legislación, que prohibe el divorcio, llega á obtener carta de naturaleza en Suiza, y que examinadas las circunstancias resulta evidentemente que lo ha hecho con la intención de eludir la ley italiana y de ponerse en condiciones de obtener el divorcio, habiendo sido éste su principal intento. (Y así debería admitirse en el caso de que hubiese continuado teniendo su residencia habitual en Italia, radicando aquí el centro de sus negocios é intereses.) Ahora bien, en tales circunstancias, y resultando con toda evidencia que había sido fraudulenta su naturalización, parécenos que ésta debía reputarse como ineficaz en lo que toca á aplicar la ley vigente en Suiza sobre el divorcio.

693. A juicio nuestro debía prevalecer el mismo principio en la hipótesis de que un francés hubiese adquirido carta de naturaleza en Alemania, donde se admite el divorcio por ciertos motivos no reconocidos en el Código francés, y que después quisiese presentar demanda ante los Tribunales franceses, con el fin de obtener la declaración de divorcio con arreglo á la ley de su patria electiva. Partiendo siempre del supuesto de que por las circunstancias la naturalización apareciese con toda evidencia fraudulenta, entendemos que el Tribunal francés no podría declarar nula la naturalización, porque á esto se opondría la independencia de los Estados y la incompetencia de los Tribunales en actos de soberanía, pero sí podría declarar ineficaz la naturalización conforme á la ley francesa en lo que respecta á modificar las reglas por ella sancionadas acerca de la disolución del matrimonio, y que podría, por lo tanto, admitir la demanda de la mujer, que exigiese la aplicación de la ley francesa para resolver á tenor de ésta la demanda de su marido. Nada se opondría ciertamente á que un francés, naturalizándose de buena fe en un Estado de Alemania, demandase después aun en Francia la aplicación de su nuevo estatuto personal, en los casos en que un extranjero puede invocar dicha aplicación, porque no se perturbaría el orden público si se aplicase la ley extranjera, aunque distinta de la francesa, á un sujeto que ya no fuese francés sino extranjero; pero debería reputarse contrario al orden público territorial que un ciudadano pudiese sustraerse á la aplicación de su ley personal, cuando de un conjunto de circunstancias inequívocas y concomitantes resultase haberse naturalizado en el extranjero con el intento exclusivo de eludir su aplicación.

694. El procedimiento en el juicio de divorcio debe regirse por la *lex fori*, la cual se ha de aplicar á todo lo que atañe á la prueba de los hechos en que la demanda se funde. Puede surgir alguna duda respecto de los medios idóneos para considerar el adulterio como motivo de divorcio.

Según algunas leyes, el adulterio es un motivo para divorciarse, pero debe comprobarse mediante un juicio penal y sentencia condenatoria. Con arreglo á dicha ley, parecerá, pues, que la circunstancia de la condena penal por adulterio es uno de los elementos que motiven el divorcio. Otras, por el contrario, admiten que el adulterio puede probarse por toda clase de medios en el mismo juicio civil. Nosotros opinamos que los medios idóneos para hacer constar el adulterio como motivo de divorcio, deben determinarse á tenor de la *lex fori* y no por el estatuto personal, porque la prueba de los hechos deducidos en juicio forma parte del procedimiento, y de aquí que no pueda excluirse la prueba testifical ó cualquiera otra, en el supuesto de que se consienta aducirla en el mismo juicio conforme á la *lex fori*.

695. En lo referente atañe á los efectos que pueden derivarse de la sentencia de divorcio, debemos notar ante todo que no puede tener efecto retroactivo en cuanto á los derechos y deberes respectivos de los cónyuges, anteriores al divorcio, porque éste modifica las relaciones personales de los cónyuges mismos, pero sólo á contar del momento en que se pronuncie la sentencia. Por consiguiente, debiéndose considerar subsistente el vínculo conyugal hasta que el divorcio se declare legalmente, las acciones de un cónyuge contra otro por hechos anteriores al divorcio deben subordinarse á la ley reguladora de las acciones conyugales: y por lo tanto, si según esta ley no podía existir acción de daños y perjuicios entre marido y mujer, la acción no podría originarse como resultado del divorcio por hechos anteriores á él, sino solamente por hechos posteriores.

