

tos del legislador patrio, aquéllos deben siempre considerar la ley nacional de cada uno, como la más adecuada para constituir respecto de este punto su estatuto personal, dado que el legislador (y así lo ha hecho el legislador italiano) haya sancionado la regla de que el estatuto personal debe depender de la ciudadanía. Conviene tener presente, en efecto, que así como se discute todavía la doctrina relativa al criterio por el cual debe determinarse el estatuto personal de la familia, opinando unos que debe depender de la ciudadanía y otros que del domicilio conyugal, así también debe admitirse que incumbe á cada legislador el establecer á cuál de los dos sistemas debe darse la preferencia, y todo lo que cada ley disponga respecto de esto debe considerarse como precepto imperativo respecto de las personas sujetas á la autoridad del legislador.

De todo esto se deduce que al haber sancionado el legislador italiano, por ejemplo, que la ley reguladora de las relaciones de la familia debe ser la del Estado de donde el marido sea ciudadano, aun después de establecer su residencia ó domicilio en el extranjero, es lógico que los Tribunales italianos deben indudablemente tener presente la regla sancionada por el legislador patrio en todos los casos en que sean llamados á decidir un litigio concerniente á las relaciones de una familia italiana domiciliada en el extranjero. Puede también concederse que deben tener presente la misma regla jurídica si son llamados á decidir una cuestión referente á las relaciones de una familia extranjera perteneciente á un Estado cuya ley no haya sancionado regla alguna respecto del estatuto personal de la familia.

No se puede decir lo mismo en el caso de que se trate de un Tribunal italiano llamado á decidir una cuestión acerca de las relaciones de una familia extranjera perteneciente á un Estado cuya ley determine que la reguladora de las relaciones de la familia debe ser la ley del domicilio conyugal, porque debiendo los Magistrados italianos reputar obligatorio el respeto al estatuto personal del extranjero, es un deber para ellos aplicar la ley del domicilio conyugal á las familias que pertenecen á un Estado cuyo legislador haya expresamente decidido que dicha ley sea la que rija las relaciones de la familia.

De todo lo cual se desprende que aceptándose igualmente el concepto que hemos sostenido de que la cuestión de la disolución del matrimonio ha de resolverse en conformidad con el estatuto personal, debe admitirse que el estatuto personal de la familia puede ser efectivamente, ó la ley nacional en el sistema de legislación positiva que someta á esta ley á todos los ciudadanos aunque residan ó estén domiciliados en el extranjero, ó la del domicilio conyugal en el sistema que hace depender las relaciones conyugales y los derechos de familia de la ley del domicilio del marido al celebrar el matrimonio. De estos principios debe deducirse que, cuando la jurisprudencia de los Tribunales de un Estado, considerando la ley del divorcio como una ley de policía, sostenga que es aplicable á todos los residentes ó domiciliados en el Estado en el momento en que se deduzca la demanda, pueda elevarse tal máxima, establecida por la jurisprudencia, á una regla de derecho positivo y atribuirle la autoridad del estatuto personal.

687. Hemos notado muchas veces que los principios establecidos por la jurisprudencia, en lo que toca á la autoridad de las leyes del Estado respecto de los extranjeros, no pueden tener la misma fuerza que las leyes sancionadas por el legislador. Por consiguiente, en el supuesto de que los Magistrados de un país hubiesen sostenido constantemente que á la ley del divorcio deba atribuírsele carácter de ley de policía, y que debería, por lo tanto, aplicarse así á los ciudadanos como á los extranjeros, no se podría por ello deducir que los ciudadanos de aquel país debiesen por igual concepto someterse á las leyes vigentes sobre el divorcio en los países extranjeros, á causa de que debía reputarse como formando parte del estatuto personal de los mismos el principio de que la ley del divorcio es una ley de policía. Esto equivaldría verdaderamente á convertir en precepto legislativo un principio judicial.

Debemos añadir, por otra parte, que, dado el caso de que un legislador hubiese expresamente dispuesto que la ley del divorcio se reputase como una ley de policía, y sea, como tal, aplicable aun á los extranjeros domiciliados ó residentes en el Estado, esta disposición no podría hacer extensiva su influencia al exte-

rior, en el sentido de influir en un juicio relativo á divorcio pendiente ante un Tribunal extranjero y autorizar á éste para aplicar la ley territorial de aquel país, fundándose en que al considerar la ley sobre el divorcio como una ley de policía se ajustaría al estatuto personal de los mismos.

