

disposición, no podría tener valor para vincular á perpetuidad los bienes inmuebles, é impedir la enajenación en un Estado en que para proteger los intereses sociales ligados con la libre circulación de la propiedad inmueble se hubiesen abolido los mayorazgos y la sustitución fideicomisaria. Inútil sería argüir en contrario que aceptado el principio tal como lo hemos expuesto, deben aceptarse también las consecuencias; que sentado que debe respetarse el derecho de primogenitura reconocido por la ley extranjera para mantener el prestigio de la aristocracia y las fortunas de las grandes familias, es preciso también negar la consecuencia de la prohibición de enajenar los bienes, impuesta al primogénito, y de la sustitución fideicomisaria, que son los medios más eficaces en el sistema del legislador extranjero para conseguir el fin del derecho de primogenitura consagrado en la propia legislación. En contra de esto decimos nosotros que es preciso no confundir una cosa con otra.

El derecho de primogenitura, como derecho personal, es decir, como prerrogativa reconocida por la ley al primogénito para tomar como jefe de la familia una porción mayor que los demás hijos en la herencia de su padre, puede ser respetado sin daño de los intereses públicos; pero admitir también la prohibición de enajenar respecto de los bienes heredados y la sustitución perpetua é indefinida, ciertamente causaría grave daño al interés social, y dejaría sin efecto la ley territorial que para proteger los intereses sociales hubiese disuelto los vínculos que gravasen la propiedad inmueble en virtud de los mayorazgos, de los fideicomisos y de cualquier otra forma de sustitución fideicomisaria. Se comprende perfectamente por qué estas prohibiciones afectan á los intereses generales, puesto que tienden á favorecer el desarrollo de la riqueza y de la propiedad de la colectividad, y es claro que estos intereses sociales y la economía general de la propiedad inmueble sufrirían grave daño si se permitiese á un extranjero vincular la libre circulación de los bienes inmuebles, poner fuera del comercio una parte del territorio del

Merlín, *Questions de droit, Succession*, § 7 y *Aínesse*, § 2 y *Repertoire*, véase *Aínesse, Majorat*.

Estado y crear en él sustituciones fideicomisarias, dejando así manifiestamente sin efecto la ley territorial, que no por razones de interés privado, sino por razones de interés público, haya libertado á la propiedad inmueble de todo vínculo perpetuo é irredimible.

Nuestra solución, por consiguiente, es que no se podría limitar la aplicación de la ley extranjera, en cuanto á regular conforme á ella la transmisión de la herencia. La prerrogativa del primogénito es una manera de llamar á la herencia, es la medida de su derecho hereditario, y en esto debe respetarse la ley extranjera que le conceda tal prerrogativa. Pero los bienes inmuebles no podrían vincularse en virtud de las disposiciones de la ley extranjera, considerándolos inalienables conforme á lo que dicha ley dispusiese. Este sería indudablemente uno de los casos en que no podría reconocerse en Italia la autoridad de la ley extranjera, porque hacerlo equivaldría á dejar sin efecto una de las leyes prohibitivas del reino, concernientes á los bienes, la sancionada en el artículo 899, que prohíbe las sustituciones fideicomisarias. Debería aplicarse, por consiguiente, la regla del artículo 24 de la ley transitoria, que fijó la suerte de los fideicomisos y de los mayorazgos válidamente instituidos conforme á las leyes anteriores al Código civil vigente y declaró disuelto todo vínculo derivado de los fideicomisos y mayorazgos. En suma, habría que considerar los inmuebles en la clase de los bienes libres, como cualquier otro situado en el territorio del Estado. Al legislador extranjero tocará en este caso proveer para limitar la libre disposición del valor de los inmuebles, ó á las personas interesadas en la conservación del patrimonio familiar.

1.482. Una cuestión muy especial podría presentarse en el caso en que abierta la sucesión en un Estado, donde según la ley no se admita la disolución del matrimonio mediante el divorcio, se reclame el derecho hereditario por el hijo nacido del divorciado que haya contraído nuevo matrimonio ó por el nuevo cónyuge.