En lo que toca á los efectos que pueden derivarse de la disolución del matrimonio mediante el divorcio, á la obligación que puede imponérsele al marido de asegurar á la mujer una renta

anual para atender á sus necesidades, á los derechos respectivos de los cónyuges con relación á los hijos, á las obligaciones recíprocas de proveer á su manutención y á todos los demás puntos que conciernen á las relaciones patrimoniales de los cónyuges mismos, será preciso atenerse á la ley con arreglo á la cual deba declararse la disolución del matrimonio.

696. Uno de los efectos más importantes que pueden derivarse del matrimonio, es el de restituir á los cónyuges divorciados á su estado libre, capacitándolos para celebrar nuevas nupcias. Puede surgir, bajo tal concepto, una dificultad en la hipótesis de que el cónyuge divorciado quisiera celebrar el nuevo matrimonio en un Estado, donde la ley no reconociera el divorcio. En este caso, puede presentarse la duda de si se podía conceder al cónyuge divorciado la celebración del matrimonio, con arreglo á la ley territorial que prohibe el divorcio por razones de orden público.

Esta cuestión ha sido ampliamente discutida por los jurisconsultos, llegando á conclusiones muy opuestas, y resuelta de diferentes maneras por la jurisprudencia.

Entre los jurisconsultos franceses, De Chassat ha sostenido la opinión negativa, estando en vigor en Francia la ley que había abolido el divorcio. Hé aquí cómo razona: «El Magistrado francés no puede permitir que de la aplicación de una ley extranjera se sigan en Francia ciertos efectos que ofenden los principios de orden público sancionados por la ley nacional. La disposición de la ley extranjera que consiente al cónyuge divorciado celebrar nuevas nupcias, no puede tener en Francia ningún efecto, porque ofende las buenas costumbres y la opinión pública» (1).

Demangeat se declara sostenedor de la misma teoría. Hacía notar, en efecto, que un funcionario del registro civil no podía, estando en vigor la ley que prohibía el divorcio, asistir á la celebración del matrimonio de un divorciado, porque eso sería llegar á reconocer implícitamente válido el divorcio considerado por la ley como un mal y un escándalo público (1).

(1) De Chassat, *De Statut.*, núm. 196.

Merlín (2) sostiene lo contrario, teniendo en cuenta que la ley francesa había condenado el divorcio, pero no consideró jamás ilícitos los matrimonios contraídos por los que habían obtenido el divorcio antes que se promulgase la ley de 1816.

La jurisprudencia de los Tribunales franceses también era muy discorde. Hasta el año 1860 había prevalecido la doctrina que negaba al extranjero divorciado la capacidad de celebrar nuevo matrimonio en Francia (3); pero después de la sentencia del Tribunal de casación de 28 de Febrero de 1860, se había aceptado, como regla general, que al extranjero divorciado, podía permitírsele que celebrase segundo matrimonio (4).

Debemos notar, por otra parte, que el Tribunal de Douai había reconocido que al extranjero que hubiese celebrado en Francia su primer matrimonio disuelto legalmente por medio de divorcio decretado en su país, no podía permitírsele celebrar un segundo matrimonio en Francia, mientras viviese allí su cónyuge, porque debía reputarse contrario al orden público el que el oficial civil francés que había autorizado el primer matrimonio, pudiese asistir al segundo, viviendo en la misma ciudad el cónyuge divorciado (5).

Esta cuestión no tiene al presente mucha importancia en el derecho francés por haberse restablecido el divorcio, pero sí en algunos otros países en que la ley todavía no lo permite. En efecto, ha sido muy debatida por los jurisconsultos italianos, entre los cuales también ha habido quien ha sostenido que el ex-

(1) *Condition des étrangers*, § 583.

(2) *Question de droit*, véase *Divorce*, § 13.

Véase también Demolombe, t. I, núm. 101, y t. III, núm. 230; Westlake, *Private international law*, núm 350; Massé y Vergé, § 37.

