



SISTEMA ARGENTINO DE  
INFORMACIÓN JURÍDICA



EL DIVORCIO  
ANTE EL  
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

IV



SISTEMA ARGENTINO DE  
INFORMACIÓN JURÍDICA



SISTEMA ARGENTINO DE  
INFORMACIÓN JURÍDICA

ALCIDES CALANDRELLI

PROFESOR DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO  
EN LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE BUENOS AIRES  
Y DE DERECHO CIVIL  
EN LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PLATA



# CUESTIONES

DE

# DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

(EL DIVORCIO)

BIBLIOTECA DE LA CORTE SUP EMA	
Nº. DE ORDEN	8994
UBICACION	G. 85
FICHA INTERNA	

EDITOR:

**JULIO E. ROSSI**

BUENOS AIRES  
INFORMACION JURIDICA

1923

**DEL MISMO AUTOR:**

**Cuestiones de Derecho Internacional privado. 3 volúmenes.**

**Derecho Internacional privado. 1 volumen.**

**La codificación del derecho internacional privado. (Ag.)**

**Los bienes en el derecho internacional privado. (Ag.)**

**La fórmula "locus regit actum" en la legislación argentina. (Ag.)**



## INTRODUCCION

---

Infiérese de su título que el presente trabajo ha de limitarse al examen de las disposiciones legales y de las soluciones jurisprudenciales que respectivamente nuestros códigos y nuestros tribunales han consagrado a las diversas situaciones que en el orden internacional provocan el matrimonio y el divorcio.

En cuanto a la doctrina, en general, no será objeto de nuestro particular estudio, sea en lo relativo a la jurisdicción, sea en lo referente a la ley aplicable; pero aprovecharemos en cada caso la oportunidad que se nos ofrezca de analizar, en cuanto sea pertinente, los diversos sistemas que a aquella doctrina integran.

El asunto conserva todavía sus viejos títulos al interés de los estudiosos (1); y la importancia especulativa

(1) En nuestra Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, el tema ha sido objeto de preferente examen. Incorporado por mi indicación a la lista de temas oficiales de tesis, ha sido desarrollado en múltiples trabajos monográficos, algunos de verdadero mérito, entre los cuales podemos anotar las tesis siguientes: AHUAMADA (Ramón C.) *El divorcio bajo el punto de vista del derecho internacional privado*, tesis man. - Buenos Aires, 1901. — ALVAREZ (Héctor). *El divorcio ante el derecho internacional privado y especialmente según la legislación argentina*, tesis manuscrita - Buenos Aires, 1918. — BELLATI (Egidio) *El divorcio y la separación de cuerpos ante el derecho internacional privado*, tesis. - Buenos Aires, 1905. — FONT EZCURRA (Ricardo) *El divorcio ante el dere-*

de las cuestiones y soluciones que vamos a estudiar en las páginas siguientes no desaparecerá por la sanción en nuestro país de la ley proyectada de divorcio absoluto, que sólo alcanzará a afectar la trascendencia práctica de aquellas. (1).

Entre tanto, y será a nuestro juicio aún por mucho tiempo, las dificultades subsistirán y las soluciones serán necesarias.

No obstante su apariencia, nos atrevemos a afirmar que pocas son las cuestiones jurídicas tan claramente solucionadas en nuestra legislación y, al mismo tiempo,

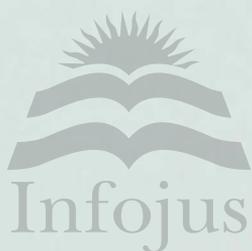
*cho internacional privado especialmente según la legislación argentina*, tesis manuscrita. - Buenos Aires, 1918. — FRUGONI (Adolfo) *El divorcio ante el derecho internacional privado especialmente según la legislación argentina*, tesis man. - Buenos Aires, 1918. — GONZALEZ DEL SOLAR (Juan Carlos). *El divorcio ante el derecho internacional privado especialmente según la legislación argentina*, tesis man. - Buenos Aires, 1908. — LAPALMA (Oscar Fermín). *El divorcio ante el derecho internacional privado, especialmente según la legislación argentina*, tesis man. - Buenos Aires, 1918. — LOPEZ OSORIO (Félix). *El divorcio ante el derecho internacional privado y principalmente según la legislación argentina*, tesis man. - Buenos Aires. — DOYNEL (Roberto). *El divorcio en el derecho internacional privado, estudio de legislación y jurisprudencia argentina*, tesis man. - Buenos Aires, 1920. — GONZALEZ (Emilio L.). *El divorcio en el derecho internacional privado, estudio de legislación y jurisprudencia argentina*, tesis man., Buenos Aires, 1920. GONZALEZ RAMIREZ (Delfor). *El divorcio en el derecho internacional privado*, tesis man. — Buenos Aires, 1920. — PADILLA (Eduardo Ernesto h.) *Divorcio en el derecho internacional privado, estudio de la legislación y de la jurisprudencia argentina*, tesis man. - Buenos Aires, 1920. — QUIRNO COSTA (Luis). — *El divorcio ante el derecho internacional privado. Legislación y jurisprudencia argentina*, tesis man. - Buenos Aires, 1920.

(1) Véase en el **Infodis** todos los proyectos presentados hasta la fecha proponiendo la reforma de nuestra actual legislación sobre divorcio.

tan tenazmente debatidas en nuestra doctrina y tan obscura y contradictoriamente resueltas con frecuencia por la jurisprudencia nacional, como las que nuestro importante tema involucra; afirmación que, en ambos aspectos, quedará ampliamente documentada y probada en las páginas siguientes, pues haremos de los principales fallos un análisis prolijo, sin dejar de referirnos también a las opiniones sustentadas por nuestros juristas en obras fundamentales o especiales, no siempre inspiradas en los verdaderos principios que ilustran las *intrincatissimæ controversiæ* del Derecho Internacional Privado aplicados a la fundamental institución que ha de ocuparnos.

Es nuestro propósito realizar el examen de las cuestiones propuestas observando el más riguroso método y contemplándolas con criterio netamente jurídico y libre de solicitudes tendenciosas.



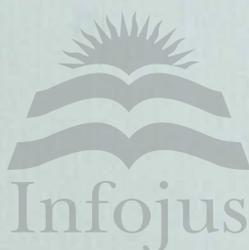


SISTEMA ARGENTINO DE  
INFORMACIÓN JURÍDICA

# PRIMERA PARTE

---

PLAN GENERAL  
Y NOCIÓN DEL ORDEN PÚBLICO



SISTEMA ARGENTINO DE  
INFORMACIÓN JURÍDICA



Infojus

SISTEMA ARGENTINO DE  
INFORMACIÓN JURÍDICA

# CAPÍTULO PRIMERO

## Las dificultades y sus causas

SUMARIO: I. Los motivos de dificultad, en general. — Sistemas legislativos sobre divorcio. — II. Los motivos de dificultad relativos, en particular, a la aplicación de nuestra ley. — III. Verdadero carácter de la labor del intérprete del derecho internacional privado. — Distinción necesaria.

1.—Las dificultades fundamentales que la solución de los diversos casos posibles pueden producir en el orden internacional derivan de dos causas fundamentales, a saber:

Primera: La naturaleza del divorcio;

Segunda: Las causales que pueden invocarse.

Y no necesitamos decir que si fundamentales son las cuestiones y dificultades que los apuntados motivos provocan, no son menores las que plantea el régimen internacional de los efectos derivantes sea de la simple separación, sea del divorcio absoluto.

Casi cabría afirmar que las aludidas dificultades se prevén y se justifican con sólo tener en cuenta la variedad de los sistemas legislativos que, ya orientados en la tendencia del divorcio *a vinculo matrimonii*, ya inspirados en el criterio de la *simple separación personal*, los autorizan, ora en mérito de causas determinadas, ora en virtud de ellas y por el sólo consentimiento mutuo o la voluntad de uno de los cónyuges. Así (1), los aludi-

(1) Véase *Le mariage et le divorce dans les principaux pays de l'Europe*, de M. GLASSON, París 1880—P. PIC, *Mariage*

dos sistemas pueden ser agrupados de la manera siguiente:

Primero: *Simple separación personal* en virtud de causas determinadas; (1).

*et divorce en droit international et en législation comparée*, 1886. — LEHR E., *Le mariage, le divorce et la separation de corps dans les principaux pays civilisés*, 1899.

(1) Este sistema se halla consagrado en las legislaciones de los siguientes países:

ESPAÑA, Cód. civil, art. 104: El divorcio sólo produce la suspensión de la vida en común de los esposos. Art. 105: Las causas legítimas de divorcio son: 1º El adulterio de la mujer en todo caso, y el del marido cuando resulte escándalo público o menosprecio de la mujer; 2º Las malos tratamientos de obra o las injurias graves; 3º La violencia ejercida por el marido sobre la mujer para obligarla a cambiar de religión; 4º La propuesta del marido para prostituir a su mujer; 5º Conato del marido o de la mujer para corromper a sus hijos o prostituir a sus hijas, y la connivencia en la corrupción o prostitución; y 6º La condena del cónyuge a cadena perpétua.

BOLIVIA, Cód. civil, Art. 142: El matrimonio sólo se disuelve por la muerte de uno de los esposos; Art. 144: El marido puede pedir el divorcio por adulterio de su mujer. La mujer también podrá pedir el divorcio por adulterio de su marido; Art. 145: Los esposos podrán demandar recíprocamente el divorcio por excesos, sevicias o injurias graves, inferidas por el uno al otro; Art. 146: La condena de uno de los esposos a pena infamante será para el otro una causa de divorcio.

CHILE, Ley de 1884, Art. 19: El divorcio no disuelve el matrimonio, sino que suspende la vida común de los cónyuges; Art. 21: El divorcio procederá solamente por las siguientes causas: 1º Adulterio de la mujer o del marido; 2º Malos tratamientos graves y repetidos, de obra o de palabra; 3º Ser uno de los cónyuges autor, instigador o cómplice en la perpetración o preparación de un delito contra los bienes, la honra o la vida del otro cónyuge; 4º Tentativa del marido para prostituir a la mujer; 5º Avaricia del marido, si llega hasta privar a su mujer de lo necesario para la vida, atendidas sus facultades; 6º Negarse la mujer, sin causa legal, a seguir a su marido; 7º Abandono del hogar común, o resistencia a cumplir las obligaciones conyugales sin causa justificada; 8º Ausencia,

Segundo: *Simple separación*, admitida por causas

sin justa causa, por más de tres años; 9º Vicio arraigado de juego, embriaguez o disipación; 10. Condenación de uno de los cónyuges por crimen o simple delito; 12. Malos tratamientos de obra inferidos a sus hijos, si pusieren en peligro su vida; 13. Tentativa para corromper a los hijos o complicidad en su corrupción.

