

pacidad inherente á su persona, efecto inevitable de la ley de su país. No se podría declarar válido el matrimonio sin llegar á una consecuencia monstruosa, que es la de que su union, nula en España, sería válida en Francia, aun cuando el estado que le hace inhábil para casarse sea indeleble (1).

Existe una sentencia en sentido contrario. La corte de Caen falló que un extranjero puede válidamente contraer matrimonio en Francia aun cuando sea incapaz conforme á las leyes de su país, si es capaz conforme á las francesas (2). No podemos en manera alguna tomar en cuenta esta sentencia, puesto que niega el estatuto personal del extranjero. Una vez que se admite la existencia de un estatuto personal, es evidente que se necesita comprender en él las leyes que rigen el matrimonio. Sin embargo, tenemos alguna duda sobre la aplicacion que la corte de Paris hizo del principio del artículo 3º al monje español. El monje es considerado como muerto civilmente. Pues bien, la muerte civil que hiere á un hombre vivo, por consecuencia de un voto religioso, es contrario á la ley francesa que no reconoce ya votos ni órdenes monásticas. ¿No es esta una de esas reglas de derecho público que hacen excepcion del estatuto personal del extranjero? ¿Puede la ley española tener su aplicacion en Francia cuando contradice un principio de libertad natural, consagrado por el legislador francés? Nosotros no vacilaríamos en decidirlo así conforme al derecho público belga. Efectivamente, el artículo 13 de nuestra constitucion dice que la muerte civil está abolida y que no puede ser restablecida. Este artículo está colocado en el título que trata de los belgas y de sus derechos; y es por lo mismo uno de esos principios fundamentales que constituyen y caracteri-

1 Sentencia de la corte de Paris de 13 de Junio de 1814 (Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Leyes*, núm. 408).

2 Sentencia de 16 de Mayo de 1846 (*Recopilacion* de Dalloz, 1847, 2, 33.)

zan nuestro estado político. Es decir, que la ley constitucional debe sobreponerse al estatuto extranjero que establece una especie de servidumbre religiosa. Si la corte de Paris no se preocupó con estas consideraciones, es porque parece que ella misma estaba dominada por las preocupaciones nacidas del catolicismo; porque en efecto, hay una pasión religiosa en la reprobacion con que hiere al *apóstata* español. No pretendemos excusar sus malos comportamientos, que por lo demás son extraños á la cuestion de derecho; pues en cuanto á la apostasía, no puede ya ser una mancha, allí donde la libertad de pensar está inscrita en la constitucion. Esta libertad debe sostenerse en favor del extranjero lo mismo que del indigena, porque tiene tanta importancia como la abolicion de la esclavitud, siendo la servidumbre del pensamiento la peor de las esclavitudes.

90 Es cierto que el estatuto personal que arregla la capacidad de casarse, tiene excepcion cuando consagra un estado que es un delito conforme á las leyes francesas. Por ejemplo, en la poligamia. El estatuto personal está nulificado aquí por esta regla fundamental que proclama el artículo 3º, de que las leyes de policia y de seguridad obligan á todos los que habitan el territorio. Sin embargo, el estatuto personal que permite la poligamia recobraría su dominio en los casos en que el orden público no se lastimara con su aplicacion. Se ha contraído en el extranjero un matrimonio poligámico, y es válido conforme al estatuto personal de los esposos, ¿los hijos nacidos de esta union serán considerados en Francia como hijos naturales, adulterinos? No vacilamos en responder, no; no hay ya delito en el caso, puesto que el matrimonio se celebró en el extranjero; y se trata únicamente de comprobar el estado de los hijos nacidos de un matrimonio legal; pues bien, esta apreciacion debe hacerse conforme á la ley extranjera, y puede hacerse sin preocupacion alguna para nuestro orden público. Efectivamente, el



juez que aplique el estatuto personal, no de por esto su aprobación al matrimonio poligámico, porque no está llamado á aprobar sino á desaprob; y aplica una ley extranjera.