(3) Véase Cour de París, 30 Août 1824, 28 Mars 1843, 20 Novembre 1848 y 4 Julio 1859, en el *Journal du Palais*. t. XVIII, p. 1.022, t. XL-XLI, t. LXXI, y Dalloz, *Periodique*, 1859, t. II, p. 153.

(4) Cour de París, 28 fév. 1860, causa Butkley (Dalloz, 1860, tomo I, p. 57) y Cass. 15 Julio 1878 (Clunet, *Journal*, 1878, p. 499).

(5) Douai, 8 Enero, 1878 (Clunet, *Journal*, 1877, p. 39).

tranjero divorciado no podía celebrar nuevas nupcias en Italia, porque sería esto ofensivo para el orden público, é infringiría la disposición del artículo 12 que prohibe reconocer las leyes extranjeras que derogan las italianas, cuando éstas se refieren, bajo cualquier concepto, al orden público y las buenas costumbres (1).

697. Hemos sostenido en el terreno de los principios, que, sin discutir acerca de la moralidad ó inmoralidad del divorcio, no podía negarse, con todo, al que en virtud de él hubiese obtenido legalmente el estado de hombre libre que celebrase un segundo matrimonio, aun en aquel país cuya ley prohibiese el divorcio; también hemos añadido que un funcionario del registro civil italiano no podía negarse á asistir al matrimonio de un inglés válidamente divorciado, que hubiese querido celebrar nuevas nupcias en Italia. En apoyo de tal opinión, hemos aducido que la condición jurídica de un extranjero y su cualidad de padre, de hijo ó de esposo, debía determinarse con arreglo á su ley nacional (art. 6.° del Código civil); que los efectos que se derivan del estado jurídico de un extranjero, no podían negársele, sino cuando se opusieren á una ley de orden público de nuestra Nación; que el funcionario del Registro civil no podía declarar la disolución del matrimonio no existente, cuando éste hubiese sido legalmente disuelto, ni podía impedir al divorciado contraer un nuevo matrimonio, que, si el primero estaba ya disuelto, no sería, por ningún concepto, contrario á nuestras leyes, hallándose el divorciado en la situación legal de un hombre no casado. De este razonamiento concluímos que el conceder á un cónyuge extranjero legalmente divorciado que celebrase un nuevo matrimonio en Italia, no podía considerarse contrario á nuestras instituciones y leyes (2).

Laurent, teniendo en cuenta la opinión por nosotros sustentada, y conforme con lo que él mismo admite, observa, sin embargo, que la teoría podía mantenerse en el terreno de los principios, mas no frente al derecho italiano, que excluye la aplicación de la ley extranjera, que se oponga á las leyes de orden público y á las buenas costumbres (1).

(1) Esperson, *El principio de nacionalidad aplicado á las relaciones civiles internacionales*, núm. 21, p. 79.

(2) Véase el § 134 de la primera edición de la presente obra, Florencia, Le Monnier, 1869.

Debemos referirnos á lo dicho anteriormente en la parte general, á fin de determinar cómo debe entenderse la limitación respecto á la aplicación de la ley extranjera, fundada en la ofensa del orden público y de las buenas costumbres (2). Respecto de la cuestión particular sobre el segundo matrimonio del divorciado, observamos, que admitiendo como demostrado que el divorcio se haya decretado legalmente, y que como consecuencia de él, el cónyuge haya reconquistado su condición de libre, no puede considerarse ofendido el orden público territorial, dado que aquél pretenda contraer y contraiga matrimonio. Para admitir la ofensa al orden público, sería preciso considerar como casado al que se ha divorciado; mas, para admitir esto, no han reflexionado los contradictores que es menester sustituir la ley italiana á la extranjera, aun para regular en el exterior las relaciones de una familia extranjera, y sostener, que, sólo porque el legislador italiano no admite el divorcio, se puede declarar en nombre de la ley italiana, no realizada la disolución del matrimonio, dado que haya sido disuelto legalmente con arreglo á la ley extranjera á que los cónyuges estaban sujetos.