En efecto, no puede admitirse que un legislador, al atribuir á una ley dada el carácter de ley de policía, haya podido tener intención de que se atribuya el mismo carácter á las leyes análogas dictadas por otros legisladores. En armonía con el derecho territorial es como debe ciertamente decidirse cuáles son leyes de policía y cuáles no; pero el carácter de la ley puede influir para hacerla ó no aplicable á todos aquéllos que residen en cada país, aunque sin modificar las reglas generales acerca del estatuto personal en el territorio sujeto á otra soberanía. Por consiguiente, cuando en el país donde la demanda se haya promovido no se repite la ley del divorcio como ley de policía por mejores y más sabias razones, sino que se considere la disolución del matrimonio como debiendo depender por completo del estatuto personal de los cónyuges extranjeros, no se podrá aplicar la ley territorial so pretexto de ser esto conforme á su estatuto personal en un país donde la ley del divorcio fuese calificada de ley de policía.

En el pleito fallado por el Tribunal de Bruselas, vemos que, tratándose de una familia inglesa domiciliada en Bélgica, y fundándose la demanda de divorcio en un motivo eficaz según la ley belga, pero no según la inglesa, el Tribunal, no obstante, admite la demanda, en atención á que, según la jurisprudencia inglesa, las cuestiones en materia de divorcio deben resolverse con arreglo á la ley del domicilio en el momento de ejercitarse la acción.

Ahora bien: si según el derecho vigente en Bélgica los pleitos concernientes á la disolución ó indisolubilidad del matrimonio entre extranjeros deben decidirse en armonía con el estatuto personal, y dado también que los Tribunales ingleses atribuyan á la ley del divorcio la autoridad del estatuto real respecto de Inglaterra, ¿podía ser esto una razón para atribuir la misma autoridad á la ley belga, cuando con arreglo al derecho vi-

gente en Bélgica la disolución ó indisolubilidad del matrimonio del extranjero debe regirse por el estatuto personal del mismo? El haber considerado los Tribunales ingleses la ley del divorcio como ley de policía, ¿constituye acaso un estatuto personal? La máxima establecida por la jurisprudencia, ¿podrá ser oportunamente invocada en Bélgica para atribuir á la ley belga sobre el divorcio un carácter de ley de policía en el sentido de hacerla aplicable á los extranjeros residentes ó domiciliados en Bélgica? Nosotros no podemos admitirlo por las razones ya expuestas, y sostenemos que el Tribunal no aplicó debidamente los principios vigentes en Bélgica respecto del estatuto personal de los extranjeros (1).

688. Ahora debemos examinar si del principio sustentado por nosotros, de que el divorcio debe regirse por el estatuto personal, se debe deducir que el extranjero tenga derecho para invocarlo con objeto de hacer declarar el divorcio en un país donde la ley no lo reconozca. Esta cuestión ha sido vivamente debatida en Italia en la causa de los cónyuges Von Bremen, sentenciada por el Tribunal de Ancona, en sesión de 22 de Marzo de 1884 (2). Se trataba de un ciudadano de Oldemburgo, residente en Ancona por asuntos mercantiles, y que se había unido en matrimonio con una italiana. Abandonado por su mujer, que se refugió en América, Bremen presentó demanda ante los Tribunales italianos para que se le concediese el divorcio, á tenor de lo prescrito por su ley personal. El Tribunal se declaró competente para entender en la demanda, pero rechazó la petición principal relativa al divorcio; el Tribunal de apelación, al contrario, considerando que el divorcio no se puede reputar de una manera absoluta como opuesto al orden público y á las buenas costumbres, respecto de aquéllos á quienes la ley se lo consiente, y que con arreglo al Código civil italiano las relaciones de familia deben regirse por la ley personal, decidió que así como el

(1) Véase la nota de Laurent á la sentencia del Tribunal de Bruselas. Lugar citado.