VENEZUELA, Cód. civil, Art. 151: El matrimonio válido no se disuelve sino por la muerte de uno de los cónyuges; Art. 152: El divorcio no disuelve el matrimonio, pero suspende la vida común de los esposos; Art. 153: Son causas legítimas de divorcio: 1º El adulterio de la mujer en todo caso y el del marido cuando mantiene concubina en su casa o notoriamente en otro lugar, o si hay un concurso de circunstancias tales que el hecho constituya una injuria grave hacia la mujer; 2º El abandono voluntario y los excesos, sevicia o injuria grave hacia la mujer; 3º. La propuesta del marido para prostituir a su mujer; 4º El conato del marido para corromper o prostituir a sus hijos o a sus hijas y la connivencia en su corrupción o prostitución; 5º La condenación a presidio. Art. 154: La demencia, la enfermedad o cualquiera otra calamidad semejante no autorizan el divorcio ni son causas suficientes para que el cónyuge sano se separe de la habitación común; pero sí podrá apartarse del lecho cuando la enfermedad sea contagiosa.

PARAGUAY, Ley de matrimonio civil de 1898, (Reproducción de la ley argentina).

PERU, Cód. civil, Art. 191: El divorcio es la separación de los casados, quedando subsistente el vínculo matrimonial; Art. 192: Son causas de divorcio: 1ª El adulterio de la mujer; 2ª El concubinato o la incontinencia pública del marido; 3ª La sevicia o trato cruel; 4ª Atentar uno de los cónyuges contra la vida del otro; 5ª El odio capital de alguno de ellos, manifestado por frecuentes riñas graves o por graves injurias; 6ª Los vicios incorregibles de juego o embriaguez, disipación o prodigalidad; 7ª Negar el marido los alimentos a la mujer; 8ª Negarse la mujer, sin graves y justas causas, a seguir a su marido; 9ª Abandonar la casa común o negarse obstinadamente al desempeño de las obligaciones conyugales; 10ª La ausencia sin justa causa por cinco años; 11ª La locura o furor permanente, que haga peligrosa la cohabitación; 12ª La enfermedad cróni-

determinadas y por mutuo consentimiento; (1).

ca contagiosa; 13ª La condenación de uno de los cónyuges a pena infamante.

COLOMBIA, Cód. civil, Art. 153: El divorcio no disuelve el matrimonio, pero suspende la vida común de los casados. Art. 154: Son causas de divorcio: 1ª El adulterio de la mujer; 2ª El amancebamiento del marido; 3ª La embriaguez habitual de uno de los cónyuges; 4ª El absoluto abandono en la mujer de los deberes de esposa y de madre, y el absoluto abandono del marido en el cumplimiento de los deberes de esposo y padre; 5ª. Los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra, si con ellos pelagra la vida de los cónyuges o se hacen imposibles la paz y el sosiego domésticos. Art. 55: La demencia, la enfermedad contagiosa y cualquiera otra desgracia semejante en alguno de los cónyuges no autoriza el divorcio; pero podrá el juez, con conocimiento de causa, y a instancia del otro cónyuge, suspender breve y sumariamente, en cualquiera de los dichos casos, la obligación de cohabitar, quedando, sin embargo, subsistentes las demás obligaciones conyugales para con el esposo desgraciado.

(1) ITALIA, Cód. civil, Art. 148: El matrimonio no se disuelve sino por la muerte de uno de los cónyuges; está admitida, sin embargo, la separación personal. Art. 149: El derecho de pedir la separación corresponde a los cónyuges únicamente en los casos determinados por la ley. Art. 150: Podrá pedirse la separación por causa de adulterio, de abandono voluntario, excesos, sevicia, amenazas e injurias graves. La acción de separación no es admisible por adulterio del marido sino cuando éste tenga en su propia casa o notoriamente en otro sitio su concubina, o cuando en el hecho concurren tales circunstancias que constituyan una injuria grave para la mujer. Art. 151: También podrá pedirse la separación contra el cónyuge que haya sido condenado a pena criminal, excepto el caso en que la sentencia sea anterior al matrimonio y conocida del otro esposo. Art. 152: La mujer podrá pedir la separación cuando el marido, sin justo motivo, no tenga residencia fija o, disponiendo de medios, se niegue a establecerla con arreglo a su condición. Art. 158: La separación por el solo consentimiento de los cónyuges no podrá llevarse a cabo sin la aprobación de los tribunales.

BRASIL, Cód. civil, Art. 315: La sociedad conyugal termina: 1ª Por la muerte de uno de los cónyuges; 2ª Por la

Tercero: *Divorcio absoluto*, en virtud de causas determinadas; (1)

Cuarto: *Divorcio absoluto*, en virtud de causas determinadas y por mutuo consentimiento; (2)

nulidad o anulación del casamiento; 3º Por el *desquite*, amigable o judicial. Art. 317: La acción de *desquite* sólo se puede fundar en alguno de los motivos siguientes: 1º Adulterio; 2º Tentativa de muerte; 3º Sevicia o injuria grave; 4º Abandono voluntario del hogar conyugal durante dos años continuos. Art. 318: Daráse también el *desquite* por mutuo consentimiento de los cónyuges, si fueren casados por más de dos años, manifestado ante el juez y debidamente homologado.

Parágrafo único del Art. 315: El matrimonio válido no se disuelve sino por la muerte de uno de los cónyuges, no aplicándosele la presunción establecida en este Código, Art 10, segunda parte.

(1) EL SALVADOR, Ley de 1894, modificada por la de 4 de abril de 1900. Art.1º. Se establece en la República el divorcio absoluto, o sea la separación legítima de los casados, ordenada por el juez en virtud de causas legales, quedando disuelto el vínculo conyugal. Art 2º. El divorcio absoluto procederá por cualquiera de las causas siguientes: 1. Por preñez de la mujer por consecuencia de relaciones ilícitas con otro hombre, anteriores al matrimonio, ignorándolo el marido; 2. Homicidio frustrado o tentativa de homicidio de uno de los cónyuges contra el otro. 3. Graves ofensas y frecuentes malos tratamientos de obra entre esposos. 4. Violencia física o moral ejercida por un cónyuge contra el otro para obligarlo a cambiar de religión. 5. Adulterio de la mujer. 6. Adulterio del marido, con escándalo público; 7. Tentativa del marido de prostituir a la mujer; 8. Tentativa de cualquiera de los cónyuges para corromper a sus hijos o la complicidad en la corrupción o prostitución; 9. Por ebriedad escandalosa y consuetudinaria de cualquiera de los cónyuges; 10. Por ejercer cualquiera de los cónyuges granjerías inmorales o alcahuetería; 11. Por homicidio en alguno de sus hijos o por abandonar un cónyuge al otro por espacio de un año. Art. 5º... Tampoco podrá decretarse el divorcio absoluto en ningún caso por el mutuo consentimiento de los cónyuges.

(2) NORUEGA. Cód. de 1687, art. 59: Las causas del divorcio son las mismas para el marido y para la mujer. Ar-

Quinto: *Separación personal y divorcio absoluto,*

tículo 60: Los esposos podrán solicitar el divorcio por causa de adulterio. Art. 61: La ausencia de uno de los esposos sin el consentimiento del otro cónyuge, o sin causa suficiente, durante tres años enteros y consecutivos, da al cónyuge abandonado el derecho de pedir el divorcio. Art. 62: Del mismo modo, la ausencia que ha comenzado sin mención de abandono se convierte en una presunción de muerte si, después de siete años, no ha llegado ninguna noticia; se tiene entonces el derecho de solicitar el divorcio. Art. 63: La impotencia natural y toda enfermedad desagradable e incurable son también una causa de divorcio para el caso solamente en que esta causa ha preexistido a la celebración del matrimonio. Art. 64: La condenación de uno de los esposos a trabajos forzados a perpetuidad da al otro esposo el derecho de pedir el divorcio, si él no acuerda su gracia en un plazo de siete años. Art. 66: El divorcio puede ser pronunciado por autorización del rey, en el caso de consentimiento mutuo de los esposos; sin esta autorización la demanda debe ser rechazada.

DINAMARCA. — Cód. Civil art. 74: El matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los esposos o por el divorcio legalmente pronunciado. Art. 77: Las principales causas de divorcio son: el adulterio, el abandono, la impotencia, una enfermedad contagiosa conocida solamente después de la consagración del matrimonio, una condenación a prisión o a trabajos forzados a perpetuidad. Art. 88: Se puede, por autorización especial, obtener el divorcio por consentimiento según las condiciones que siguen. Art. 89: No se puede obtener la autorización de divorcio por consentimiento mutuo sino después de llenadas todas las condiciones de una separación de cuerpos legal.

RUMANIA. Código civil. Art. 211 a 215. Las causas de divorcio son: 1º. el adulterio de la mujer o del marido; 2º. los excesos, sevicias o injurias graves de uno de los esposos hacia el otro; 3º. La condena de uno de los esposos a trabajos forzados o a reclusión; 4º. Atentado de uno de los esposos contra la vida del otro o la falta de denuncia del atentado contra uno de ellos del que el otro ha tenido conocimiento. En cuanto al mutuo consentimiento, el código rumano reproduce, con pequeñas variantes, los artículos 214 y 254-294 de la antigua legislación francesa.

ambos sólo admitidos por causas determinadas; (1)

(1) ALEMANIA, Cód. civil art. 1564: Podrá efectuarse el divorcio por las causas determinadas en los artículos 1565 a 1569. Se pronunciará por sentencia y existirá cuando ésta esté pasada en autoridad de cosa juzgada. Art. 1565: Podrá uno de los cónyuges pedir el divorcio cuando el otro cometa adulterio o uno de los actos punibles con arreglo a los artículos 171 a 175 del código penal. El derecho de divorcio no existirá cuando el demandante haya consentido el adulterio o el hecho punible, o cuando haya tomado parte en él. Artículo 1566: Podrá un cónyuge pedir el divorcio cuando el otro atente contra su vida. Art. 1567: Podrá pedir el divorcio uno de los cónyuges cuando el otro lo haya abandonado maliciosamente. Sólo se considera malicioso el abandono en los casos siguientes: 1º. Cuando después de adquirir autoridad de cosa juzgada la sentencia que le condena a volver al domicilio conyugal, se haya negado un cónyuge maliciosamente y contra la voluntad del otro durante un año a cumplir la sentencia; 2º Cuando maliciosamente y contra la voluntad del otro cónyuge permanezca ausente del domicilio conyugal durante un año, uno de ellos, después de cumplidas las condiciones necesarias de la intimación pública. No será admisible el divorcio en el caso previsto en el párrafo anterior cuando al terminar la instrucción oral sobre que haya recaído la sentencia, no existieran las condiciones de la intimación pública. Art. 1568: Podrá uno de los cónyuges pedir el divorcio cuando, por violación grave de los deberes propios del matrimonio o por su conducta inmoral y deshonesta, se haya hecho culpable el otro de una perturbación tan profunda de las relaciones conyugales que no pueda exigir del querellante la continuación del matrimonio. También se reputa la sevicia violación grave de los deberes. Art. 1569: Podrá un cónyuge pedir el divorcio cuando esté atacado el otro de una enfermedad mental que haya durado por lo menos tres años después del matrimonio y alcanzado tal gravedad que haya desaparecido la comunidad intelectual entre los esposos y no haya esperanza alguna de restablecerla. Art. 1575: El esposo que tenga derecho a pedir el divorcio podrá, en lugar de éste, pedir que cese la vida en común (separación). Si el otro esposo pidiera el divorcio para el caso en que la demanda sea fundada, procederá decretarla. Se aplicarán a la acción de separación las disposiciones de los artículos 1573 y 1574.