Repetimos, por lo tanto, que no puede considerarse como opuesto al derecho positivo italiano el permitir al extranjero divorciado celebrar nuevas nupcias, porque ninguna ofensa se infiera al orden público territorial, aun en el caso de que un extranjero, que no esté ligado por matrimonio y que tenga aptitud legal para volver á unirse, celebre un nuevo matrimonio en Italia, sin que pueda alegarse en contrario la excepción que se aduce en el art. 12 de las disposiciones generales del derecho civil italiano.

698. La ofensa al orden público, en el caso de segundo matrimonio del divorciado, se puede admitir en la hipótesis, ya apreciada por nosotros, de naturalización fraudulenta provocada con

(1) Laurent, *Droit civil intern.*, t. V, § 144.

(2) Véase más arriba, § 696.

el intento de obtener el divorcio y poder celebrar un nuevo matrimonio en el país donde aquél esté prohibido. Tal sería el caso de un italiano que hubiese obtenido carta de naturaleza en Suiza para eludir la ley italiana y la prohibición de divorciarse. Supuesto que hubiese obtenido el divorcio en Suiza, que quisiese celebrar el segundo matrimonio en Italia, y que se diesen con relación á él las circunstancias ya examinadas para reputar como fraudulenta su naturalización, parécenos que el Ministerio público podría oponerse á la celebración del segundo matrimonio, aduciendo, con razón, que debía considerarse contraria al orden público el reputar la naturalización fraudulenta eficaz respecto de un italiano que la haya adquirido con el principal intento de celebrar en Italia segundo matrimonio viviendo el otro cónyuge. Partiendo de este supuesto, no opinamos que deba aceptarse la teoría sancionada por el Tribunal de Douai, porque la ofensa al orden público y á las buenas costumbres, entendemos que puede apreciarse sólo en las circunstancias observadas anteriormente (§ 692) para calificar de fraudulenta la naturalización.

Se debe igualmente reputar contrario al orden público el conceder á un ciudadano, que hubiese obtenido el divorcio en el extranjero, pero no con arreglo á la ley personal, que pueda celebrar segundo matrimonio en su propia patria, ó que pueda mantener conforme á la ley de la misma, el que se repute válido el segundo matrimonio celebrado por él en el extranjero, como consecuencia del divorcio allí obtenido. El reconocer la autoridad de una ley extranjera, que hubiese sustituído sus propios preceptos á los de la ley personal para regular las relaciones de la familia y la disolución del matrimonio, debe reputarse contrario al orden público. Por consiguiente, aun en los mismos países en que se admite el divorcio, no se puede mirar como válida la disolución del matrimonio de los ciudadanos, á consecuencia de una sentencia dictada en el extranjero por motivos no reconocidos por la ley personal de los mismos.

699. Debemos resolver una última dificultad relativa al matrimonio de un divorciado, y es la que surgiría en la hipótesis de que sean diversas las leyes personal y territorial respecto de las limitaciones impuestas al divorciado para celebrar

nuevas nupcias. Hay, en efecto, leyes que prohiben al cónyuge culpable de adulterio el casarse con su cómplice, y otras, por el contrario, que no establecen esta prohibición. Hay también leyes que, no obstante la disolución del matrimonio, prohiben al cónyuge adúltero casarse antes de la muerte del otro cónyuge, á menos que este ya se hubiese casado ó preste su consentimiento. Esto sucede con arreglo al Código suizo, título sobre el divorcio, artículo 2.°

A primera vista puede parecer sólido el argumento aducido por algunos, á saber: que tendiendo principalmente la ley que prohibe al cónyuge culpable de adulterio unirse con su cómplice, á la defensa de las buenas costumbres, debe tener autoridad territorial, aun respecto de los extranjeros, cuya ley no contenga la misma prohibición. Debemos, no obstante, observar, que la prohibición tiende á defender las relaciones de la familia, que el criterio para defender las buenas costumbres en la familia, puede entenderse de diverso modo, y que juzgamos preferible el adoptado por los legisladores que no han sancionado la prohibición, porque, realmente, sin justificar el hecho, estimamos más conforme á las buenas costumbres que aquél que haya seducido á una mujer casada repare su culpa tomándola por esposa; y así se entiende este punto en Inglaterra, donde se considera más bien como una deuda de honor, que el cómplice de una mujer adúltera divorciada, se una en matrimonio con ella.

