

EL MATRIMONIO Y EL DIVORCIO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

Memoria presentada por el Excmo. Sr. D. Manuel Pedregal, Delegado de la Universidad de Oviedo.

Son las relaciones de familia base cardinal sobre la cual descansa el orden jurídico de las sociedades humanas, y, sin embargo, permanecen envueltas en un mar de vaguedades é incertidumbres las reglas á que debe ajustarse la celebración del matrimonio en países extranjeros: impera la arbitrariedad respecto á sus condiciones internas, ó á la ley que ha de regir, para juzgar de la validez y efectos del matrimonio, subordinados al *estado* y á la *capacidad* de los contrayentes; y no es raro el caso de que el consorcio legítimo en un país sea reprobado como concubinato, ó tal vez penado como bigamia en la nación ó en el domicilio de quienes se consideran como marido y mujer. Más de una vez se ha escandalizado la conciencia jurídica de los pueblos al ver cómo personas, unidas por vínculo indisoluble en su país, quedan libres, mediante el divorcio, autorizado por leyes extranjeras.

No es compatible tal estado de anarquía con el espíritu de la moderna civilización. Hay una justicia internacional y principios que la determinan, como existen principios y leyes que rigen en cada nación la vida de los individuos y las colectivi-

dades. La ciencia del Derecho va disipando nubes, que antes oscurecían el campo donde se mueven las sociedades humanas.

La opinión de la soberanía del Estado no consentía dentro de su territorio la aplicación de las leyes extranjeras, concepto derivado de la índole de la soberanía en los tiempos feudales, daba caracteres de arbitrariedad al régimen de las relaciones que constituyen el Derecho internacional privado. Todavía en la práctica se invoca como fundamental la utilidad recíproca, la cortesía (*comitas*), cual si pudiera existir una rama del Derecho fuera de los principios de justicia.

Hay en el Derecho internacional privado mucho que depende de nuestro consentimiento, mucho que es vario y modificable, por estar en íntima relación con las creencias religiosas, con la naturaleza del territorio, con los accidentes de la historia y el genio de las razas; pero en el fondo permanece siempre lo que, siendo humano, arraiga en nuestra propia esencia.

Decía Santo Tomás que no se había establecido el derecho de gentes con fuerza obligatoria (*per modum præcepti*), y sustentaba, por el contrario, el *eximio* Dr. Suárez, que era preceptivo, fundándose en que toda ley que dirige las acciones humanas, es obligatoria. Merece ser notada la razón principal en que apoya su juicio el gran teólogo y jurisconsulto español. *Ratio autem hujus partis et juris est, quia humanum genus quantumvis in varios populos et regna divisum, semper habet aliquam unitatem, non solum specificam, sed etiam quasi politicam et moralem, quam indicat naturale præceptum mutui amoris et misericordiæ, quod ad omnes extenditur, etiam extraneos, et cujuscumque nationis.* (De Legibus ac de Deo Legislatore.—Pars I, l. II, c. XIX). Esos preceptos, que sin ser promulgados en las diversas naciones, revisten carácter propiamente obligatorio y rigen las acciones humanas, son fundamento indestructible del Derecho internacional.

No se entienda que proclamamos la existencia de una ley ó de un Código único para todas las naciones. No, la ley es

varia y modificable, por razones secundarias. Hay diversidad de leyes derivadas de principios comunes, porque son distintas las condiciones de vida, mudables, como el progreso de los pueblos, en que se divide el género humano.

El problema cardinal del Derecho internacional privado consiste en determinar cuál es la ley aplicable á determinadas relaciones jurídicas. En unos casos rige la ley del territorio, en donde nace ó se forma la relación jurídica, sea cual fuere la nacionalidad ó el domicilio de las personas interesadas. En otros casos es la ley *personal*, la de la nación ó del domicilio á que corresponden las personas entre quienes la relación jurídica se establece.

Con haber progresado grandemente la ciencia del Derecho en esa parte, son muchas las dudas que dificultan en la práctica la aplicación de la regla jurídica; chocan en la esfera científica las opiniones diversas, que se localizan con los intereses encontrados, y es urgente el concierto entre los Estados soberanos, para que dejen de ser piedra de escándalo las diferencias entre ciudadanos de diversas naciones ó las contiendas con motivo de los conflictos diarios, respecto á la aplicación de las leyes de unos ú otros países.