FRANCIA, cód. civil, art. 227: El matrimonio se disuelve:

Sexto: *Separación personal por causas determina-*

1. Por la muerte de uno de los esposos; 2. Por el divorcio legalmente pronunciado. Art. 229: El marido podrá demandar el divorcio por causa de adulterio de su mujer; Art. 230: La mujer podrá demandar el divorcio por causa de adulterio de su marido. Art. 231: Los esposos podrán recíprocamente demandar el divorcio por excesos, sevicias o injurias graves de uno de los esposos hacia el otro. Art. 232: La condenación de uno de los esposos a pena infamante y aflictiva será para el otro una causa de divorcio. Art. 306: En el caso en que proceda la demanda de divorcio, será permitido a los esposos formular demanda por separación de cuerpos.

HONDURAS. —Cód. civil, art. 75: El simple divorcio o separación sólo produce la suspensión de la vida común de los casados. El divorcio propiamente dicho, produce, además, la disolución del vínculo matrimonial. Art. 76: Las causas legítimas de simple divorcio o de divorcio propiamente dicho son: 1. El adulterio de la mujer en todo caso, y el del marido cuando resulte escándalo público y menosprecio de la mujer 2. Los malos tratamientos de obra, o las injurias graves, 3. La propuesta del marido para prostituir a su mujer; 4. El conato del marido o de la mujer para corromper a sus hijos o prostituir a sus hijas, y la connivencia en la corrupción; 5. La condena del cónyuge a la pena de presidio mayor.

ECUADOR, Ley de 20 de Octubre de 1904. Art. 2. Son causas de divorcio que disuelve el vínculo matrimonial: 1. El adulterio de la mujer; 2. El adulterio público escandaloso del marido; 3. Haberse declarado por sentencia judicial que es uno de los cónyuges autor o cómplice de un crimen contra la vida del otro cónyuge. En estos juicios intervendrá necesariamente el Ministerio Fiscal y un defensor de matrimonios, y la falta de este requisito causará nulidad. Art. 3: Producen separación de vida marital las causas siguientes: 1. Cualquiera de las que autorizan el divorcio; 2. La sevicia atroz; 3. La embriaguez consuetudinaria; 4. La tentativa del marido para prostituir a la mujer o a sus hijos.

SUIZA. Cód. civil. Art. 137: Cualquiera de los esposos puede demandar el divorcio por causa de adulterio de su cónyuge... Art. 138... por causa de atentado a su vida, sevicias o injurias graves de parte de su cónyuge. Art. 139... cuando su cónyuge ha cometido un delito infamante o lleva una conducta tan deshonesta que la vida común se ha hecho insostenible al demandante. Art. 140... por causa de abandono malicio-

das y *divorcio absoluto* tanto por causas determinadas como por mutuo consentimiento. (1).

so o cuando, sin justos motivos, su cónyuge no vuelve al domicilio conyugal, a condición, sin embargo, de que el abandono haya durado por lo menos dos años. Art. 141... por causa de enfermedad mental de su cónyuge si este estado hace insoportable la vida común al demandante y si después de tres años de enfermedad ha sido reconocida incurable a juicio de peritos. Art. 142: Cualquiera de los esposos puede demandar el divorcio cuando el lazo conyugal se halla tan profundamente afectado que la vida común se ha hecho insoportable... Art. 143: La acción tiende al divorcio o a la separación de cuerpos.

HUNGARIA. Ley XXXI sobre el matrimonio, de 19 de Diciembre de 1894: art. 73: El matrimonio se disuelve: a) por la muerte de uno de los cónyuges; b) por el divorcio pronunciado judicialmente... Art. 75: El matrimonio no puede ser disuelto por el divorcio sino en virtud de una decisión judicial y solamente por las causas previstas en los artículos 76 a 80. Art. 76: Puede pedir el divorcio el esposo cuyo cónyuge ha cometido un delito o un acto impúdico contra natura o que ha contraído un nuevo matrimonio sabiendo que el primero subsistía. Art. 77... el esposo cuyo cónyuge le ha abandonado intencionalmente y sin razón valedera... Art. 78: el esposo cuyo cónyuge ha sido, después de la celebración del matrimonio, condenado a muerte o a cinco años a lo menos de trabajos forzados o de reclusión... Art. 80... cuando el otro esposo: a) ha faltado grave e intencionalmente, por su conducta, a las obligaciones resultantes del matrimonio, fuera de los casos previstos en los artículos 76 y 78; b) ha inducido o pretendido inducir a los hijos pertenecientes a la familia de su cónyuge a cometer un acto punible o llevar una vida disoluta; c) se obstina en llevar una vida disoluta; d) ha sido condenado, después de la celebración del matrimonio, a la pena de fuerza o a reclusión por menos de cinco años o a prisión por delito de concupiscencia... art. 104: En los casos en que el divorcio puede ser pronunciado según los términos de la presente ley, el esposo puede pedir, por demanda principal o convencional, en lugar del divorcio, la separación de lecho y mesa...

(Véase para la legislación inglesa DICEY, trad. *Stocquart, Le statut personnel anglais*, II pág. 90... MONACO, Ord, de 3 de Julio de 1907, ver en el J. D. I. P. 1908, p. 277).

(1) BELGICA, cód. civil, art. 227: El matrimonio se di-

Séptimo: *Divorcio absoluto* en virtud de causas determinadas y *separación de cuerpos*, sea por causas determinadas, sea por mutuo consentimiento; (1)

suelve: 1. Por la muerte de uno de los cónyuges; 2. Por la declaración legal de divorcio. Art. 229: El marido podrá pedir el divorcio por adulterio de su mujer. Art. 230: La mujer podrá pedir el divorcio por adulterio de su marido, siempre que éste haya tenido concubina en la casa propia. Art. 231: Los esposos podrán recíprocamente pedir el divorcio por excesos, sevicia o injurias graves cometidas por uno de ellos contra el otro. Art. 232: La sentencia que imponga a uno de los cónyuges una pena infamante será para el otro motivo de divorcio. Art. 233: El consentimiento mutuo y perseverante de los esposos, expresado en la forma prescripta por la ley, con las condiciones y previas las pruebas que la misma determina, probará de un modo suficiente que la vida común les es insoportable, y que, con relación a los cónyuges, existe una causa perentoria de divorcio. Art. 306: En los casos en que proceda la demanda de divorcio por causa determinada, podrán los cónyuges formular demanda por separación de cuerpos.

PORTUGAL. Ley de 3 de Noviembre de 1910. Establece las siguientes causas: 1º. Adulterio del marido; 2º. Adulterio de la mujer; 3º. La condena definitiva de uno de los esposos a cualquiera de las penas mayores dispuestas en los artículos 55 y 57 del Código penal; 4º. Las sevicias o injurias graves; 5º El abandono completo del domicilio conyugal durante tres años por lo menos; 6º La ausencia cuando el cónyuge desaparecido ha dejado transcurrir tres años al menos sin dar noticias; 7º La locura incurable constatada después de tres años a lo menos por una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada; 8º La separación de hecho consecutiva de común acuerdo y prolongada durante diez años al menos, sea cual fuere el motivo de esta separación; 9º El vicio inveterado del juego de fortuna o de azar; 10. Una enfermedad contagiosa reconocida incurable.

(1) HOLANDA. Cód. civ., art. 263: El divorcio no puede efectuarse por mutuo consentimiento de los cónyuges. Art. 264: Las únicas causas de divorcio son: 1ª. El adulterio; 2ª. El desamparo o el abandono malicioso; 3ª. La condena por delito a cuatro años de prisión, como máximum, impuesta después del matrimonio; 4ª. Los malos tratamientos con que

Octavo: *Separación personal y divorcio absoluto*, ambos en virtud de causas determinadas y por consentimiento mutuo; (1)

uno de los cónyuges pone en peligro la vida del otro, o le ocasiona heridas graves. Art. 288: Los cónyuges pueden solicitar separación de cuerpo por los mismos motivos que producen la admisión del divorcio. Cabe, además, esta demanda por excesos, malos tratamientos e injurias graves de uno de los cónyuges contra el otro. Art. 291: La separación de cuerpos podrá ser dictada también en juicio, mediante solicitud de ambos cónyuges, sin que éstos expongan determinada y expresamente los motivos de su resolución. La demanda bajo esta forma no es admisible, sin embargo, hasta transcurridos dos años después del matrimonio.

(1) SANTO DOMINGO, Ley de 1º. de Julio de 1899. Art. 2º. El matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges y por el divorcio. Art. 3º. El divorcio podrá ser pedido recíprocamente: 1º. Por adulterio de uno de los cónyuges; 2º. Por condenación de uno de los esposos a una pena aflictiva o infamante. No podrá pedirse el divorcio por esta causa si las condenaciones proceden por crimen político; 3º. Por sevicias, por injurias graves de uno de los cónyuges respecto del otro; 4º. Por abandono voluntario que uno de los esposos haga del hogar, siempre que no regresare a él en el término de cinco años, previo el requerimiento auténtico que haya podido hacerle el otro esposo; 5º. Por notoria embriaguez habitual de uno de los cónyuges durante un año; 6º. Por ausencia decretada por el Tribunal, de conformidad con las prescripciones contenidas en el capítulo II del título IV del código civil; 7º. Por el consentimiento mutuo de los cónyuges. Art. 60: En todos los casos en los cuales haya lugar a divorcio, los cónyuges podrán formar una sola demanda de separación de cuerpos. Art. 61: La demanda de separación personal se intentará, substanciará o resolverá en la misma forma que cualquiera otra acción civil; y en caso de que deseen las partes acogerse a los trámites establecidos para el divorcio por el mutuo consentimiento, se les permitirá hacerlo.