Admitido en principio que la legitimidad de la prole debe regirse por la ley de que depende el estado de familia, y consi-

derando por otra parte que es indudablemente una ley de orden público la vigente en un Estado que no admite la disolución legal del precedente matrimonio sino en caso de muerte del cónyuge, cabe la duda de si reconociendo la legitimidad de los hijos nacidos del segundo matrimonio contraído, viviendo aun la primera mujer, por el que hubiese obtenido el divorcio, puede quedar sin efecto la ley de orden público que prohíbe el divorcio.

Esta duda no tendría fundamento jurídico si se tratase de un extranjero, por las razones que hemos expuesto en otro lugar (1). En tal caso no habría más que tener en cuenta los principios concernientes á la validez del divorcio, á fin de determinar la condición del hijo (2). La duda nacería en caso de que un ciudadano del Estado donde el divorcio estuviese prohibido, hubiera obtenido la disolución del matrimonio en un país extranjero y en él se hubiese casado con otra mujer, surgiendo, por consiguiente, la contienda acerca de la legitimidad de la prole nacida del segundo matrimonio, á propósito de los derechos sucesorios reclamados en la sucesión paterna.

Para referirnos á un sistema de derecho positivo, examinemos la cuestión desde el punto de vista del Código civil italiano en el actual sistema de legislación que prohíbe el divorcio.

Supongamos, en primer lugar, que el hijo de un italiano divorciado en virtud de sentencia pronunciada por un Tribunal extranjero, reclamase los derechos sucesorios como hijo legítimo, alegando que el primer matrimonio había sido regularmente disuelto por el Tribunal extranjero competente conforme á la ley del país en que el divorcio fué decretado, dando además la prueba de la validez del segundo matrimonio, según la ley extranjera bajo cuyo imperio se hubiese celebrado.

En estas circunstancias es evidente que no se podría tener por disuelto el primer matrimonio para todos los efectos que de la disolución pueden derivarse ante la ley italiana; porque debiendo regirse las relaciones de familia por la ley nacional, es-

(1) Véase § 676 y siguientes.

(2) Véase allí las reglas expuestas para la cuestión acerca del estado personal.

taría en manifiesta contradicción con lo dispuesto por nuestro legislador en los artículos 6.º y 12 de las disposiciones generales y con los principios de derecho público interior, reconocer autoridad á las leyes extranjeras que determinasen la competencia del Tribunal que hubiese decretado el divorcio de cónyuges italianos y la validez del segundo matrimonio (1). No habría en absoluto ningún concepto jurídico, ni principio de derecho positivo en qué fundarse para sostener ante los Tribunales italianos la condición alegada de legitimidad, y es evidente que no tendría ningún fundamento jurídico la reclamación de los derechos sucesorios por parte del hijo nacido del segundo matrimonio, basada en su condición de legitimidad.

1.483. La duda más grave se ofrecería en la hipótesis de que un italiano hubiese obtenido carta de naturaleza en el extranjero, y que después de la naturalización consiguiera del Tribunal del Estado extranjero, en el que hubiese adquirido la ciudadanía, la disolución del primer matrimonio y más tarde contrajese segundas nupcias. Muerto el padre, ¿podrían los hijos nacidos del segundo matrimonio reclamar ante los Tribunales italianos la parte de bienes de su padre situados en Italia, como sus sucesores legítimos?

Debemos adelantar que recientemente ha habido en Italia grandes discusiones á propósito de algunos matrimonios disueltos mediante divorcio por los Tribunales de Alemania y de otros países, entre italianos en ellos naturalizados, que después han querido hacer valer su estado personal para celebrar legalmente nuevo matrimonio. El Tribunal de casación de Turín, por sentencia de 21 de Noviembre de 1900, falló que, aunque los italianos hubiesen adquirido la ciudadanía en el país extranjero en el que estuviese admitido el divorcio, y en él hubiesen obtenido la disolución del matrimonio celebrado en el reino, no pueden obtener el reconocimiento de la sentencia extranjera; y, por consiguiente, dicho Tribunal, en vista del recurso entablado por el Fiscal general, anuló las sentencias de los Tribunales de Mó-

(1) Véase § 698 al fin.

dena, Brescia y Milán, que habían reconocido ser eficaces en Italia las sentencias extranjeras de divorcio (1).