(2) Véase el texto de la sentencia en el *Monitore dei Tribunali*, 1884, p. 367; y *Giurisprudenza italiana*, 1884, parte II, 247.

extranjero que hubiese obtenido el divorcio en su patria debería ser autorizado para contraer un segundo matrimonio en Italia, así también debería reconocérsele el derecho de pedir al Tribunal la declaración de divorcio á tenor de su estatuto personal.

La sentencia dió margen á graves discusiones entre los juristas italianos, los cuales impugnaron en diverso sentido la doctrina sancionada por el Tribunal. La mayoría sostiene la teoría contraria, esto es, la de que, en el estado actual de nuestra legislación, los Tribunales ordinarios no pueden declarar el divorcio entre extranjeros, aplicando la ley personal de los mismos (1).

Esta es también la opinión que nosotros anteriormente hemos sustentado (2) y que ahora debemos ratificar por que la creemos preferible. La opinión contraria tiene, por otra parte, valioso apoyo en la autoridad de Laurent (3) y de Troplong, el cual, en un informe emitido por él como Abogado general en el Tribunal de Nancy, sostiene que una mujer inglesa podía pedir al Tribunal francés (cuando estaba en vigor la ley que prohibía el divorcio) que se declarase el suyo, en el supuesto de que el Tribunal fuese competente (4). También Merlin ha sostenido una opinión análoga (5).

Los contrarios aducen como argumento principal de su opinión que el divorcio no puede considerarse como absolutamente contrario al orden moral y al derecho de la familia, lo cual nos parece indiscutible. Ya hemos dicho que el divorcio no se puede considerar absolutamente lícito ó ilícito, moral ó inmoral, sino que debe, por el contrario, considerarse conforme al orden de la

(1) Véase la nota de Fusinato en la *Giurisprudenza italiana* citada, y la de Filomusi-Guelfi á la misma sentencia inserta en el *Foro italiano*, 1884, p. 574; Bianchi, *Archivio Giurídico*, t. X, p. 478.

(2) Véase § 121 de la primera edición de nuestra obra, año 1869.

(3) Laurent, *Droit. civ. intern.*, t. V, § 132.

(4) El informe de Troplong se cita por Dupin (*Dalloz, Jurisprudence générale*, 1860. P. I, p. 59).

(5) Répertoire, v.º *Divorce*, sect. IV, § 10.

familia en aquellos países en que la ley lo permite. De este concepto se desprende, por otra parte, que la institución del divorcio no se puede considerar contraria al orden jurídico, como la esclavitud, la muerte civil, la poligamia, etc., etc. Por consiguiente, no debe reputarse contrario al orden público de un país, en que la ley prohíba el divorcio, el conceder al cónyuge legalmente divorciado en virtud de su propia ley, que celebre un segundo matrimonio. No puede, realmente, calificarse como contrario al orden público el reconocer las consecuencias legales de un acto lícito llevado á cabo bajo el imperio de una ley extranjera. ¿Pero se puede decir lo mismo en la hipótesis de que la demanda tenga por principal objeto la declaración del divorcio?

Parécenos que en este caso debe examinarse la cuestión desde otro punto de vista, á saber: si en la hipótesis de que una ley dada no reconozca una institución jurídica, puede ser lícito á un extranjero invocar la propia ley personal á fin de dar vida y existencia á la institución jurídica prohibida por la ley territorial.

Nosotros sostenemos la negativa, porque, aun concediendo que cada soberanía deba juzgarse autónoma é independiente para crear ó abolir ciertas instituciones jurídicas, y concediendo, además, que deban admitirse las consecuencias legales de las relaciones jurídicas que nacen de las instituciones, según la ley personal de cada uno, aun en donde esas instituciones no sean reconocidas, no podemos admitir igualmente que una ley extranjera pueda invocarse útilmente para dar vida y existencia en un Estado distinto á las instituciones allí prohibidas, porque esto, en nuestro concepto, sería contrario á los intereses generales y á los derechos de la soberanía territorial.