NICARAGUA: Cód. civil, art. 160: Las causas que disuelven el matrimonio son: 1ª. La muerte natural de uno de los cónyuges; 2ª. El divorcio; 3ª. La sentencia ejecutoria que declare la nulidad. También se disuelve el matrimo-

Noveno: *Separación personal* por causas determina-

nio por mutuo consentimiento. Art. 61: Son causas de divorcio: 1ª. Preñez de la mujer por consecuencia de relaciones ilícitas anteriores al matrimonio, ignorándolo el marido; 2ª. Atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro; 3ª. La sevicia y ofensas graves inferidas por alguno de los cónyuges al otro; 4ª. El adulterio de la mujer; 5ª. El concubinato del marido, siempre que tenga a la mujer en la propia casa o notoriamente en otro sitio, o cuando en el hecho concurren tales circunstancias que constituyan una injuria grave para la mujer; 6ª. El abandono manifiesto o ausencia de uno de los cónyuges por más de cinco años sin comunicación con el otro. Art. 185: Los cónyuges podrán separarse, quedando subsistente el vínculo matrimonial, por las causas siguientes: 1ª Cualquiera de las que autorizan el divorcio; 2ª. La negativa de uno de los cónyuges a dar alimento al otro que lo necesite o a sus hijos comunes; 3ª. El mutuo consentimiento de ambos cónyuges.

GUATEMALA, Ley de divorcio, de 12 de Febrero de 1894. Art. 1º La ley autoriza, no sólo la separación de los cónyuges, quedando subsistente el vínculo matrimonial, sino también el divorcio, en virtud del cual queda disuelto ese vínculo. Art. 2º El matrimonio se disuelve: 1º. Por el mutuo consentimiento de los cónyuges; 2º. Por voluntad de uno de ellos, con causa determinada. Art. 3º. Son causas determinadas para obtener el divorcio: 1ª. Adulterio de la mujer; 2ª. Concubinato escandaloso del marido; 3ª. Odio de alguno de ellos manifestado por trato cruel o por frecuentes riñas graves; 4ª. Atentado premeditado o reiterado de uno de los cónyuges contra la vida del otro; 5ª. Abandono malicioso o ausencia inmotivada por más de dos años; 6ª. Impotencia superviniente a la realización del matrimonio... 7ª Insistente e inmotivada resistencia a pagar el débito conyugal, Art. 4º. La simple separación puede concederse por las causas expresadas en el art. 53 del decreto núm. 272; por las designadas en el art. 3º. de la presente ley, no comprendidas en aquel artículo y por el mutuo consentimiento. Art. 5º Para la simple separación de los cónyuges quedan vigentes las disposiciones de los párrafos 4º. y 5º., art. 4º., libro I del código civil reformado.

das y mutuo consentimiento, cuando uno de los esposos sea católico en la fecha del matrimonio; (1).

Décimo: *Divorcio absoluto*, por mutuo consentimiento y por la sola voluntad de uno de los esposos; (2)

Todos estos criterios y sistemas legislativos pueden, en lo fundamental, distribuirse, según Glasson, en los siguientes cuatro grupos:

1º El de las naciones que admiten solamente el divorcio *a vinculo matrimonii*;

2º El de las que sólo admiten la simple separación de cuerpos perpetua o divorcio *a mensa et thoro*;

3º El de las que admiten simultáneamente el divorcio *a vinculo* y la *separación de cuerpos*.

4º El de las que admiten la separación temporal o perpetua y la reconciliación.

(1) AUSTRIA, Cód. civ. 1811, art. 111. Las causas de separación son: adulterio; crimen cometido por uno de los esposos; abandono culpable; los atentados, sevicia, e injurias graves; la dilapidación de la fortuna del cónyuge; todo ataque a la moralidad de la familia; vicios corporales inveterados y susceptibles de castigo. En cuanto a los esposos católicos, pueden divorciarse conforme a su ley religiosa, sea por causa determinada, sea por mutuo consentimiento. Las causas son: adulterio, condena a reclusión por cinco años a lo menos o a otra pena mayor; abandono del domicilio conyugal debidamente comprobado; atentado, sevicia, e injurias graves; aversión invencible, manifestada por reiteradas separaciones seguidas de nuevas reuniones. En cuanto a los judíos (arts. 133-135) la mujer, en general, no puede demandar el divorcio contra su marido; se admite el mutuo consentimiento; el adulterio no es una causa de divorcio.

(2) CODIGO BOLSHEVIQUE DEL MATRIMONIO, Art. 85: El matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los esposos o por la declaración judicial de su muerte. Art. 86: El matrimonio, en vida de los esposos, puede ser disuelto por el divorcio. Art. 87: El divorcio puede fundarse, sea en el consentimiento mutuo de los esposos, sea en la voluntad de uno de ellos.

II — Natural es que las dificultades apuntadas pueden también presentarse tratándose de la aplicación de nuestros preceptos legales, como consecuencia del contraste que presenta con los demás el sistema por ellos consagrado.

Pero, con especial referencia a los mismos, es posible señalar motivos particulares de dificultad, provenientes sea de criterios interpretativos incorporados a la doctrina por nuestros juristas, sea de la letra misma de algunas disposiciones aplicables, no siempre uniformemente explicada por su espíritu, sea, en fin, por el variable sentido atribuído a las cláusulas del Tratado de derecho civil de Montevideo por los jueces argentinos y uruguayos.

La doctrina y la jurisprudencia aparecen, en efecto, a menudo oscilantes e indecisas, siendo los fundamentales puntos de disidencia los siguientes:

1°. El alcance del término *validez* que emplea el artículo 2° de nuestra Ley de Matrimonio.

Piensen a este respecto algunos autores que ese término sólo se refiere a la forma del matrimonio, en tanto que, a mi juicio, él abarca igualmente la capacidad de los contrayentes; diversidad de criterio que sin duda influye en cuanto a la determinación del sistema integral que para aquella institución y sus efectos nuestra legislación establece, y en cuanto a su aplicación en los casos de divorcio.

De esta divergencia derivan los dos sistemas que en la doctrina argentina sobre régimen del divorcio admiten o rechazan la aplicación de los artículos 6 y 7 del código civil.

2° La aplicación de los preceptos del Tratado de Montevideo, como fuente de interpretación de la Ley de Matrimonio.

No es discutible que dicho Tratado, como ley de la Nación, puede y debe ser consultado en determinados

casos, recurriéndose a él en su carácter de fuente de información legislativa; pero sólo en determinados casos. Las dificultades que la práctica presenta provienen generalmente de que se acude al Tratado en casos en que, no sólo es improcedente su aplicación por los caracteres de los mismos, sino porque él pugna con principios diversos de leyes internas, como hemos de verlo más adelante.

3° La confusión que se hace frecuentemente entre las doctrinas de la actual Ley de Matrimonio y las del código civil antes de la reforma.

Sabido es que ella ha modificado en algunos preceptos las disposiciones correlativas del código, lo cual hace muy discutible la legitimidad de la opinión de quienes pretenden atribuir a los nuevos textos el pensamiento de Vélez Sarsfield, traducido en las notas correspondientes a los artículos derogados. Nosotros rechazamos este criterio, y demostramos su improcedencia al examinar nuestras soluciones.

4° — El verdadero alcance de las cláusulas del Tratado de Montevideo y su radio de aplicación frente a las disposiciones del Protocolo adicional.

Es para nosotros éste un punto fundamental que tratamos extensamente, porque atribuimos a la verdadera interpretación y sentido de los textos el secreto de la exactitud en la solución de las hipótesis que su aplicación sugiere.

5° — Finalmente, la doctrina y la jurisprudencia uruguayas, cuya influencia en las soluciones indicadas es sin duda considerable; punto éste del cual nos ocupamos al estudiar los casos de aplicación del Tratado de Montevideo.

III — Indicadas las fuentes de las dificultades en el orden internacional, diremos que sólo incumbe analizar la conveniencia o bondad de los distintos sistemas, para inclinar el criterio en uno u otro de ambos sentidos

en que la legislación y la doctrina se manifiestan, al intérprete del derecho o de la ley locales. Al intérprete del derecho o de la ley internacionales tal tarea le está vedada.

Y, sin embargo, por no distinguir debidamente la naturaleza de la misión de uno y de otro, numerosos son los juriconsultos, muy pero moralistas, o los moralistas, muy poco juriconsultos, que hacen depender sus soluciones en el orden internacional de sus doctrinas en el orden interno; y, apasionados en la defensa de la indisolubilidad del matrimonio, o convencidos apasionados de la necesidad del divorcio *quo ad vinculum*, procuran orientar en tales sentidos, respectivamente, sus conclusiones al resolver cualquiera de los casos mencionados de Derecho Internacional, por razones, sobre todo, apoyadas en un orden público no siempre muy bien comprendido.

Partidarios y adversarios del divorcio absoluto son figuras inverosímiles en el ambiente internacional o extra-nacional de las relaciones jurídicas humanas, y sus discusiones son impertinentes. No es verdad que los Estados que imponen la indisolubilidad del matrimonio cuidan el orden de la familia y que los que permiten el divorcio lo descuidan; no es verdad que en las disposiciones vigentes en los primeros deba señalarse un límite a la libertad individual impuesto por motivos de orden social, y en los vigentes en los otros una simple facultad de orden personal e individual; es inexacto que en las primeras debe verse una intervención de la soberanía en amparo de la familia y en las segundas una simple abstención de la sociedad ante el capricho individual: tanto unas leyes como las otras tienen por objetivo el orden de la familia y el orden social, y en la tutela de ambos se inspiran las disposiciones tanto de unas como de otras, diversas, no ya en cuanto al

propósito final, sino en cuanto creen alcanzar, por diverso camino, idéntico objetivo.

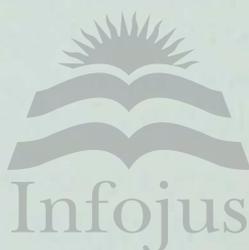
Explícate así que las dificultades y problemas se mantengan y aún se agraven, requiriendo soluciones definitivas o remedios más eficaces. Así nos lo dice, con su habitual claridad, el profesor Catellani (1) en las siguientes palabras:

El carácter de la ley relativa a la disolución de matrimonio se presenta tan clara y uniformemente inspirada en la tutela del orden social y de la familia, que no deja lugar a duda alguna respecto de que, preferido en un país, en las relaciones de derecho internacional privado en general, el principio de la personalidad o el de territorialidad, uno u otro deben aplicarse sin distinción al régimen internacional de la materia. Por el contrario, aquel especial elemento perturbador agregándose a la diferencia existente entre los Estados que, respecto a la aplicación de las leyes en el espacio, prefieren el criterio de la personalidad y los que adoptan el de la territorialidad, agrava la disidencia derivante de la disposición que existe en los Estados a considerar las propias normas como obligatorias tanto para los propios súbditos en el exterior, en cuanto regulan la capacidad, cuanto para los extranjeros en el interior, en cuanto tutelan el orden de la familia y el orden público. Por eso la ocasión de conflictos en el caso de divorcio es, en el estado actual de los derechos positivos, singularmente frecuente y su solución singularmente difícil, en ausencia de convenciones in-

(1) V. CATELLANI, *Il diritto Internazionale Privato e i suoi recenti progressi*, Vol. III, N.º 550. DE

ternacionales, presentándose en la misma cuestión elementos de orden personal y territorial, entre los cuales es más difícil que en las otras cuestiones distinguir cuál sea el principio uniforme, si no media entre los Estados una transacción en nombre de un principio superior a todas las exigencias particulares, es decir, el del régimen universalmente reconocido de las relaciones jurídicas.