Estos precedentes, sin embargo, no pueden considerarse como decisivos para resolver la duda que hemos presentado, ó sea si el estado de legitimidad como fundamento de los derechos sucesorios, puede ser reconocido por los Tribunales italianos respecto del hijo nacido de un italiano naturalizado en el extranjero y que después de obtener la declaración del divorcio hubiese celebrado en su nueva patria segundas nupcias. A primera vista podría parecer que como en estas circunstancias no sería admitida la legitimidad sino aceptando la legalidad del segundo matrimonio, y como esta legalidad dependería de la validez de la disolución del precedente, se opondrían á ello los principios establecidos por el citado Tribunal de casación, puesto que habría que considerar eficaz la sentencia de divorcio respecto del italiano naturalizado, lo que no puede hacerse sin dejar sin efecto la ley nacional concerniente á los ciudadanos del Estado.

Examínese la cuestión atentamente. ¿Podría en todos los casos considerarse violada la Ley de orden público interior, que prohíbe en absoluto la disolución del matrimonio por el divorcio? ¿Debería reputarse ineficaz la sentencia del Tribunal extranjero que pronunció el divorcio respecto del italiano naturalizado? El considerarla eficaz para los efectos de establecer la legalidad de la disolución del primer matrimonio y la del segundo, supuestos jurídicos de la legitimidad alegada como fundamento de los derechos sucesorios, ¿dejaría sin efecto las leyes de orden público interior y la disposición del artículo 12 de las disposiciones generales comparada con la del artículo 148? ¿Derogarían los principios sancionados por nuestro Tribunal de casación?

Ante todo, es preciso tener en cuenta que la sentencia del

(1) Tribunal de casación de Turín, 21 de Noviembre de 1900 (*Foro ital.*, 1901, pág. 227), y véase además el recurso del Fiscal general Borgnini, impreso aparte con el título *Il regime matrimoniale italiano ed il divorcio*, Turín. U. T. E. Por esta sentencia fueron anuladas las de 30 de Noviembre y 6 de Diciembre de 1898, de Milán; 12 de Abril de 1898, de Módena, y 25 de Abril de 1898, de Brescia.

Tribunal de casación de Turín, que anuló las de los Tribunales de apelación, se refería á un caso completamente distinto. En efecto, tratábase de italianos que se habían naturalizado en el extranjero para obtener el divorcio, y que intentaban recuperar la ciudadanía italiana, pretendiendo que la sentencia extranjera de divorcio fuese eficaz para determinar su estado de libertad ante la ley italiana, con objeto de poder contraer en Italia nuevo matrimonio. En este caso era evidente que no podía considerarse la adquisición de la ciudadanía extranjera más que como un hecho jurídico realizado con la intención de burlar la ley italiana referente á las personas. Tratábase, por consiguiente, de saber si el admitir la eficacia de la adquisición de mala fe de la ciudadanía extranjera para eludir las leyes prohibitivas del reino concernientes á las personas, debía considerarse ó no como una lesión de derecho público territorial (1). Parece claro, como ya hemos sostenido también nosotros (2), que en este caso el reconocer eficacia á la sentencia extranjera implicaba la violación manifiesta de la disposición sancionada en el artículo 12.

Por el contrario, la cuestión en la forma supuesta por nosotros presentaría un aspecto completamente distinto. En efecto, se trataría de determinar el orden de suceder y la cuantía del derecho sucesorio respecto del *de cujus* extranjero en el momento de su muerte; y debiendo el que reclamase la herencia como hijo legítimo probar su condición de tal conforme al estatuto personal de su padre, alegaría para justificar su legitimidad el matrimonio legalmente contraído por éste. Aduciría que habiendo su padre, aunque de origen italiano, adquirido la ciudadanía en un Estado extranjero y obtenido en él legalmente la disolución del primer matrimonio mediante el divorcio, había contraído segundo matrimonio, del cual él había nacido, y de todo esto deduciría que debía reputársele por hijo legítimo. Reclamaría, por consiguiente, la parte que le correspondiese conforme á

(1) Fedozzi, *Della frode della legge*; Buzzati, *Nota alla sentenza della Corte di cassazione citada* (*Foro ital.*, 1901, página 227, y comp. Fiore, *Diritto intern. codif.*, reglas 558, 560 y 561).

