del domicilio de los cónyuges inmediatamente después de presentarse la demanda, el Tribunal del domicilio á quien toca entender en el pleito, debe fallar aplicando la ley territorial, si la aplicación de ésta es conforme al estatuto personal (1). De acuerdo con este principio admite el mencionado Tribunal, que á dos cónyuges ingleses domiciliados en Bélgica, debía aplicárseles la ley belga y no la inglesa para resolver la demanda de divorcio promovida, y que la acción podía, por tanto, fundarse en motivos reconocidos por la primera y no por la segunda, como sería, por ejemplo, el simple adulterio del marido, que, según la ley inglesa, no es por sí sólo motivo suficiente para pedir el divorcio, sino tan sólo cuando vaya acompañado de alguna circunstancia que constituya injuria grave contra la mujer (2).

La teoría sancionada en principio por el Tribunal, sugiere una grave duda en el sistema que hemos sostenido al defender

privé, § 53, sigue en esto la opinión, que aboga por la preferencia de la *lex fori*.

(1) 14 de Mayo 1881 (Bigwood c. Bigwood); *Journal du Palais*, 2.^a parte, pág. 68.

(2) Véase más arriba, § 666.

que las cuestiones concernientes al estado de las personas y á las relaciones de la familia deben resolverse en armonía con la ley personal de aquéllas. Establecida, en efecto, la regla, parece que de ella debía deducirse, que siempre que con arreglo á la ley de un Estado, del cual sea ciudadano un extranjero, se hubiese dispuesto que el estado personal de los extranjeros debiera subordinarse á la ley del domicilio de los mismos, el aplicar á un ciudadano de tal país, domiciliado en el extranjero, la ley territorial debía reputarse conforme á su estatuto personal.

Hemos discutido anteriormente esta cuestión desde un punto de vista general. Habiendo demostrado que la condición jurídica de cada persona y los derechos que á ella se refieren deben ser determinados con arreglo á la ley del Estado de que son ciudadanos, es necesario admitir, por consiguiente, que en el mismo sistema que nosotros defendemos, algunos derechos pueden depender del domicilio de la persona, á saber: en la hipótesis de que según la ley personal de la misma se hubiese dispuesto *expresamente* que aquellos se regulasen por la ley del domicilio (1).

Así acontece en lo que atañe al matrimonio y á las relaciones de familia. Según ciertas legislaciones, la ley reguladora de la familia que viene á constituirse por el matrimonio, debe ser la del domicilio conyugal.

Ahora bien; en el supuesto de que, con arreglo á la ley del Estado de donde el marido es ciudadano, se disponga expresamente que las relaciones de la familia sean regidas por la ley del domicilio conyugal, no podría dejarse de atribuir autoridad á la misma ni de aplicar la ley del mencionado domicilio para decidir las cuestiones entre cónyuges de aquel país, y relativas al estado de la familia, siempre que, según la ley del Estado en donde penda el litigio, se haya indicado la ley nacional del extranjero como reguladora de dichas relaciones.

Es inútil aducir en contrario, que no pudiendo los Tribunales de cada país obrar de otra manera, sino atenerse á los precep-

(1) Véase la Parte general, cap. 1.^o