Las consideraciones que preceden ponen de manifiesto cuál será el criterio que ha de guiarnos en el análisis y solución de las diversas situaciones legales que oportunamente plantearemos.



## CAPÍTULO SEGUNDO

---

### El concepto del orden público

---

SUMARIO: 1.—Es conveniente exponerlo.—2 Antecedentes doctrinarios. — 3. Noción o concepto universal: necesidad de construirlo.—Recházase la distinción entre orden público interno e internacional. — El punto de partida. — El equilibrio entre el individuo y el Estado. — Fórmula. — Examen de sus caracteres. — Efecto del orden público en el ambiente internacional. — Las leyes de orden público pueden agruparse en una sola categoría. — Distinción entre las normas superiores y las disposiciones complementarias. — Síntesis. — La determinación de las leyes de orden público y de las leyes lesivas del orden público.

1.—Dada la estrecha vinculación que entre este concepto y las instituciones del matrimonio y del divorcio existe; y siendo muy fundamentales y frecuentes los argumentos y las objeciones que, de él derivados, se presentan en el examen de las distintas soluciones, consideramos necesario exponer nuestros puntos de vista sobre tan interesante asunto antes de entrar al estudio de las diferentes hipótesis y como para desvanecer de antemano, en lo posible, las dificultades que puedan ir presentándose.

2.—Ha dicho, entre otras verdades, Savigny (1) que la determinación rigurosa de las excepciones al imperio

(1) Habíamos pensado hacer en esta nota un extracto de las diversas doctrinas sostenidas sobre el orden público; pero hemos debido desistir de tal propósito en atención a que habría resultado ella exageradamente extensa. Nos reduci-

de la comunidad de derecho es quizás la parte más difícil del problema que la ciencia del Derecho Internacional Privado obliga a resolver. Y así es, en efecto.

mos, pues, a referirnos a la de Savigny, por tratarse de un autor que puede colocarse a la cabeza del grupo de quienes afirman la territorialidad de las llamadas leyes de orden público y la consideran como una excepción a la aplicación de las exigidas por la naturaleza de la relación jurídica. Este sabio innovador estudia la cuestión luego de haber sentado, explicado y fundado la regla de que para decidir sobre una relación de derecho en el caso de colisión entre leyes de diferentes Estados independientes *debe aplicar el juez el derecho local a que pertenece la relación de derecho litigiosa, sin distinguir si este derecho es el de su país o el de un Estado extranjero*. Pero, según él, este principio admite una restricción, pues hay varias clases de leyes cuya naturaleza especial no admite la indicada independencia de la comunidad de derecho entre diferentes Estados, y en presencia de ellas el juez debe aplicar exclusivamente el derecho nacional, aunque aquella regla exija la aplicación del derecho extranjero. De aquí resultan para Savigny una serie de excepciones muy importantes, de las cuales *“los autores se han ocupado con frecuencia, sin saberlo, lo cual ha contribuido mucho para que no se reconocieran las leyes que tales excepciones limitan”*.

Entrando en cuestión, el autor refiere estas excepciones a dos clases principales:

- 1º.—Leyes de una naturaleza positiva rigurosamente obligatoria, por lo cual no admiten aquella libertad de apreciación que no tiene en cuenta los límites de los verdaderos Estados;
- 2º.—Instituciones de un Estado extranjero cuya existencia no está reconocida en el nuestro y que, por consiguiente, no pueden pretender la protección de los Tribunales.

Expuestas así las dos clases de excepciones, entra Savigny a ocuparse separadamente de cada una de ellas; y siendo, como en todos los casos, breve y sintético su desarrollo, creemos preferible transcribir las pocas páginas que a él dedica, a hacer un extracto de las mismas.

Hé aquí su exposición:

A) Leyes de una naturaleza positiva rigurosamente obligatoria.

He señalado en otro lugar diversos contrastes entre la naturaleza y el origen de las reglas de derecho. Debemos, pues,

No obstante, preciso es convenir también que con el sin duda muy laudable propósito de contribuir a la anhelada solución, pero inspirados en una multiplicidad exage-

referirnos a estas instituciones; pero en este punto son insuficientes, y para conseguir nuestro objeto nos es necesario estudiar más atentamente las diferencias que presenta la naturaleza de las reglas jurídicas.

Sería gran error creer que basta la distinción entre las reglas supletorias y las absolutas. Esta distinción no deja de tener influencia sobre nuestro asunto, pues una regla de derecho puramente supletoria no figurará nunca entre los casos excepcionales que nos ocupan. Pero sería un gran error atribuir a todas las leyes absolutas un carácter de tal manera positivo y obligatorio que se las debiese colocar entre los casos excepcionales. Así, por ejemplo, toda ley sobre el principio de la prescripción es una ley absoluta, porque no está hecha únicamente para suplir la expresión de una voluntad privada; sin embargo, se reconoce unánimemente que las leyes de esta clase pueden aplicarse sin inconveniente alguno fuera de los límites del Estado donde han sido promulgadas.

Para saber si una ley pertenece a los casos excepcionales es preciso investigar, ante todo, la intención del legislador. Si la ha expresado formalmente, esta expresión basta, pues tiene el carácter de una ley sobre la colisión, a la cual debe prestarse siempre una completa obediencia. Pero como semejantes declaraciones existen rara vez, debemos remitirnos a las diferencias que presenta la naturaleza de las leyes absolutas, lo cual nos da la siguiente distinción:

Existe una clase de leyes absolutas cuyo único motivo y fin es el de garantizar por medio de reglas ciertas el ejercicio de los derechos y que, por consiguiente, han sido hechas exclusivamente en interés de los titulares del derecho.

Tales son las leyes que restringen la capacidad de obrar por causa de la edad, del sexo, etc.; las que regulan las formas de la transmisión de la propiedad (por simple contrato o por tradición). No hay razón alguna para colocar estas leyes entre los casos excepcionales, y las colisiones a que dan lugar pueden regularse perfectamente según el principio de la más libre comunidad de derecho, pues nunca vacilará un Estado en permitir en su territorio la aplicación de una ley extranjera de esta especie.

Otra clase de las leyes absolutas tiene, por el contrario, su

rada de criterios diversos, los escritores han aumentado más bien que desvanecido las dificultades del problema, proponiendo y desarrollando variadas doctrinas que tienen, sin embargo, muchos puntos de contacto.

motivo y su objeto fuera del dominio del derecho abstractamente concebido, de manera que no están hechas únicamente en interés de las personas titulares de los derechos. Las leyes de esta especie puedan tener por base un motivo moral; tal es la ley que prohíbe la poligamia. Pueden estar dictadas por un motivo de interés general (*publica utilitas*), ya revistan un carácter político, ya de policía o de economía política; tales son varias leyes que restringen la adquisición de la propiedad inmueble por los judíos.

Todas las leyes de esta clase pertenecen a los casos excepcionales arriba mencionados, de manera que en lo que respecta a su aplicación, cada Estado desea considerarse absolutamente libre. Así, en un país donde está prohibida la poligamia deben rehusar los tribunales su protección al matrimonio del extranjero contraído según las leyes de su país que lo autoricen. Si nuestras leyes prohíben a los judíos la adquisición de la propiedad territorial, deben nuestros jueces prohibir esta adquisición, no sólo a los judíos de nuestro país, sino a los judíos de los Estados extranjeros donde no existe esta interdicción, por más que, según los principios generales sobre la colisión, la capacidad personal de derecho y la capacidad de obrar están determinados por las leyes del domicilio de la persona. Pero, recíprocamente, el Estado extranjero, cuyas leyes permitan a los judíos la adquisición de la propiedad territorial, permitirá esta adquisición a los judíos de nuestro país, sin tener en cuenta la ley prohibitiva de su domicilio personal.

B) Instituciones de un Estado extranjero cuya existencia no se encuentra, en general, reconocida en el nuestro.

El juez de un Estado que no reconoce la muerte civil de las legislaciones francesa o rusa, no aplicará la incapacidad jurídica resultante de la muerte civil impuesta en Francia o en Rusia, aunque, según las reglas generales sobre la colisión, de la capacidad personal de los individuos esté determinada por el derecho de su domicilio. De igual manera, en un país donde es desconocida la esclavitud, el esclavo negro que en él reside no será tratado como propiedad de su señor, ni como privado

Autores hay que han escrito obras enteras sobre el punto, siendo numerosos los trabajos monográficos que sobre él pueden indicarse, amén de los capítulos, también extensos, que le dedican las obras corrientes de estudio y de consulta. (1)

de la capacidad de derecho. Respecto a este último caso, los dos puntos de vista que acabo de exponer conducen al mismo resultado. La esclavitud, como institución de derecho, no está reconocida entre nosotros, y según nuestras leyes hay inmoralidad en tratar a un hombre como una cosa. El primer motivo es también aplicable al caso de la muerte civil; pero no lo es el segundo, porque la muerte civil no es más inmoral que cualquiera otra pena más rigurosa.

A pesar de las diferencias exteriores que existen entre las clases de leyes absolutas que acabo de enumerar, tienen todas un carácter de anomalía común en virtud del cual escapan a esta comunidad de derecho por punto general tan deseable respecto a la colisión de los derechos locales. Pero debe esperarse que, por consecuencia del natural desarrollo del derecho en los diferentes pueblos, el número de estos casos excepcionales tenderá constantemente a disminuir.

Las excepciones a las reglas generales sobre la colisión contenidas en el presente párrafo se refieren a los derechos territoriales contradictorios en diferentes Estados. Dichas excepciones se aplican mucho más raramente a los derechos particulares de un mismo Estado (párrafo 347); pues las leyes positivas rigurosamente obligatorias que más arriba he definido se dictan ordinariamente para el Estado entero sin consideración a los límites de derechos particulares. Sin embargo, estos casos excepcionales existen también en el mismo Estado cuando la diversidad de los derechos locales se remonta a una época en que varias partes del territorio actual no se habían incorporado todavía al Estado. Tal es principalmente la relación que existe entre el derecho de las provincias del Rin prusianas y el de las demás provincias de Prusia. Así, pues, las reglas especiales sentadas en el presente párrafo encuentran especialmente aplicación dentro de los límites de un mismo Estado. (*Sistema del Derecho Romano actual*, VI, pág. 142 y sig).

(1) DE BUSTAMANTE. *El orden público. Estudio de derecho internacional privado*. (Habana, 1893). — A. PILLET,

Nosotros nos permitimos creer que la solución del problema depende del modo de encararlo, y que no faltan en la doctrina los elementos de juicio necesarios para sentar la solución.