(2) Véase § 692 y 693.

la ley extranjera, como heredero de su padre difunto, teniendo por demostrada su legitimidad en virtud de aquella ley.

En estas circunstancias, el Tribunal italiano, ante el cual suponemos que se presentaría la demanda, debería solamente tener en cuenta el cambio de ciudadanía, la disolución del matrimonio por consecuencia de la sentencia de divorcio y la celebración legal del segundo matrimonio conforme á la ley extranjera, para reconocer la condición de legitimidad y fijar después el orden de suceder, el derecho sucesorio y su cuantía con arreglo á la ley extranjera.

1.484. ¿Puede decirse que en tales circunstancias se perturbaría el orden público ó se dejaría sin efecto una ley prohibitiva del Estado concerniente á las personas? Creemos que no.

En general, es preciso admitir que el derecho de renunciar la ciudadanía originaria y adquirir una nueva es un derecho personal, no subordinado á la previa autorización del soberano del Estado de que la persona sea ciudadano (1); por lo que no puede desconocerse respecto del mismo la condición conseguida de extranjero ni tampoco la eficacia de las leyes extranjeras respecto de todas las relaciones que pueden derivarse del cambio de estado. Es, pues, indubitable que si un italiano se hace extranjero y contrae matrimonio, los derechos sucesorios de los hijos y de la mujer deberán regirse por la ley de su nueva patria, según dispone nuestro legislador en el art. 8.º del título preliminar. En el caso en cuestión, la duda nacería de que habiendo por medio la sentencia de divorcio, en la que se fundaría la legalidad del segundo matrimonio, podría argüirse que el considerar como legalmente establecido el estado de legitimidad respecto del hijo nacido del segundo matrimonio, se opondría á la máxima sancionada en el art. 12 de las disposiciones generales y á los principios consagrados por la más reciente jurisprudencia. Nosotros no lo creemos así por las razones siguientes.

Sin discutir ahora el principio que informa en la actualidad la legislación italiana que prohíbe el divorcio (2), es cierto que

(1) Fiore, *Diritto int. cod.*, § 559.

(2) Véase Fiore, *Sulla controversia del divorzio in Italia*; Turín, Unión Tip. Edit.

las exigencias de orden moral que pueden justificar la prohibición del art. 148 del Código civil, no deben considerarse violadas porque en otros países, en virtud de principios también de orden moral, pero distintos de los que dominan en Italia, se admite la disolución del matrimonio mediante el divorcio, la legitimidad del segundo matrimonio contraído por el divorciado y la consiguiente legitimidad de los hijos que de él nazcan.

Sentado esto, nótese atentamente que un italiano puede renunciar la ciudadanía originaria y adquirirla en país extranjero;

Que el estado de las personas debe depender de su estatuto personal y que, por consiguiente, así como no puede negarse el cambio de ciudadanía, no ha de desconocerse tampoco el cambio del estatuto personal, que puede ser la consecuencia legal de la nueva ciudadanía adquirida;

Que ciertamente no es lícito disolver el vínculo conyugal mediante divorcio respecto de los ciudadanos, pero que puede admitirse la disolución del matrimonio por dicha causa entre ciudadanos de un país sometidos á la ley que autorice el divorcio;

Que no puede quedar sin efecto ninguna ley de orden público territorial si el Juez italiano tiene en cuenta las leyes extranjeras distintas de las nuestras, que rigen el estado de las personas y los cambios legalmente efectuados en cuanto á las relaciones de familia extranjera;

Que el haber sido originariamente italiana la persona á quien esas relaciones atañen, no puede modificar, en general, la aplicación de los principios sin conculcar el derecho mismo que toda persona tiene á renunciar la ciudadanía de origen y á adquirir carta de naturaleza en el extranjero, con todos los derechos que de ello se deriven;

Que el art. 12 de las disposiciones generales prohíbe reconocer eficacia á las sentencias dictadas en país extranjero que dejen sin efecto las leyes prohibitivas concernientes á las personas; pero que tratándose solamente, en el caso supuesto, de tener en cuenta la sentencia de divorcio dictada respecto de quién era extranjero en el momento del juicio, y no estaba sujeto á la ley

italiana, no quedaría sin efecto la ley prohibitiva del art. 148 si el Juez italiano reconociese un acto jurídico legalmente ejecutado en el extranjero por un individuo que no estaba sujeto á la ley italiana, y aceptase la eficacia de la sentencia de divorcio legalmente dictada por el Tribunal extranjero á favor de quien no era ya ciudadano italiano sino extranjero, en el momento en que se siguió el juicio.