689. El extranjero que promueve en Italia una demanda de divorcio, tiende á obtener de los Tribunales italianos el que con su sentencia den vida á una institución que en la actualidad no admite la ley italiana, y que se considera contraria á las exigencias sociales. Ahora bien: en nuestra opinión no debe concedérsele, porque con ello se perjudicarían los derechos de la soberanía territorial, á la cual pertenece el absoluto y exclusivo poder en el territorio sometido á su imperio para determinar qué instituciones pueden tener vida y cuáles deben reputarse prohi-

bidas. La perturbación causada al orden público y al derecho social no nacería ciertamente de reconocer las consecuencias legales del divorcio debidamente decretado en el extranjero porque se trataría de un hecho jurídico que tuvo su ser y complemento bajo el dominio de una soberanía extranjera; pero nos parece que esta perturbación nacería de invocar, por ejemplo, en Italia la ley extraña, á fin de dar vida en nuestro país al hecho jurídico y á la institución jurídica prohibidos por la ley italiana en el actual estado de la legislación.

El argumento aducido por los contrarios de que, aceptando este concepto, puede irrogarse el grave perjuicio de no poder el demandante encontrar en ciertos casos la jurisdicción competente para decretar su divorcio (supuesto que no tenga otro domicilio que el del país en que está prohibido), no nos parece fundado, porque si ante todo debiera reconocerse la jurisdicción del Magistrado de la patria de cada uno respecto de las cuestiones de estado personal ó de las relaciones de familia, y si se quisiera tener como decisivo el domicilio, no podría faltar la jurisdicción del domicilio de origen.

La regla general establecida por nosotros de que el divorcio debe regirse por el estatuto personal de cada uno, necesita entenderse en el sentido de que, cuando la institución sea admitida por la ley territorial y no pueda rechazarse la jurisdicción de los Tribunales, el Tribunal que entienda en el pleito debe decidir acerca de la demanda aplicando la ley personal de cada uno y, según esta, declarar el divorcio en los casos y por los motivos en ella reconocidos, aun cuando las disposiciones relativas al divorcio sean, con arreglo á esta ley, diversas de las sancionadas por el derecho territorial.

Pasemos ahora á examinar algunas de las cuestiones que pueden surgir en el juicio de divorcio.

690. Hacemos notar, ante todo, que así como la ley del divorcio debe reputarse ley de orden público respecto de las personas sometidas á su autoridad, así el Magistrado no puede prescindir de considerarla como tal, y por lo tanto, no debe tener en cuenta cualquiera convención que los cónyuges hayan estipulado para invalidarla. Con razón, pues, el Tribunal de apelación

de Pensilvania, en el litigio Kilborm c. Field (1), no da valor alguno á un acuerdo tomado por los cónyuges, mediante el cual uno de ellos se obligaba á pagar al otro una cantidad dada porque renunciase á la demanda de divorcio.

691. Cuando durante el matrimonio el marido hubiese adquirido carta de naturaleza en el extranjero, podrá surgir la duda de si la demanda de divorcio puede promoverse en armonía con la ley de la nueva patria electiva, ó si puede fundarse en hechos anteriores á la naturalización.

En la hipótesis de que la naturalización del marido hubiese dado lugar á la de la mujer, no se puede dudar que, si se diese el caso de considerar violado respecto de ambos el estatuto de las relaciones de familia, tanto el uno como el otro pueden invocar la aplicación de la ley de la nueva patria electiva, la cual, respecto de dichos cónyuges, debería considerarse como ley nueva.

Por lo que concierne al derecho de fundar la demanda en hechos anteriores á su naturalización, conviene observar, que así como el derecho á divorciarse no se puede considerar como un derecho privado de las partes fundado en el contrato, y de la misma manera que cuando en un Estado se promulga una ley nueva que admite el divorcio, debe aplicarse, aun en el caso de que se trate de hechos anteriores, al momento en que empieza á estar en vigor dicha ley (partiendo siempre del supuesto de que, el derecho á divorciarse ó no, pueda admitirse como constitutivo de un derecho privado, por el cual la ley nueva pueda limitarse), así también, debiendo considerarse la ley del Estado en que los cónyuges se hayan naturalizado como una ley nueva respecto de ellos, debe resolverse la duda propuesta, partiendo de tales principios.

Puede sostenerse la opinión contraria en el sistema que atribuye á la ley del divorcio el carácter de ley de policía, porque, en tal supuesto, se puede aducir con razón, que así como lo que justificaría principalmente la aplicación de la ley del divorcio á los extranjeros, sería la necesidad de conservar la morali-

(1) Albany Law, *Journal*, p 15.

dad de la familia é impedir el escándalo y el mal ejemplo, esta necesidad no podría surgir, suponiendo que el hecho hubiese acontecido en época anterior á la naturalización y en territorio extranjero.