El legislador francés fué más léjos, pues se lee en una circular ministerial de 10 de Mayo de 1824, que los extranjeros que se casan en Francia están sometidos, como los vasallos del rey, á la necesidad de obtener dispensas en los casos determinados por el código, aun cuando la ley de su país no les impusiera esta obligacion. La circular se funda en que el matrimonio es regido, en cuanto á la forma, por la ley del país donde se ha celebrado (1). Es hacer una falsa aplicacion del adagio, *locus regit actum*, porque las dispensas conciernen á las condiciones intrínsecas que se requieren para la validez del matrimonio, y no á la forma de la celebracion. Otra circular de 29 de Abril de 1832, invoca el *orden público* y *las buenas costumbres* para someter á los extranjeros á las leyes que exigen una dispensa de edad (2). No podemos admitir esta doctrina que volvemos á encontrar en muchas sentencias, porque tiende á negar el estatuto personal del extranjero. Efectivamente, ¿qué se entiende por leyes personales? Aquellas que arreglan el estado y la capacidad de las personas; pues bien, esas leyes son, por su esencia, de *orden público* (3). Si pues se declaran aplicables á los extranjeros todas las leyes de orden público, se les somete por esto mismo á las leyes francesas en lo concerniente á su estado y capacidad, es decir, se les niega su estatuto personal.

91. ¿La capacidad de la mujer casada pertenece al estatuto personal? ¿Si es extranjera, y si contrata en Francia, será regida por la ley de su país ó por la francesa? A primera vis-

1 Sirey, *Colección de sentencias*, 1822, 2, 285.

2 Duvergier, *Colección de leyes*, 1832 pág. 193.

3 Véase antes el núm. 47, pág. 83.

ta queda uno admirado de ver controvertida la cuestion, y más admirado aún de que Merlin haya sostenido el pró y despues el contra. Si una mujer francesa contratase en el extranjero, ¿no seria necesario aplicarle los artículos 215 y 217 que la hieren de incapacidad? La cuestion ni aun puede ser puesta frente al artículo 3º. ¿No dice él que las leyes concernientes al estado y *capacidad* de las personas rigen á los franceses que residen en país extranjero? Ahora bien, si la ley que rige la capacidad de la mujer francesa es un estatuto personal, debe suceder lo mismo con la ley que rige la capacidad de la mujer extranjera, puesto que se trata de un solo y mismo principio, establecido por un solo y mismo artículo, explicitamente para los franceses é implícitamente para los extranjeros.

Sin embargo, en el derecho antiguo la cuestion era muy controvertida; Merlin comenzó declarándose por la personalidad del estatuto, y aplicando el principio tal como d'Aguesseau lo habia formulado. La incapacidad de la mujer casada significa que no puede celebrar ningun acto jurídico sin la autorizacion de su marido. ¿Por qué el legislador exige esta autorizacion? ¿Es para conservar los bienes en las familias? ¿Es para asegurar la propiedad ó los derechos reales? No, ciertamente, la ley declara incapaz á la mujer por razon de la dependencia á la cual está sujeta; y la incapacidad es una consecuencia de la potestad marital. ¿No seria absurdo que la mujer fuese dependiente en un país é independiente en otro? ¿que la mujer estuviese sometida á la potestad de su marido para tales inmuebles y que no lo estuviese para otros? ¿que le debiese más ó ménos respeto segun que pasara tal ó cual frontera (1)?

Hé aquí las razones decisivas para sostener siempre la personalidad del estatuto, que declara incapaz á la mujer casada. ¿Por qué pues Merlin cambió de opinion? Porque

1 Merlin, *Repertorio*, en las palabras *Autorizacion marital*.



el estatuto cede ante las leyes que son de orden público y de buenas costumbres. Pues bien, tal es la ley que somete á la mujer á la potestad marital. Coquille nos lo dice: «La prohibicion de contratar durante el matrimonio tiene su fundamento en que una mujer casada por decoro no debe tener comunicacion con otros sin el amparo y licencia de su marido, para evitar el engaño (1).» Respondimos con anticipacion á la objecion deducida del *orden público*. En cuanto á las *buenas costumbres*, si realmente están interesadas en la incapacidad de la mujer casada, será necesario decir que el interés de la moralidad prevalece sobre el estatuto personal; pero es enteramente cierto que la incapacidad se haya establecido por causa de honestidad pública? Coquille no dice esto. Es por causa del respeto que debe á su marido por lo que no conviene que sin su autorizacion trate con terceros; y es por lo mismo por razon de la potestad marital por lo que ha sido declarada incapaz, y de aquí se infiere que la incapacidad es de *orden público*, pero no interesa directamente á las *buenas costumbres*. Lo que lo prueba tambien, es que el Código civil permite derogar la incapacidad de la mujer casada (223, 1536); y si las buenas costumbres se interesaran en ello, no se podria concebir esta derogacion. Se trata por lo mismo únicamente de una de esas leyes que arreglan el estado de las personas y la incapacidad que de él resulta. Esas leyes, aunque pertenecientes al *orden público*, forman un estatuto personal.