Consideramos también que la razón fundamental que ha tenido la virtud de presentar la cuestión como insoluble es el empeño de los autores en pretender llegar, no a formar un concepto *universal* del orden público, lo cual no es tarea imposible, sino a señalar *las leyes* que han de entrar dentro de dicho concepto, haciendo enumeraciones más o menos completas o extensas y pretendiendo que tales leyes sean *en todos los países* leyes de orden público. A nuestro juicio, esto no es posible.

Creemos, y tal será nuestra tarea en el presente capítulo, que lo único que puede hacerse es fijar el concepto del orden público, como criterio orientador, dejando que la determinación de las leyes que a él responden, sean cada caso necesario, obra de la aplicación por el juez de aquel criterio fundamental.

*De l'ordre public en droit international privé.* — F. DESPAGNET, *L'ordre public en droit international privé* (Jour. de Dr. Int. pr. 1889, p. 5.) — FEDOZZI, *Quelques considerations sur l'idée d'ordre public international.* (Journal cit. 1897, p. 69). — P. FIORE, *De la limitation de l'autorité des lois étrangères et de la détermination des lois d'ordre public* (Journal cit., 1908, p. 351). E. BARTIN, *Etudes de droit international privé; les dispositions d'ordre public*, pág. 189. A. RAPISARDI-MIRABELLI, *L'ordine pubblico nel diritto internazionale. Saggio critico.* VAREILLES SOMMIERES, *Des lois d'ordre public et de la dérogation aux lois.* ALGLAVE, *Définition de l'ordre public*, en la *Revue pratique*, 1868, I. pág. 534. M. MOUTIER, *De la notion de l'ordre public international dans ses rapports avec le principe de la liberté du commerce et de l'industrie*, (Sirey et Journal Pal. 92, 2. 201). R. BOISSAIRE, *De la notion de l'ordre public en droit international privé.*

3.—El examen detenido de las diversas opiniones o doctrinas propiciadas sobre el asunto producen la impresión de que los puntos de contacto que entre sí ellas ofrecen pueden, no obstante las divergencias que en detenidos aspectos las separan, permitirnos la construcción de un concepto de orden público que colme las exigencias científicas y reales que debe satisfacer.

a) Debemos formar una noción de orden público que sea universal; que, constituida con abstracción de las modalidades particulares de cada colectividad nacional, pueda, sin embargo, aplicarse a todas ellas, por implicancia de los elementos comunes que toda colectividad esencialmente posee y que posee por la razón y la unidad de su existencia misma. Que pueda aplicarse a todas las naciones; pero cuya relatividad aparecerá en cada una por virtud de la variedad de los elementos particulares que en ellas concurren a constituirlo.

b) La variedad de los factores emergentes del particularismo de cada nación; la heterogeneidad de los elementos que juxtapuestos aparecen incluidos en la noción del orden público en uno y otro país, no son óbice a la *unidad* espiritual del concepto, a la *universalidad* de la noción en cuanto procura el mismo *fin*, se inspire en razones *esencialmente idénticas* y conduce a *igual consecuencia* en su aplicación en todas las naciones.

c) No nos inquiete el nombre o la expresión. Muy cierto es que la significación corriente de “orden público”, no coincide con la que le atribuyen los tratadistas de derecho Internacional, algunos de los cuales, molestos por su ambigüedad, han preferido usar las de *orden social*, o *interés social*, u *orden general* o *interés colectivo*, o *derecho de la sociedad* o de la *comunidad*. Pero mientras conozcamos esta extensión atribuida al tecnicismo y en tanto cada uno de tales enunciados nos sugiera la misma idea, natural es que consideremos a cualquiera de ellos como aceptables: basta que con ellos nos entendamos; y pues es la primera, “orden públi-

co", la más vulgarizada y difundida, empleémosla, sin temor de producir confusiones.

d) Pero al formar esta noción abstracta del orden público hemos de empezar rechazando por inconsistente la división del mismo en *nacional* e *internacional*. (1)

(1) El autor y propagador de la teoría de la pluralidad del orden público es C. BROCHER (*Rev. de droit int.*, IV, pág. 196) a quien siguieron después, entre otros, LAGHI, (*Il dir.int. priv. nei suoi rapporti colle leggi territoriali*, I, 160); DESPAGNET, (*Jour de D. I. P.* 1889, pág. 208, 210); LAINE, (*Introd. au D. I. P.*); WEISS, (*Traité teorique et pratique*); etc. Este último eminente profesor, después de haber estudiado la teoría de la personalidad de la ley, pasa a estudiar en la siguiente sección la restricción que corresponde a los derechos de la soberanía territorial y que se funda en el orden público internacional.

Weiss distingue, por una parte, el interés de la sociedad local y por otra, el interés de un individuo extranjero. Hallándose en oposición, debe predominar el primero; porque "si el Estado debe, en general, admitir en su territorio la aplicación de las leyes extranjeras, tiene también el derecho de conservarse y defenderse, y por lo tanto, de rechazar las leyes que contravengan las bases fundamentales sobre las cuales su organización se apoya y que es la garantía más sólida de los derechos individuales cuya protección le está confiada".

Observa que frente a las leyes de interés exclusivamente particular hay leyes de interés general, siendo estas últimas las que comprende bajo el nombre de leyes de orden público internacional.

Entrando a exponer al concepto del orden público, dice que, en realidad, hay dos órdenes públicos perfectamente distintos uno de otro. El orden público interno y el orden público internacional. El primero, — al cual los nacionales no pueden contravenir, — ejerce su influencia en el seno de un solo y mismo Estado, en la jurisdicción de una sola y misma ley, en las relaciones de un soberano y de los sujetos que su nacionalidad somete a su autoridad; el segundo aparece en las relaciones de un individuo y un Estado al cual no pertenece por su origen.

Pero uno y otro orden público derivan de la misma idea; proceden ambos del interés general; pero éste tiene

No hay más que un orden público. La distinción aquella, fundada en el carácter obligatorio de las leyes y en la extensión de su influencia, es, además de imperfecta en su tecnicismo, vana y errónea en su punto de apoyo, pues deriva, como fruto natural, de la otra di-

menos exigencias en un caso que en otro. Para poner de relieve esta diferencia presenta Weiss el siguiente ejemplo: "Es hoy generalmente admitido que las leyes concernientes al estado y a la capacidad de las personas las siguen en país extranjero. Un sujeto holandés no se reputará mayor y, por lo tanto, capaz de ejecutar actos de la vida civil en nuestro territorio, sino a la edad de veintitrés años fijada por su ley nacional; y nadie piensa en aplicarle, en todos los casos, con cualquiera persona que contrate, la disposición del art. 488 del código civil francés, que declara mayores a los franceses de veintiún años cumplidos. Esta disposición no es, pues, una disposición de *orden público internacional*. Y, sin embargo, ella toca al *orden público interno*, en el sentido de que no será permitido a los franceses contravenir a ella en sus convenciones, modificar la edad de la mayoría legal, proclamarse capaces de contratar, por ejemplo, a los veinte años. Semejante declaración no tendría ningún valor (art. 6, cód. civ.)"

La razón de esta diferencia es que "el interés general del Estado francés quiere que las personas sobre las cuales la soberanía se ejerce en razón de la nacionalidad no puedan eludir las leyes a las cuales él ha juzgado necesario y útil someterlas, mientras que este interés no será de ningún modo comprometido en general, si el estado y la capacidad de un extranjero, sobre el cual la soberanía francesa no extiende ninguna acción personal, continúan siendo regidos en nuestro país por la ley de su origen".

Ambos órdenes públicos no son idénticos. El *internacional* "entra en el orden público *interno*, del cual forma una subdivisión. Las reglas que son de orden público internacional, en el sentido de que las leyes extranjeras no pueden atacarlo, son, por ello mismo y con mayor razón, de orden público interno, en el sentido que las convenciones particulares de los nacionales no podrían infringirlas. Pero la recíproca no sería verdadera y sería un error creer que las simples disposiciones de orden público interno son protegidas contra la aplicación de las leyes extranjeras."

visión más errónea aún de los *hombres* en extranjeros y nacionales. La soberanía no es un mero recurso político destinado a proteger sólo a los *nacionales*; la ley, expresión genuina de la soberanía, tiene por misión necesaria también la protección de los extranjeros. Eliminada esta distinción, la del orden público pierde su pretendido fundamento. Tratándose de una restricción a la aplicación del derecho o de la ley de un país diverso, es siempre el orden público *nacional*, en su función local interna, el que puede sentirse lesionado y el que ha de imponer la aplicación de la ley del país.

Nos bastaría, para poner de relieve la razón que nos asiste, transcribir las siguientes palabras del profesor Weiss, defensor de la distinción que rechazamos:

“Ambos órdenes públicos no son idénticos: El *internacional* entra en el orden público *interno*, del cual forma una subdivisión. Las reglas que son de orden público internacional, en el sentido de que las leyes extranjeras no pueden atacarlo, son por ello mismo y *con mayor razón* de orden público interno, en el sentido de que las convenciones particulares de los nacionales no podrán infringirlas. Pero la recíproca no sería verdadera, y sería un error creer que las simples disposiciones de orden público interno son protegidas contra la aplicación de las leyes extranjeras” (1).

(1) Por otra parte, es sin duda embarazoso señalar el criterio con el cual puede distinguirse la ley que es de orden público interno de la que es de orden público internacional. Ello ha llevado a Surville a la conclusión de que “en ausencia de textos precisos, es al juez a quien corresponde decidir, estableciendo distinciones muy prudentes, si tal ley es de uno u otro grupo. Se trata sólo de una cuestión de hecho”. (En el *J. D. I. P.* 1889, pág. 583. *De la personnalité des lois envisagée comme principe fondamental du droit international privé*).

En cuanto a la consideración de estas últimas líneas, creemos que queda desvirtuada en páginas posteriores.

e) Y bien, cuál debe ser el punto de partida? Eliminando las distinciones a que acabamos de aludir, la noción del orden público surge espontáneamente de la contemplación del problema fundamental de derecho público y derecho internacional privado que plantea la existencia armónica del *individuo* y del *Estado*, cada uno de los cuales tiene esfera propia de acción y en cada una de cuyas esferas desenvuélvese su existencia dentro de limitaciones indispensables y propicias a sus recíprocas relaciones, constituyentes de la vida *individual*, de la vida *nacional* y de la vida *extra nacional*. El equilibrio perfecto entre el *hombre* y el *Estado*, obtenido por el respeto de la libertad individual hasta el límite que fija la conservación del Estado y el respeto del poder del Estado hasta el límite que determina la inofensiva acción del individuo, asegura el desenvolvimiento y la armonía de la *vida humana* en el ambiente *extra-nacional*.

f) Tal equilibrio exige instituciones y leyes demarcadoras de dichos límites y radio de acción: sistemas institucionales y legales que garanticen, tanto la acción y la libertad del hombre, como la organización, conservación y poder del Estado. En su ausencia no se conciben como posibles la vida *nacional*, ni la vida *individual* dentro de aquella ni en la comunidad *supernacional*.