No nos parece, pues, que pueda atribuirse por regla general á la ley que contenga la prohibición la autoridad del estatuto real, en el sentido de hacerla aplicable á los extranjeros, cuya ley no contenga la misma limitación. Admitimos, por lo tanto, que cuando el cómplice sea ciudadano del Estado cuya ley reconozca la prohibición, no deberá concedérsele que se una en matrimonio con la mujer divorciada por adulterio. Podemos también conceder, que pudiéndose atribuir á la ley que niega la prohibición, el carácter de ley de policía, puede aplicarse la disposición en el caso de que el divorcio se haya declarado por los Tribunales del Estado en que se quiera proceder después al segundo matrimonio entre la mujer divorciada por el adulterio y su cómplice.

Fuera de este caso, insistimos en que todo debe depender de la ley personal de cada uno de los esposos que intentan celebrar el nuevo matrimonio.

700. De la exposición que acabamos de hacer aparece claramente cuán grande es la confusión que nace de la diversidad de leyes y de jurisprudencia acerca de la jurisdicción de los Tribunales respecto del divorcio entre extranjeros, acerca de la ley que debe aplicarse, y tocante á la eficacia de la sentencia que haya declarado el divorcio.

Ahora debemos indicar, que para aumentar aun más esta confusión, la Congregación de la Santa Inquisición romana ha querido promulgar, hace poco, la decisión emanada de ella el 19 de Agosto de 1886, con la cual, poniéndose por encima de todas las leyes, ha sostenido que el matrimonio válidamente disuelto según las leyes civiles, no puede reputarse disuelto, según el derecho eclesiástico, y que, por consiguiente, el funcionario del Registro civil no debe asistir á la celebración del segundo matrimonio, cuando el primero haya sido disuelto regularmente según la ley civil, siendo todavía válido según la ley de la Iglesia.

Comprendemos que esta decisión en nada absolutamente pueda afectar á las disposiciones del derecho civil, ni modificar las reglas sobre la disolución del anterior matrimonio ni la validez de las nuevas nupcias celebradas después del divorcio legalmente decretado. Hemos creído, no obstante, oportuno mencionarla, porque puede también (respecto de los que admiten la indebida preeminencia de la Cabeza de la Iglesia católica en asuntos civiles y temporales, que están fuera de su jurisdicción) contribuir á aumentar la ya grandísima confusión, en lo que toca á la eficacia del divorcio.

CAPITULO VII

De la paternidad y de la filiación.

701. Nociones generales.—Orden de este tratado.

701. Las cuestiones que conciernen á las relaciones de la paternidad y de la filiación están estrechamente unidas con la organización de la familia hasta el punto que, de resolverlas de una manera ó de otra, dependen el estado, la cualidad y la condición jurídica de las personas que la componen.

Cada ley determina quién sea hijo legítimo y quién ilegítimo, como resultado de haber sido concebido ó nacido de la unión sexual de dos personas unidas ó no en matrimonio. Pero hay leyes que admiten que el hijo concebido antes que sus padres se hayan casado legalmente, debe reputarse legítimo cuando haya nacido después de haber celebrado el matrimonio, y otros admiten que, salvo algunas excepciones, puede ser legitimado á consecuencia del matrimonio contraído por sus padres.

Respecto del hijo nacido de personas no casadas, las leyes de los diversos países reconocen que la condición jurídica de la filiación natural puede atribuírseles por el padre ó por la madre ó por ambos juntamente, bajo ciertas condiciones que cada ley establece.

Debemos, pues, determinar cuál es la ley en cuya virtud deben resolverse las cuestiones concernientes á la paternidad y á la filiación, por lo cual, y procediendo con orden, examinaremos en distintos párrafos las que respectan á la filiación legítima, las que se refieren á la filiación ilegítima, y, por último, trataremos de la legitimación, ó lo que es lo mismo, de la condición jurídica de legitimidad, que por disposición legal puede atribuirse á la prole engendrada y nacida fuera del matrimonio.