Muchos convenios y tratados celebraron los pueblos civilizados acerca de los intereses colectivos y de los derechos políticos. Algunos de esos tratados son extensivos á determinados derechos civiles. Pero los derechos y deberes de familia, el matrimonio que se celebra en país distinto de la nación á que pertenecen los contrayentes, ó uno de ellos, y el divorcio que se realiza en identidad de condiciones, piden á voces un concierto entre todas las naciones civilizadas. Por muy importantes que sean los tratados comerciales, el convenio postal, la unión monetaria y la protección de la *Cruz Roja*, en el orden moral son de alcance superior las relaciones de familia, más necesitadas que ninguna otra institución jurídica, de la estabilidad y respeto, que tan á menudo faltan al matrimonio y al divorcio realizados en país extranjero por la incertidum-

bre en que estamos respecto á la ley aplicable en casos determinados.

Veamos cuáles podrían ser las bases de un tratado que contuviera reglas de aplicación universal para la resolución de los conflictos, que ocurren con motivo de la diversidad de leyes que en los distintos pueblos rigen respecto al matrimonio y al divorcio.

I

Dos puntos capitales se ofrecen á nuestro examen, para juzgar de las condiciones de validez requeridas en el matrimonio: la *forma* en que éste se haya celebrado, y la *capacidad* de los contrayentes.

Se reconoce generalmente la validez del matrimonio celebrado con arreglo á las formalidades, ritos ó ceremonias que establece la ley del país en donde se celebra el matrimonio, haciendo aplicación del aforismo *locus regit actum*. Es natural y aun necesario que la forma de toda clase de actos en que intervengan la autoridad ó funcionarios de un país civilizado, se ajusten á las condiciones requeridas en el lugar donde aquellos se celebren. Otra cosa sería imposible, á no ser que existan pactos que autoricen la ingerencia de funcionarios extranjeros, como sucede en algunos países de Oriente.

Se exceptúan de esa regla los matrimonios llamados diplomáticos, en cuya celebración intervienen los representantes ó cónsules de los respectivos países á que pertenecen los contrayentes.

Pero ocurren dificultades nacidas de las relaciones existentes entre la Iglesia y el Estado, que, previstas, suelen quedar sin resolución en los Códigos modernos. Esto acontece en España, cuyo Código civil establece que los católicos habrán de atenerse á las disposiciones de la Iglesia católica y del Santo Concilio de Trento para la celebración del matrimonio. Se puede acreditar la existencia del casamiento contraído en

el país extranjero, donde no hubiere un registro regular ó auténtico, por cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho (art. 55); pero se negaron la Comisión y el Gobierno á establecer en el Código, con claridad, si es ó no válido el matrimonio civil que con arreglo á la ley escocesa, por ejemplo, celebren en Escocia dos españoles que profesen la religión católica.

Sabido es que los matrimonios denominados *Gretna Green*, celebrados ante dos testigos, verbalmente, son válidos en Inglaterra, sin embargo de que para burlar las disposiciones de la ley inglesa, suelen trasladarse los ingleses al lugar de donde el matrimonio toma su nombre, celebran allí su matrimonio sin más formalidad que la expresión del consentimiento mutuo ante dos testigos, volviendo los contrayentes perfectamente casados á su anterior domicilio.

El respeto que merece la santidad del matrimonio aconsejó á los ingleses proceder con laudable espíritu de tolerancia, teniendo por válidos los casamientos que verbalmente y ante dos testigos celebren los ingleses en país extranjero, si esa forma es legítima allí donde se realiza el matrimonio. Nuestro Código civil requiere, como condición de validez, que sea canónico el matrimonio entre católicos, sometiéndolo en absoluto á las disposiciones de la Iglesia romana. Es admisible cualquier medio de prueba para acreditar la existencia del matrimonio celebrado en país extranjero, si no existiere registro civil, como lo es en España, ó si éste hubiere desaparecido ó fuere en parte obstruido; pero el matrimonio entre católicos, para ser válido, ha de celebrarse con sujeción á las disposiciones de la Iglesia católica.

¡Cuánto retrocedieron nuestros legisladores en esa parte!

El insigne jurisconsulto americano Joseph Story, para autorizar su opinión, tan respetable de suyo, invocaba la del moralista español F. Sánchez, que figura como precursor en los estudios de derecho internacional al lado de otros grandes pensadores españoles del siglo XVI. Sostiene Story, de acuer-