Mucho más grave es la dificultad que puede originarse en el caso de que, durante el matrimonio, el marido haya adquirido carta de naturaleza en un Estado cuya ley admita el divorcio, y la mujer haya conservado la nacionalidad que tenía al tiempo del matrimonio, no siendo admitido el divorcio en el Estado de que ella sea ciudadana. Siempre que el marido quisiera invocar la ley de la patria electiva para promover el divorcio, podría surgir la duda de si la mujer podía oponer el primitivo estatuto personal de la familia con objeto de rechazar la demanda, y lo mismo en el caso de que la demanda se fundase en una causa reconocida por la ley de la patria electiva del marido, mas no por la de la mujer, en el supuesto de que ambos consintiesen en el divorcio.

Nosotros admitimos en principio, que, en la hipótesis establecida, la naturalización podría hacer aplicable la ley del divorcio, siempre que la demanda se fundase en hechos posteriores á la naturalización, y no cuando los hechos en que la demanda se funde sean anteriores á aquélla.

La razón de esta opinión consiste, en que, dado el supuesto de que la naturalización del marido no hubiese producido cambio alguno en la nacionalidad de la mujer, la ley reguladora de las relaciones de familia en la época que precede á la naturalización, debería ser aquella á que ambos cónyuges estaban sujetos; y, por otra parte, al realizar el marido, tal acto, no había podido modificar la condición jurídica derivada del vínculo conyugal, sometiendo á su esposa á las disposiciones de la ley de la patria electiva, aun respecto de hechos anteriores á la naturalización, toda vez que la mujer hubiese continuado en el goce de la nacionalidad que tenía al principio del matrimonio.

Otra sería la solución si se tratase de hechos posteriores á la naturalización. En efecto, suponiendo que la mujer hubiese conservado la naturalización adquirida por el matrimonio, podría ella invocar la aplicación del primitivo estatuto personal de la

familia, si se tratase de decidir acerca de los derechos patrimoniales adquiridos por el matrimonio, respecto de los cuales debe admitirse que la mujer no puede sufrir perjuicio alguno por un hecho ajeno á ella, como sucedería al no haber consentido en la naturalización del marido. Pero así como el derecho á divorciarse no es un derecho privado resultante de la naturaleza del contrato, y debe regirse por la ley reguladora de las relaciones de familia; y así como ésta debe determinarse teniendo en cuenta la condición del marido, que es su jefe; y, por otra parte, habiendo ya supuesto que el hecho haya acontecido después de la naturalización, vendríamos á admitir que el hecho jurídico de que hubiese nacido la perturbación de las relaciones conyugales, se habría realizado cuando ya la familia, por el hecho del marido, estaba sujeta á la autoridad de la ley del Estado en que aquél adquirió carta de naturaleza, y en las cuestiones de interés y de orden público, la mujer no podría alegar ningún derecho á desconocer la ley de la nueva patria del marido, y de aquí, por consiguiente, que deba prevalecer una regla distinta á la que sirve para decidir los derechos patrimoniales de los cónyuges. Concluimos, pues, de aquí que, en la hipótesis establecida, debería rechazarse la demanda de la mujer, y aplicar la ley de la patria electiva del marido.

692. La única cuestión que puede surgir en el supuesto de una demanda de divorcio formulada por el naturalizado, es la que atañe á la eficacia misma de la naturalización cuando de las circunstancias pudiera deducirse haber sido buscada con el principal intento de cambiar el estatuto personal y sustraerse de este modo al imperio de la ley que prohibía el divorcio, poniéndose bajo el imperio de la que lo permitía.

Por regla general, no puede concederse que cuando uno se haya sometido legalmente al imperio de una ley, habiéndolo hecho con el intento de sustraerse á otra para él más gravosa, pueda este intento ser de por sí razón decisiva para eludir la autoridad de la ley. Mas en el caso que examinamos, pudieran darse circunstancias excepcionales que justificarian la modificación de la regla.

Supongamos que un italiano en el estado actual de nuestra