Existen sentencias contrarias á nuestra opinion. Una mujer francesa se casa con un español, y se hace española: desde entónces su estado y capacidad son regidos por la ley de España: vuelve á Francia, y permanece sometida al estatuto español que forma su ley personal; y allí

1 Coquille, sobre la costumbre del Nevernais, cap. 23, art. I. Merlin, *Repertorio*, en las palabras *Efecto Retroactivo*, sec. III, § 2, art. 5,

se obliga solidariamente con su marido. Esta obligacion será válida conforme á la ley francesa, lo mismo que la hipoteca consentida para la seguridad del acreedor; pero es nula conforme á la ley española, que no permite á la mujer obligarse solidariamente con su marido. El tribunal del Sena nulificó la obligacion, fundándose en el estatuto personal de la mujer que la habia suscrito, pero la corte de París revocó el fallo, y decidió que debia apreciarse la capacidad de la mujer española conforme á las leyes francesas, porque si se admitiera ese principio, se estaria sometido á tantas leyes extranjeras como hubiera extranjeros que tuvieran posesiones en Francia, lo que seria una violacion del artículo 3º, el cual somete á la ley francesa los inmuebles poseidos por los extranjeros; pero ese mismo artículo dice tambien, que la capacidad se rige por la ley personal de los extranjeros. Es, pues, necesario examinar cuál de los dos estatutos es aplicable, pues el estatuto de la incapacidad es esencialmente personal y debe ser aplicado, por lo mismo, en Francia. Habrá, es verdad, tantas leyes diversas, cuantos extranjeros existan; pero ¿qué importa? Esta es la consecuencia natural y necesaria de la personalidad de los estatutos. ¿Qué importa tambien que esas leyes no estén publicadas en Francia? La corte de París que invoca esta consideracion, olvida que los estatutos personales se aplican, no como leyes francesas, sino como extranjeras; y es suficiente que se hayan publicado en el país donde han sido dadas. A pesar de la debilidad de esas razones, la corte de casacion desechó la instancia interpuesta contra la sentencia de la corte de París: es cierto que no hay texto que establezca el estatuto personal del extranjero, y que entónces las decisiones que le desconocen, no pueden ser casadas como si violaran la ley (1).

1 Sentencia de 7 de julio de 1833 (Daloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 3914).



92. La disolucion del matrimonio por el divorcio da lugar á vivas controversias. Sabido es que bajo la influencia de la reaccion política y religiosa que acompañó á la Restauracion, quedó abolido en Francia el divorcio por una ley de 16 de Mayo de 1816. El divorcio se mantuvo en Bélgica, y existe en todos los países protestantes. De allí han surgido conflictos de diversos derechos, tan difíciles como importantes. Se pregunta en primer lugar si los extranjeros, cuyo estatuto personal admite el divorcio, ¿pueden divorciarse en Francia? Los autores franceses ni aun discuten la cuestion, sin duda porque, segun su opinion, la negativa es evidente; Merlin es el único que algo dice sobre ella. Supone que antes de la introduccion del divorcio en Francia, dos esposos casados en Polonia hubiesen venido á establecerse aquí; que la ley polaca permite el divorcio declarándolo compatible con el dogma católico. Si uno de los cónyuges hubiera pedido el divorcio ante nuestros tribunales, dice Merlin, ciertisimamente los jueces no habrian podido desechar esta accion, bajo el pretexto de que la ley francesa no reconocia el divorcio y deberian acoger la demanda fundandose en que el divorcio está reconocido por la ley de Polonia (1). Suponiendo que la demanda se hubiera intentado antes de la introduccion del divorcio, Merlin admite implícitamente que si hubiera sido puesta despues de la ley de 1816 que abolió el divorcio, los tribunales no la admitirian ya. Sin embargo, no vemos que haya habido en ello un obstáculo absoluto. Antes de la Revolucion el divorcio estaba prohibido tambien por el derecho canónico que era entónces la ley del Estado. ¿Qué importa que la prohibicion esté sancionada por una ley civil? La ley de 1816 prohíbe el divorcio entre franceses; pero no puede impedir que los esposos extranjeros lo pi-

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Divorcio*, sec. IV, § 10.

dan en su país; y si pueden divorciarse en el extranjero, ¿por qué no lo podrian en Francia? ¿Es porque el divorcio está considerado por el legislador francés como una cosa inmoral? No es más inmoral despues de 1816 que lo fuera antes de 89. ¿Cómo, por otra parte, podia marcarse el divorcio como inmoral, siendo así que existe en la mayor parte de la Europa, cuando lo admiten las naciones católicas, y cuando la Escritura santa de los judios lo consagra?