Por estas razones creemos que debiendo regirse la sucesión legítima, según las reglas establecidas por nuestro legislador en los arts. 11 del Código civil y 6.º, 8.º y 12 de las disposiciones generales, por la ley nacional lo mismo que el estado de familia, el Tribunal italiano debe atenerse en todo á la ley extranjera. Creemos, además, que tratándose de quien no es italiano sino extranjero, y debiendo el Tribunal italiano tener en cuenta los actos jurídicos legalmente ejecutados bajo el imperio de la ley extranjera, debería reconocer sin vacilar la legitimidad del hijo en el caso en cuestión y adjudicarle los derechos sucesorios conforme á la ley extranjera, sin que por esto quedara sin efecto ninguna ley de orden público.

1.485. Los mismos principios deberían aplicarse, á nuestro entender, para determinar los derechos sucesorios de la mujer.

No cabe duda tocante á la que se hubiese casado con el divorciado, y alegase la sentencia de divorcio y el acta de celebración del segundo matrimonio para probar su condición de cónyuge supérstite. Los principios ya expuestos pueden servir para demostrar cómo el Tribunal italiano no podría hacer otra cosa que tener en cuenta la sentencia legalmente pronunciada en cuanto á la disolución del vínculo matrimonial; y si el segundo matrimonio se hubiese válidamente contraído, debería reputar legalmente adquirido el estado de cónyuge.

La dificultad se presentaría en la hipótesis de que al abrirse la sucesión de un italiano naturalizado en el extranjero, viviesen la mujer del primer matrimonio y la del segundo, contraído éste después de haberse naturalizado en el extranjero y obtenido la disolución del primero mediante sentencia de divorcio. Si las dos mujeres se presentan á reclamar sus derechos sucesorios,

es claro que para admitir el estado conyugal respecto de la segunda mujer, es indispensable juzgar válidamente disuelto el matrimonio de la primera. Supongamos, en primer lugar, que ésta haya seguido á su marido al país extranjero, y que, habiéndose hecho extranjera, se haya verificado respecto de ambos el cambio del estatuto personal y de la ley reguladora de las relaciones de familia. En esta hipótesis no podría dudarse que tratándose de una familia en la actualidad extranjera, debería juzgarse legalmente efectuado el cambio de estado personal á consecuencia del divorcio y aplicarse en todo la ley extranjera, á fin de determinar los derechos sucesorios de la mujer. Para decidir, por consiguiente, cuál de las dos puede reclamar los derechos sucesorios reconocidos al cónyuge supérstite, debe tenerse en cuenta que, conforme al art. 6.º, la condición de las personas dependiente de las relaciones de familia se rige por la ley nacional, y que tratándose de familia en la actualidad extranjera debería aplicarse la ley extranjera; por consiguiente, es claro que como, según esta ley, disuelto el matrimonio mediante el divorcio, la mujer de la primera unión habría perdido su estado de cónyuge, no podría reclamar el derecho á suceder en calidad de tal. Considerando, por otra parte, que celebrado el matrimonio por el divorciado no puede negarse el estado de cónyuge á aquella con la cual se unió legítimamente, después de haber recuperado su libertad mediante la disolución legal del primer matrimonio, hay que admitir naturalmente que debería reconocerse el derecho sucesorio propio del cónyuge supérstite á la mujer que tuviese la condición de consorte según la ley extranjera. Creemos, además, que de reconocer el Tribunal italiano un estado de hecho y un estado jurídico legalmente establecidos conforme á la ley extranjera respecto de los que, aunque originariamente italianos, son actualmente extranjeros, no puede derivarse una derogación de los principios de orden público territorial, no obstante que sea un elemento sustancial del estado mismo la sentencia de divorcio pronunciada por el Tribunal extranjero. Debiendo el Tribunal italiano limitarse á tomar razón de esta sentencia legalmente pronunciada conforme á la ley extranjera que rigiese las relaciones de familia, y no

siendo él el llamado á ejecutar esa sentencia, no podría desconocer su autoridad por la razón de que nuestro legislador prohíbe la disolución del matrimonio mediante el divorcio.