¿Cuál debe ser el punto de partida para llegar a construir la noción del único orden público? El punto de partida tiene que ser el concepto de la personalidad humana, tomando como límite a su desenvolvimiento la necesidad de la conservación del Estado, o el concepto de la soberanía de éste, en su doble misión política y humana, racionalmente limitada por la acción del hombre, inofensiva a su poder y a su conservación.

g) Quedaría con esto explicada la noción que nos

preocupa; pero si se quisiera concretarla en una fórmula, bastaría decir que el orden público es *la normal armonía determinada en la comunidad de vida individual y social por las instituciones y leyes que salvaguardan la soberanía y conservación del Estado, limitando su poder, y garantizan y delimitan el ejercicio de la actividad humana* (1).

h) Así, el orden público, resultante necesaria de factores heterogéneos, es uno y el mismo en el tiempo y en el espacio. La unidad producida por la variedad.

La nación, como el individuo, tiene un alma, tiene un carácter. La vida nacional, como la individual, debe necesariamente orientarse en determinado sentido den-

(1) Los autores, en general, no definen el orden público, sino las leyes de orden público. A nuestro juicio, la indicación de éstas requiere la fijación previa del concepto de aquel. De este criterio, consistente en exponer el *contenido legal* del concepto de orden público, participan las definiciones de WEISS, op. y loc. cit; GUIDO FUSINATO, en *Archivio Giuridico*, V. 33, pág. 606; PILLET, *Princ. de droit inter.*, 367; CLOVIS BEVILACQUA *Dir. int. priv.*, pág. 78; DESPAGNET, *D. intr. privé*, pág. 219.

Otros escritores se reducen a exponer el criterio con que ha de descubrirse en cada caso ese carácter en las leyes que corresponde aplicar. En este sentido RODRIGO OCTAVIO, en su libro *O direito positivo e a Sociedade internacional*, pág. 83, dice: Dado cada caso ocurrente, es preciso verificar, investigando la *mens legis*, si la aplicación de la ley extranjera no viola un principio al cual el legislador quiere ligar aquella naturaleza. Tomando el concepto de orden público en un sentido lato, entran en él y son desde luego consideradas territoriales, las leyes penales, las de policía y seguridad pública y las que tienen un carácter imperativamente obligatorio; en la concepción del aspecto de orden público, hablando estrictamente, es preciso tener presente la observación de *Lomonaco* comentando el art. 12 del código civil italiano, de que, bajo tal punto de vista, el orden público no puede ser entendido de un modo muy extenso, porque dilatando demasiado el campo de las leyes territoriales se anularían los efectos de la personalidad de las leyes.

tro de los conceptos de moral, religión, política, economía, costumbres, filosofía jurídica, etc., fases diversas todas ellas de la vida psíquica: pensamiento, sentimiento, voluntad. Debe, pues, haber también necesariamente un sistema institucional y dispositivos legales destinados a sustentar y defender esas altas concepciones morales, políticas, religiosas, económicas, etc. que fundamentan la organización del Estado, dentro del equilibrio normal de la vida humana individual y nacional.

i) Todos estos factores de existencia; todas esas concepciones fundamentales que inspiran las antes mencionadas fases de la actividad física y espiritual de la vida nacional son diferentes en los diferentes pueblos, o pueden serlo; y ello ha hecho decir que varía el orden público de nación a nación. Varían los factores de posible desequilibrio entre el individuo y el Estado; varía la naturaleza de los elementos constituyentes del alma nacional; varían las fases diversas de su vida psíquica; varían, como consecuencia necesaria, *las disposiciones legales y los ordenamientos institucionales que traducen, reflejan o defienden esas fases, esos factores, ese equilibrio*. El orden público es siempre uno y el mismo.

Si la moral es diversa, diversos serán los preceptos que establezcan sus principios básicos; si es diversa la política, distintas serán las disposiciones que sustenten sus dogmas fundamentales. Pero, con bases distintas, el orden público será siempre la resultante del equilibrio sobre aquellos apoyado, existente entre la vida individual y la vida social, que suponen la acción concurrente de la personalidad humana y de la entidad colectiva y la coexistencia permanente del interés del hombre y del interés de la nación.

j) ¿Cuál es en el ambiente internacional la consecuencia del orden público nacional? Constituir una excepción a la comunidad de derecho; pues, como las leyes, que traducen el pensamiento, el sentimiento y la

voluntad de sér-nación, pueden chocar con aquellas mismas manifestaciones del alma de otra nación, el mantenimiento del orden público en ésta exige en tales casos la no aplicación de tales leyes. La vida *extra-nacional* no ha de realizarse a costa de la vida *nacional*, del mismo modo que no ha de ser ésta un obstáculo al desenvolvimiento de la vida *individual*; hipótesis tan exactas como las inversas.

k) Si la limitación a la aplicación de las leyes extranjeras es el efecto necesario del mantenimiento del orden público en cada país, es natural que pueda agruparse en un conjunto integral todas las leyes cuyo fin sea la producción del equilibrio de que ese orden público depende y que admite necesariamente dos extremos antagónicos: libertad del sér-hombre, libertad del sér-nación, cada una de las cuales no se concibe sino dentro de fórmulas limitativas.

Rechazamos, pues, la opinión de que “si bien lo que tienen de común todas esas leyes es que impiden siempre la aplicación de las extranjeras, la impiden por razones esencialmente distintas”, por lo cual “no es legítima su agrupación en una sola categoría (1).

Desde el punto de vista del concepto formulado y explicado, no hay diferencia esencial entre una ley que expresa un principio de derecho variable y otra que pretende expresar una norma inmutable de justicia. Hay, ante todo, en esta distinción mucho de artificial, puesto que las normas de la segunda categoría no se evaden, en realidad, del círculo de la primera, dado que la noción de lo justo y de lo injusto recibe, como en las que en ella se incorporan, la influencia indiscutible del tiempo y del lugar; y el legislador de un país puede considerar tan expresión de la justicia la negación

(1) Vé. FERNANDEZ PRIDA, *Derecho Int. priv.*, en el interesante capítulo que dedica a este asunto, pág. 222 y sig.

de la esclavitud como la desheredación del hijo por el padre sin mediar causa; tanto el desconocimiento de la poligamia como la publicidad de las inscripciones hipotecarias; porque ¿cómo desvincular del Derecho mismo la noción de la justicia? ¿cómo considerar variable aquel e inmutable ésta? ¿cómo, en fin, hablar de ella sin aludir directamente a la moral, a la religión, a la filosofía, a la política, esencialmente variables por razones de lugar y tiempo? El Derecho es una parte de la Moral; y la justicia es el contenido del Derecho; las leyes positivas, que lo reflejan, realizan la justicia con la variabilidad que impone el *particularismo* necesario de ella misma.

¿No ha llegado aún el tiempo en que los deberes jurídicos se cumplan sin coacción, en que la Moral haya reabsorbido al Derecho, en que las acciones justas sean la normal resultante espontánea del instinto y la conciencia humanas!

No hay, pues, repetimos, diferencias esenciales en la razón por la cual unas y otras leyes impiden la aplicación de las extranjeras; y si tienen esta característica común es porque todas ellas tienen igual origen, idéntica base y el mismo fin; todas son fórmulas limitativas o extensivas de la *libertad* y la *voluntad* del sér-hombre, extensivas o limitativas de la *libertad* y la *voluntad* del sér-nación; todas responden a exigencias de convivencia que el órgano del Estado positivamente consagra cumpliendo la fundamental misión de su soberanía política y civil.

1) Pero se observa: ¿cómo agruparlas en una única categoría, si mientras algunas sólo rigen para los nacionales o domiciliados en el país, otras se imponen también a los extranjeros o domiciliados en países extraños?

El error que esta objeción involucra, además del origen que antes le hemos asignado, proviene de que se toma como principio o norma lo que no es sino una

disposición parcial que los integra, o se alude a preceptos que sólo son complementos o aplicaciones de la norma o principio general. Así es cómo, en justificación del reparo, ofrécense en paragón el precepto que castiga el robo y el que fija la mayor edad; el que prohíbe la esclavitud y el que prohíbe al padre desheredar sin causa a un hijo, etc.

Nosotros decimos que en tales ejemplos se comparan confusamente principios y aplicaciones, normas superiores y meros complementos.

La rigurosa observancia del precepto que castiga al robo, sin preocuparse de la nacionalidad o domicilio del agente, es consecuencia del principio según el cual las disposiciones que contienen sanciones penales son *territoriales*; el que niega la esclavitud es aplicación del principio que iguala la condición de todos los hombres ante la ley; el que fija la mayoría de edad no puede desligarse del que establece el principio de su régimen atendiendo al domicilio o la nacionalidad de la persona que no los tiene en el país; el que impide al padre desheredar sin justa causa a un hijo forma un todo con el precepto que consagra el principio a que se somete al régimen sucesorio; el que rechaza la poligamia es derivado directo de la disposición que consagra el matrimonio monogámico y no puede desvincularse tampoco del principio relativo a la capacidad; el que impone la publicidad de las inscripciones hipotecarias es consecuencia del principio general sobre el régimen de la propiedad, etc., etc.

Con esto queremos decir que las leyes de orden público no son las disposiciones prohibitivas o restricciones aisladas, en cuanto son y por ser tales disposiciones, sino en cuando derivan o forman sistema con principios superiores o más amplios que son los principios básicos. Es verdad que tan positivo y de tan rigurosa observancia es el precepto que castiga el robo como el

que señala a los veintitrés años la mayoría de edad, y, sin embargo, aquél no se preocupa de la patria del delincuente, ni éste se aplica a quien tenga nacionalidad extranjera"; pero con lo dicho se argumenta un error si se entiende afirmar la impropiedad de colocar ambos preceptos bajo el rubro de idéntico concepto, porque al lado del precepto que fija la edad de los nacionales (o de los domiciliados) a los veintitrés años contiene la ley otro, tan positivo y riguroso como él, que determina que los que no son nacionales (o están domiciliados en otro país) tienen la edad que se fija en su patria (o en su domicilio). ¿Cuál es entonces el principio? No es el precepto aislado aludido, sino el *sistema* completo, cuya fórmula sería: *la edad se determina por la ley de la nación (o del domicilio) del sujeto*; principio cuya extensión no es menor que el que se refiere al castigo del robo, con equivalente alcance obligatorio.

Y aun podríamos ir más allá y afirmar que ambos preceptos no son sino aplicaciones de un principio superior, cuya satisfacción es imperiosa exigencia del orden público nacional: el de la real y eficaz *protección de los incapaces*. Aquellas dos disposiciones no tienen más objeto que satisfacer esta exigencia, y por ese objeto, por ese fin, y no por propia virtualidad, adquieren carácter de disposiciones de orden público.

Aparece así, más evidente aun, el error de quienes distinguen aquellos dos preceptos integrantes del sistema como preceptos independientes, para atribuir uno al orden público *interno* y el otro al *internacional*. No hay más que un principio, no hay más que un orden público al cual dicho principio interesa.