Los judios tenian, antes de la Revolucion, el privilegio de gobernarse conforme á sus usos. Eran, pues, extranjeros, pero extranjeros privilegiados. Pues bien, los tribunales franceses decretaban el divorcio de los esposos judios cuando lo pedian y cuando era litigado. Hay más, se divorciaban en Roma sin que el Papa ni la Inquisicion pensasen en ponerles obstáculo. M. Troplong ha recordado estos hechos notables en una requisitoria que pronunció ante la corte de Nancy, en 1826, como abogado general. El sabio magistrado no vacilaba en declarar que bajo el régimen actual los tribunales debian hacer para con todos los extranjeros lo que en otro tiempo hacian con los judios (1).

Esta doctrina nos parece incontestable. Sin embargo, no encontramos que hasta aquí haya sido adoptada por los tribunales franceses, ni siquiera sostenido en justicia (2). Este es uno de esos conflictos de leyes contrarias que no pueden ser terminados, sino por un tratado, é importa que lo sean porque es un derecho el de divorcio para los esposos extranjeros, y todo derecho debe ser sobrevigilado

1 Véase el pasaje de la requisitoria de Troplong en una requisitoria del procurador general Dupin (*Dalloz, Coleccion periódica*, 1860, 1, p. 59).

2 La sentencia de la corte de casacion, de 28 de Febrero de 1860, la desecha en uno de sus considerandos: «no es permitido á los tribunales ordenar ó sancionar los divorcios que los oficiales del estado civil no podrian pronunciar.» (*Dalloz*, 1860, 1, p. 65). La corte estaba presidida por M. Troplong.



cuando no está en oposicion con un principio de derecho público. Ahora bien, la imposibilidad de divorciarse en Francia puede hacer imposible el divorcio, ¿y cómo recoger en el extranjero los testimonios que comprueban los hechos en los que descansa la demanda? El derecho puede hacerse ineficaz, y tambien puede perecer; y un derecho que perece, acusa una mala organizacion de las sociedades humanas. Es necesario, por lo mismo, que los tratados decidan los conflictos de leyes contrarias, que muy frecuentemente llegan al extremo de una denegacion de justicia.

93. ¿Los esposos divorciados en el extranjero pueden contraer un nuevo matrimonio en Francia? Ha sucedido que los tribunales de primera instancia hayan admitido el matrimonio, fundándose en el estatuto personal del extranjero que lo autoriza; pero las cortes de apelacion siempre lo han desechado. Entre las razones que invocan hay una demasiado débil. Cuando es un francés el que quiere contraer matrimonio con una extranjera divorciada, la corte de París dice que inútilmente invocará el extranjero su estatuto personal que le permite volverse á casar, porque el francés por su parte se encuentra atado por la ley francesa, la que le prohíbe casarse con una mujer divorciada. Esto es, nos parece, fijar muy mal la cuestion. La extranjera divorciada adolece de una incapacidad, si se quiere aplicar la ley francesa que abolió el divorcio; ¿pero dónde está la incapacidad del francés? La buscamos en vano. Realmente, las dos partes son capaces, la extranjera en virtud de su estatuto personal, y el francés en virtud de la ley francesa (1).

La corte de París dió otra razon aparentemente más

1 Esta es la opinion de M. Demolombe, *Curso del Código Napoleón*, tomo 1º, p. 118, núm. 101.—Sentencia de la corte de París de 30 de Agosto de 1824 (Dalloz, en la palabra *Leyes*, núm. 395).

plausible, pues dice: el matrimonio es de orden público, es la garantía de la pureza de las costumbres, y la base en que descansan la familia y la sociedad toda entera; y de allí infiere que las leyes que arreglan las condiciones de él, son obligatorias en Francia para todos; y que habiendo abolido el divorcio la ley de 1816, los tribunales franceses no pueden considerarlo ya como una causa de disolucion del matrimonio; de donde se infiere que el primer matrimonio roto en el extranjero por una sentencia de divorcio, debe ser considerado en Francia como existente todavía, lo que produce un impedimento dirimente para que se contraiga un segundo (1). No tememos decirlo, esta razon no nos parece más jurídica que la anterior. Indudablemente el matrimonio es de orden público; ¿pero todas las leyes concernientes al estado y capacidad de las personas no son tambien de orden público? ¿Luego segun el sistema de la corte de París todas esas leyes serán obligatorias para los extranjeros? Esto es negar el estatuto personal del extranjero; pero si se niega para el extranjero, ¿cómo admitirlo para el francés? Porque en los países extranjeros se hará el mismo razonamiento contra el francés; y se le dirá que está sometido á la ley extranjera en todo lo concerniente á su estado y capacidad, porque esto es de orden público. ¿Qué sucederá entónces con el artículo 3 del código que consagra el estatuto personal del francés?