Una dificultad de carácter más delicado se ofrecería en la hipótesis de que concurriesen las dos mujeres, si el marido se hubiese naturalizado en el extranjero adquiriendo una nueva ciudadanía, y la mujer hubiera conservado la ciudadanía italiana y continuase residiendo en el Reino, conforme á cuanto dispone el art. 11 del Código civil. Supongamos que el marido se hubiese naturalizado en el extranjero y obtenido de los Tribunales la sentencia de divorcio por hechos ocurridos después de su naturalización; que obtenido el divorcio, hubiese contraído nuevo matrimonio, y que á su muerte se planteara ante los Tribunales italianos la cuestión acerca de los derechos sucesorios reclamados al mismo tiempo por ambas mujeres. En este caso seguramente que cabría alguna duda.

En general, observaremos que aunque el marido no pueda, subsistiendo el matrimonio, reducir los derechos de la mujer, entre los cuales debe contarse el de conservar ella la ciudadanía adquirida con el matrimonio, al mismo tiempo no puede privarse al marido de naturalizarse en el extranjero, y, obtenida la naturalización, modificar la ley que rija las relaciones de familia. Es cierto que á la mujer no puede venirle perjuicio del acto realizado por el marido contra su voluntad, y que los derechos por ella adquiridos en virtud del matrimonio, deben ser respetados y regulados por la ley bajo cuyo imperio se constituyó la familia; pero también es cierto que, salvo el respeto á los derechos adquiridos, como la ley que rige las relaciones de familia ha de determinarse conforme á la condición del marido, que es su jefe, debe admitirse la autoridad de la ley extranjera para regir esas relaciones desde el momento en que se perfeccione la naturalización del marido. No pudiendo desconocerse el derecho personal del marido para naturalizarse en el extranjero, aun contra la voluntad de su mujer, y suponiendo que en virtud de la naturalización legalmente obtenida se haya hecho ciudadano del Estado extranjero, desde este momento debe admitirse el derecho adquirido por el marido á pedir la aplicación de la ley del Esta-

do de que se haya hecho ciudadano, para todo lo concerniente á las relaciones de familia. La mujer no puede, ciertamente, alegar un derecho adquirido para desconocer todas las consecuencias jurídicas derivadas del vínculo conyugal, ni sustraerse á la autoridad de la ley de la nueva patria del marido en cuanto al régimen de las relaciones conyugales por consecuencia de actos jurídicos realizados bajo el imperio de la misma; puede reclamar solamente el respeto á los derechos adquiridos por ella en virtud del matrimonio.

Conviene ahora recordar que, como hemos dicho en otro lugar, el derecho á obtener el divorcio no es un derecho privado que se derive de las relaciones contractuales (1), y tener presente que nosotros hemos supuesto que el divorcio haya sido decretado por hechos ocurridos después de la naturalización. En esta suposición creemos que la mujer no puede tener ningún pretexto para negar la autoridad de la ley de la nueva patria del marido, que por motivos de interés público admita el divorcio, como no puede desconocer la autoridad de la sentencia del Tribunal que lo haya decretado.

1.486. Por otra parte, la dificultad consiste en determinar si el Tribunal italiano llamado á tomar razón de todo esto, á propósito de los derechos sucesorios alegados por las dos mujeres, encontraría un obstáculo en la lesión de los principios de orden público territorial que se seguiría de reconocer como disuelto legalmente el primer matrimonio y legalmente celebrado el segundo.

Nosotros no lo creemos así, y decimos esto porque adquirida legalmente por el marido la ciudadanía extranjera y teniendo que regular su sucesión, en realidad se trataría de una sucesión extranjera y debería aplicarse la ley del país del *de cuius* para determinar los derechos sucesorios y el orden de suceder.

Es preciso tener presente que el Tribunal italiano no podría desconocer el cambio de ciudadanía del marido y el consiguiente cambio del estatuto familiar, ni tampoco la autoridad de las leyes de la patria electiva, ni la sentencia pronunciada por el

(1) Véase § 674.