do con los más notables jurisconsultos contemporáneos que, para declarar válido ó nulo un matrimonio, se ha de atender á la ley del país en donde se haya celebrado. (*Such marriages shall be good or not according to the laws of the country Where they are celebrated.*—Conflict of Laws, pág. 201). Esa era la opinión de Sánchez, refiriéndose, por supuesto, á la forma de la celebración del matrimonio. Aunque era teólogo, y teólogo distinguido, no se detuvo F. Sánchez en sutilezas de raciocinio para reconocer que el matrimonio es un contrato, respecto del cual los peregrinos debían observar las costumbres y estatutos del lugar en donde lo celebran. Más aún: tenía por nulo el matrimonio celebrado con arreglo al Concilio de Trento, aun siendo esta la ley del domicilio de los contrayentes, si los decretos del Concilio no estaban recibidos como ley del Estado en el lugar donde se formalizase el matrimonio. (*.... solæ leges loci in quo contractus celebratur inspicuntur. Locus autem, ubi hoc matrimonium inicitur, non petit eam parochi et testium solemnitate ad matrimonii valorem, cum ibi decretum Tridentini non obliget. Ea solemnitas adhibenda est quam petunt legis loci, ubi contractus inicitur; cum ergo locus, ubi celebratur matrimonium, ab his peregrinis exegat solemnitate Tridentini in eo vigentis; aliter contractum nullum erit*).

El bien público, que tanto depende de la claridad en las leyes, reclamaba gran precisión en las nuevas disposiciones del Código civil. Se pidió que la redacción fuera más precisa, y desatendiendo los precedentes de nuestra literatura jurídica y la opinión general de los jurisconsultos contemporáneos, quedó subordinada nuestra obra legislativa á las imposiciones de la corte pontificia.

Por lo demás, el *Instituto de Derecho internacional*, cuya autoridad en el mundo científico es de gran peso, declaró en Heidelberg, sesiones 6 y 7 de Septiembre de 1887, que para ser válido un matrimonio en todas partes, *se necesita* que hayan sido observadas las formas prescritas por la ley del lugar

en donde se hubiere celebrado. A título de excepción, se recomendó la validez de los matrimonios diplomáticos y consulares cuando los dos contrayentes sean del país á que corresponda la legación ó el consulado en donde, con arreglo á las leyes de las respectivas naciones, se celebren los matrimonios.

Dice Kœnig, con razón, que cuando el matrimonio entre extranjeros se celebra en la embajada de su nación, el acto se realiza en condiciones de perfecta regularidad, porque la casa del embajador disfruta del beneficio de extraterritorialidad. No acontece lo mismo cuando el matrimonio se celebra en el consulado, que no goza del mismo beneficio. Entonces surgen dudas, que dan por resultados sensibles declaraciones de nulidad de tales matrimonios.

La ley belga tiene por válido el matrimonio celebrado en país extranjero ante el cónsul de Bélgica, con tal que sea de nación belga el *futuro*, aunque la mujer sea de otro país. La ley alemana es más expansiva, pero más ocasionada á pleitos de nulidad, facultando á los cónsules para intervenir, con autorización del canciller del imperio, en la celebración del matrimonio de una alemana con hombre extranjero. Más circunspecto el Instituto de Derecho internacional, requiere que los dos contrayentes sean del mismo país á que corresponda la embajada ó el consulado. Con censurable imprevisión, el Código civil español nada dispone acerca de los diferentes casos que pueden ocurrir, y ocurren, con motivo de matrimonios celebrados en el extranjero entre españoles, ó entre españoles y extranjeros.

Los matrimonios diplomáticos y consulares constituyen un hecho necesario, que no puede ser regulado separadamente por cada uno de los Estados soberanos, dada la diversidad de tendencias que en ellos dominan. Es materia que debe ser objeto de convenios internacionales. Llegado este caso, y atendiendo á que la mujer sigue siempre la condición del marido, al cónsul de la nación del *futuro* corresponde autorizar la celebración del matrimonio.

Al tratar de la *capacidad* de los contrayentes, es necesario resolver primeramente las cuestiones que surgen con motivo de la determinación de la ley que se haya de seguir en todo lo concerniente á las condiciones necesarias para que *se pueda* celebrar el matrimonio, según decía, con la precisión que le distingue, Rolin-Jacquemyns, Secretario general del Instituto de Derecho internacional, en la reunión ó sesión de Heidelberg, y examinar después cuál es la ley que debe regir en cuanto á las *condiciones de validez* del matrimonio, ó sea á la existencia de impedimentos dirimentes.

La cuestión que en esta parte más divididos trae á los juriconsultos es la relativa al estatuto personal, que según unos, generalmente los de Alemania, Inglaterra y Estados Unidos, es la ley del domicilio, y según otros, es la ley nacional, llamada también de origen. Prevalció en las declaraciones que hizo el Instituto de Derecho internacional, en su reunión de Oxford, la opinión tan brillantemente sostenida por los juriconsultos italianos, especialmente por Mancini, á la vez que por Laurent y otros eminentes publicistas. El domicilio no imprime el carácter de permanencia que consigo lleva el sentimiento de nacionalidad; no encarna tan íntimamente en la persona sujeto del derecho; y es variable por las condiciones propias de la residencia, que cambia según las circunstancias en que el hombre se encuentra. Hacer que el estado y capacidad de las personas dependan de lo que tan mudable y transitorio es, cuando, para dar consistencia y estabilidad á las condiciones propias de la personalidad en el orden jurídico, se entiende que la ley de origen, aquella bajo cuyo amparo se formó el carácter y se desarrolló la conciencia íntima, nos acompaña como necesaria defensa de lo que es esencial á la persona humana, el estado y la capacidad; el separarnos de la nación para unirnos al domicilio, con el objeto de realizar los fines indicados, implica verdadera contradicción. La ley nacional es la que constituye el estatuto personal, y esa, la ley de los contrayentes, es la regla que deben tener presente las autoridades ó