Es cierto que el estatuto personal tiene una excepcion, y cede ante los principios de derecho público. Podria darse este color al sistema de la corte de París y decir que la abolicion del divorcio se ha decretado por causas de moralidad pública, lo que ciertamente es un interés social, y que este interés debe tener la misma fuerza que un princi-

1 Sentencias de la corte de París de 28 de Marzo de 1843 (Dalloz, en la palabra *Leyes*, núm. 395), y de 4 de Julio de 1859 (Dalloz, *Coleccion periódica*, 1859, 2, 153).



pio constitucional ó una ley penal; y que con este título el extranjero está sometido á la ley que abolió el divorcio. Comprendemos que las pasiones religiosas razonen de esta manera (1); pero este razonamiento nos sorprende en la boca de un jurisculto. Todo el mundo admite que los esposos franceses, divorciados ántes de la ley de 1816, pueden volverse á casar en Francia; y Merlin fundó este punto de derecho hasta la última evidencia (2). Ahora bien, esto corta la cuestion. Si el matrimonio de un divorciado produjera uno de esos enormes escándalos, como si fuera un matrimonio poligámico, evidentemente el legislador habria debido prohibir á los esposos divorciados ántes de la ley de 1816, que se volvieran á casar en Francia, y no lo hizo. Si los esposos franceses divorciados pueden contraer un nuevo matrimonio, sin que se perturbe el orden social, ¿por qué los esposos extranjeros no lo podrian? ¿Hay una más grande perturbacion cuando es un extranjero divorciado el que quiere casarse, que cuando lo es un francés?

Hablando en verdad, no hay ni perturbacion ni escándalo. Admitiendo el divorcio como una causa de disolucion del matrimonio, los tribunales franceses no aprueban el divorcio y no hacen más que comprobar un hecho, y es el de que el matrimonio del extranjero que quiere volverse á casar, fué disuelto en el extranjero, y que conforme á su estatuto personal es libre para volverse á casar. ¿Pueden no tener en cuenta este hecho? A ello están obligados, como lo ha notado muy bien Merlin. Una mujer belga, divorciada, vende un inmueble en Francia. Viene despues á pedir la nulidad de la venta, diciendo, con la corte de París, que su divorcio no es reconocido en Francia, que por

1 Esto se dijo en un fallo del tribunal del Sena, confirmado por la corte de París (Daloz, *Coleccion periódica*, 1859, 2, 153).

2 Merlin, *Cuestiones de derecho*, en la palabra *Divorcio*, § 12.

lo mismo su matrimonio subsiste y que por tanto es incapaz para enajenar. Merlin pregunta ¿dónde habria abogado que se atreviera á prostituir su elevada mision defendiendo una causa semejante? ¿dónde habria juez que osara acoger demanda semejante? Forzoso seria pues á los tribunales reconocer el divorcio de la mujer vendedora, porque si se la debe reconocer legalmente divorciada para el efecto de contratar en Francia y de enajenar los bienes que allí posee, ¿cómo no reconocerla como divorciada tambien cuando quiere volverse á casar? ¿Se perturba el orden público en Francia, cuando los tribunales franceses justifican un hecho que ha pasado en el extranjero, en virtud de las leyes extranjeras? (1)

Esta doctrina fué confirmada por un fallo de la corte de casacion dado sobre las conclusiones formadas por Dupin. La corte de Orleans se adhirió á la opinion de la corte suprema (2).

94. ¿Dos esposos extranjeros pueden divorciarse en Bélgica, cuando se los prohíbe su estatuto personal? La cuestion se presentó ante la corte de París, bajo el dominio del Código civil, y se falló muy bien que el divorcio no debia admitirse. Efectivamente, los esposos están regidos por su estatuto personal; y si este estatuto prohíbe el divorcio, no pueden ya divorciarse en Bélgica como tampoco en su país (3). Lo mismo sucederia aun cuando la mujer fuese belga, si su marido siendo extranjero pidiese el divorcio. La corte de Orleans lo decidió así en el célebre negocio Mac-Ma-

1 Merlin, *Cuestiones de derecho*, en la palabra *Divorcio*, § 13.

2 Sentencia de la corte de casacion, de 28 de Febrero de 1860 (Daloz, *Coleccion periódica*, 1860, 1, 57-60); Sentencia de la corte de Orleans de 19 de Abril de 1865, (*ibid.*, 1860, 2, 82.)

3 Compárense los autores, y las sentencias citadas por Demolombe, *Curso del Código de Napoleon*, tomo I, pág. 118 y siguientes, número 101.