funcionarios encargados de asistir á la celebración del matrimonio y los Tribunales á quien incumba resolver las cuestiones relativas á los impedimentos dirimentes.

La ley local, ó sea la del lugar en donde se celebra el matrimonio, rige lo concerniente á su forma; la ley de origen, la de los contrayentes, es la norma para juzgar de las condiciones requeridas para la celebración del matrimonio y de las causas que lo invalidan. Por eso importa, ante todo, determinar cuándo un requisito ó circunstancia afecta á la forma del matrimonio, y cuándo influye en la capacidad de las personas para contratar. Se estima, por ejemplo, que es parte de la ceremonia matrimonial el consentimiento previo de los padres, ó de otras personas llamadas á dirigir los actos de los contrayentes, cuando, en realidad, más parece que el consentimiento de los padres, no habiendo llegado los hijos á la mayor edad, es requisito para subsanar la falta de capacidad de éstos. Pues, según se considere que el consentimiento de los padres afecta á la forma del matrimonio ó á la capacidad de los contrayentes, se aplicará la ley local ó el estatuto personal.

Recuerda Dicey que en muchas ocasiones se ha lamentado la prensa británica de que mujeres inglesas, casadas en Inglaterra con franceses, prescindiendo éstos del consentimiento paterno, que es innecesario con arreglo á las leyes inglesas, vieron anulado el matrimonio en Francia, de conformidad con las leyes de este país. No bastó que en el Parlamento resonaran enérgicas protestas; subsisten *las diferencias fundamentales que rigen* en Francia y en Inglaterra *las relaciones de familia*, y mientras no se llegue á la resolución de estos conflictos por medio de tratados internacionales, se repetirán los escándalos de que mujeres válidamente casadas en su nación, sean tenidas por concubinas ante las leyes de otros países. Nuestro Código civil, que *prohíbe* contraer matrimonio al menor de edad que no haya obtenido la licencia, y al mayor que no haya solicitado el consejo de las personas á quienes corresponda otorgarlo (art. 45), declara con buen acuerdo que si, á pesar de tal

prohibición, se celebrase el matrimonio, prescindiendo de la licencia ó del consejo en los casos respectivos, será válido el matrimonio (art. 50).

Por regla general, la infracción de una ley prohibitiva es causa de nulidad; pero no es el matrimonio contrato que, por mero respeto á la ley, se pueda invalidar. La realidad de la vida impone miramientos superiores, siempre que en el estado de una persona se realizan cambios que afectan profundamente á las condiciones internas de la vida; el retroceso, la vuelta al estado que las cosas tenían antes, se hace imposible, y el derecho ha de ser fiel reflejo de la vida misma.

No sucede con la edad de los contrayentes lo mismo que con la licencia ó consejos de los padres. La falta de edad obsta al perfeccionamiento del contrato. La edad requerida por la ley nacional de cada uno de los contrayentes, es condición esencial para la existencia del matrimonio. En realidad es más propia la afirmación de no haberse celebrado el contrato que su invalidación, sin atender para nada á las prescripciones de la ley local.—Distinto y vario es el criterio que suele presidir á la resolución de las dificultades que nacen del parentesco y de la afinidad. Un inglés, por ejemplo, no puede contraer matrimonio con la hermana de su difunta mujer. Tampoco es permitido que el extranjero, viudo, se case en Inglaterra con una cuñada suya. Pero el inglés, viudo, que se traslada á Suiza, puede, con arreglo á las leyes de este país, según afirma Kœnig, sabio profesor de la Universidad de Berna, contraer matrimonio con una cuñada. Cita el caso como curioso, y lo es en realidad. Entiende igualmente que tal matrimonio es válido en Inglaterra. En cuanto á este extremo, se equivoca el profesor Kœnig, á no ser que el inglés se hubiera *domiciliado* en Suiza, antes de la celebración del matrimonio.

Los impedimentos, por razón de parentesco ó de afinidad entre los contrayentes, interesan principalmente á las buenas costumbres y afectan á la capacidad; de donde se infiere que, tanto la ley del lugar, en donde se celebra el matrimo-