11) Una síntesis parcial de lo hasta aquí expuesto nos autoriza a sentar las siguientes conclusiones:

1ª—La noción del orden público es universal y una y la misma en el tiempo y el espacio;

2ª—Surge espontáneamente del *hecho* de la convivencia del sér-hombre y el sér-nación;

3ª.—Resulta del equilibrio armónico entre las relaciones que constituyen la vida *individual* y la vida *nacional*;

4ª.—Este equilibrio se mantiene merced al mecanismo institucional y legal consagrado por el órgano del Estado, en su función de soberanía política y humana;

5ª.—Este mecanismo determina aquel equilibrio limitando o extendiendo la *libertad* y la *voluntad* del ente individual y el ente colectivo;

6ª.—No hay más que un orden público, cuyo concepto es invariable; sólo varían de país a país los dispositivos institucionales y legales que consagran los principios básicos cuya satisfacción aquél requiere.

m) Definido y formulado como queda el concepto del orden público, restaría analizar la segunda faz del problema, que se refiere a la determinación de las leyes de orden público. Pero, como hemos dicho antes, esta cuestión se soluciona por aplicación del criterio que aquel concepto implica, pudiéndose decir que las aludidas leyes serán aquellas cuyo desconocimiento o aplicación tengan por consecuencia poner en peligro el recordado equilibrio entre el hombre y el Estado, quebrándolo en perjuicio de la armonía de vida que es la resultante de aquél.

No creemos que de este modo quede subsistente la dificultad central del problema. Toda ley permisiva o facultativa consagra una extensión del poder individual; toda ley prohibitiva o limitativa consagra una extensión del poder social; y ambas extensiones consagran limitaciones recíprocas. El mecanismo institucional o legal que, al mantener ese equilibrio, determina el orden público, tiene que ser, por definición, *defensivo*, es decir, vigilante de esas limitaciones, y *necesarias* para hacer posible la vida nacional y extranacional. Eliminar una restricción o prohibición es atacar, disminuir o impedir esa posibilidad: es romper el equilibrio entre la vida individual y la vida colectiva.

Para que una ley sea contraria al orden público aquella regular posibilidad de vida debe ser por su aplicación atacada, disminuída, dificultada o impedida.

¿Y quién es el encargado de decidirlo? El encargado es el juez en cada caso particular; es él quien, previo el detenido análisis del *contenido* de la ley extranjera que la naturaleza de la relación jurídica impone, concluirá si ella es o no contraria al orden público nacional o, en sentido inverso, si la disposición contraria o diversa del derecho nacional es *necesaria* al mantenimiento de aquél.

No necesitamos decir que en esta delicada tarea deberá el juez hacer cuidadosamente las distinciones que hemos analizado y apreciar, además, la diferencia que existe entre el reconocimiento de una determinada institución jurídica y los efectos jurídicos o judiciales de ese reconocimiento, a fin de no confundir con la aplicación de una ley extranjera la cuestión referente al reconocimiento de su aplicación por jueces extranjeros.





SISTEMA ARGENTINO DE  
INFORMACIÓN JURÍDICA

## CAPÍTULO TERCERO

---

### Bases del análisis

---

SUMARIO: 1. Tres hipótesis fundamentales: planteo de las posibles situaciones legales. — 2. Orden gradual de exposición y examen. — 3. Algunas salvedades necesarias.

I.—Un examen atento del tema que nos proponemos desarrollar permite estudiar las diversas situaciones posibles desde el punto de vista de cualquiera de las hipótesis siguientes:

*Primera hipótesis:* Que sea extranjero el país de la celebración del primero o de un segundo matrimonio.

*Segunda hipótesis:* Que el país de celebración sea la República Argentina.

*Tercera hipótesis:* Que el país extranjero de celebración sea alguno de los signatarios del Tratado de derecho civil de Montevideo.

En las hipótesis primera y tercera se hallan implicados los siguientes supuestos posibles:

*Primer supuesto:* Que la ley del país extranjero acepte el divorcio *ad-vinculum*;

*Segundo supuesto:* Que sólo acepte la separación *quoad mensa et thoro*;

*Tercer supuesto:* Que acepte el uno y la otra.

Dadas estas posibilidades, los *casos* de divorcio que pueden presentarse se caracterizarán del modo siguiente:

*Primer caso:* El divorcio se gestiona o declara en país extranjero, el cual es:

- a) País de celebración del matrimonio;
- b) País diverso del de la celebración;
- c) País signatario del tratado de Montevideo.

*Segundo caso:* El divorcio se gestiona o declara en la República Argentina.

Y como las dificultades que en tales casos pueden presentarse se han de referir necesariamente al divorcio en sí mismo o a un matrimonio subsiguiente, las cuestiones posibles, y que nos será necesario analizar ante nuestra ley, tendrán que ser algunas de las que siguen:

*Cuestión A):* Validez y efectos del divorcio producido en país extranjero;

*Cuestión B):* Procedencia del divorcio, y efectos, en nuestro país;

*Cuestión C):* Reconocimiento o legitimidad ante nuestras leyes de un segundo matrimonio celebrado por cualquiera de los cónyuges en el extranjero;

*Cuestión D):* Admisibilidad de que el nuevo matrimonio se celebre en la República Argentina.

II.—Al efectuar ahora el estudio sucesivo de las diversas situaciones que quedan caracterizadas, iremos analizándolas en un orden creciente de importancia, para finalizar con el examen de la resolución que el año de 1915 dictóse por un juez de lo civil en el Rosario de Santa Fe (1).

(1) Aludimos al señor juez Dr. Zenón González, cuya resolución fué motivada por la negativa de un jefe de Registro Civil a celebrar el matrimonio que pretendía contraer uno de los cónyuges provenientes de otro anterior celebrado en nuestro país y disuelto por divorcio en Montevideo. La resolución es la siguiente:

1º.—Que a "prima facie" y sin un detenido examen de la cuestión planteada aparecen justificadas las dudas sugeridas al señor jefe del Registro Civil de la 10ª. sección, ante la naturaleza del caso planteado y su novedad, y porque en virtud de disposiciones expresas y terminantes del Cód. Civ. no existe entre nosotros el divorcio con otros efectos que la sim-

Y nos detendremos especialmente en ella, no sólo porque el caso a que se refiere es el más trascendental de todos los enumerados, sino porque jamás culminó tan alto como en ella a nuestro juicio, el error judicial, ni hay en los anales forenses del país pieza alguna en que se pueda con más claridad y mayor facilidad señalar la equivocada apreciación e inexacta aplicación de los principios fundamentales del Derecho Internacional Privado.

ple separación de cuerpos; pero esas dudas no tienen razón de ser si se examina y se encara la cuestión en su verdadero aspecto jurídico.

2º.—El proveyente piensa que, prescindiendo por completo del tratado de derecho internacional privado de Montevideo invocado por el recurrente y por el señor agente fiscal, y asimismo, de la forma cómo los tratadistas citados por este último plantean el caso de autos, el propio texto legal nos suministra los datos necesarios para solucionar el punto. En efecto: tratándose de la celebración de un matrimonio y habiendo oposición, ya sea de parte del jefe del Registro Civil o del Ministerio Público, ella debe fundarse en la existencia de alguno de los impedimentos enumerados en el art. 166 del código civil, entre los cuales figura el consignado en el inciso 5º., que dice: "El matrimonio anterior, mientras subsista,...

El encargado del Registro Civil, ante la sentencia de divorcio absoluto pronunciada por los tribunales de la República Oriental del Uruguay, duda acerca de si puede celebrar el matrimonio, porque no sabe si el anterior ha sido o no disuelto, dado que las leyes de divorcio de ambos países producen efectos diferentes. El señor agente fiscal es de opinión que el matrimonio anterior ha sido disuelto y que, en consecuencia, el peticionante está habilitado para casarse nuevamente.

Para resolver la cuestión hay que decidir otra previa, que es la siguiente:

Para que un matrimonio celebrado en la República se considere disuelto, ¿es necesario e indispensable que la disolución se produzca también en la República? Basta plantear la cuestión para resolverla.

Es indiscutible que los individuos, por el simple cambio de domicilio a un país extraño, de hecho quedan sometidos a

Alguien ha llamado, con un *si no es de secreta admiración*, "*teoría nueva*" a la desenvuelta en la ante aludida resolución judicial, sin advertir que no caben teorías ni menos novedades doctrinarias contra textos expresos de leyes nacionales; que un juez no puede tener teorías, ni es su misión aplicarlas, ni puede ser partidista, ni tendencioso, porque su labor no es especulativa de conocimientos abstractos, sino de aplicación de principios, reglas y disposiciones legales o concretas a casos también concretos.

las leyes del país donde lo fijen y allí gozan de los derechos de toda índole que las leyes les acuerdan, aunque las del país del domicilio anterior o de origen tengan efecto más allá de los límites de su territorio y ello en virtud del derecho de soberanía de las naciones respetado por todos como un principio necesario de su propia existencia. No puede entonces argumentarse, ni por vía de hipótesis, si un matrimonio celebrado en un país puede disolverse en otro; de donde debe necesariamente concluirse que un matrimonio celebrado en la República Argentina puede ser disuelto en cualquier otro país donde los cónyuges o el marido, según las leyes de cada nación, hayan fijado su domicilio; si el matrimonio anterior del recurrente ha sido disuelto en la República Oriental, ha dejado entonces de existir y ha desaparecido el impedimento a que se refiere el inciso 5.º del artículo 166 del Código Civil que ha dado margen a las dudas manifestadas por el jefe del Registro Civil; por consiguiente, éste no ha podido amparar su negativa en los términos del citado artículo.

Otra disposición legal que podría dar lugar a dudas sobre el particular es la del artículo 164 del Código Civil, que dice: "La disolución en un país extranjero de un matrimonio celebrado en la República Argentina, aunque sea de conformidad a las leyes de aquél, si no lo fuera a las leyes de este código, no habilita a ninguno de los cónyuges para casarse"; pero la impresión contraria a la tesis que sostenemos, que produce dicho artículo, desaparece si se armoniza con el artículo 166, ya recordado, del mismo código y con los principios que sobre el particular se consagraron en el Congreso de Montevideo. En efecto: el acuerdo exigido por el artículo 164 del citado código, entre la ley del lugar de la disolución

Un juez *teórico* es un ente inverosímil; un juez *partidario* del divorcio absoluto en un país cuyas leyes lo rechazan, o vice-versa, es un anti-juez, por ausencia de la más fundamental y esencial de sus condiciones, y por presencia de un elemento perturbador de juicio, que hace de él un peligro mayor para la sociedad que la peor de las leyes.

del matrimonio y de la República para autorizar uno nuevo dentro del país, se refiere, y no puede ser a otra cosa, a las causas de la disolución. Así, por ejemplo, si una persona divorciada en cualquier país en que se admitiese la disolución del matrimonio por mutuo consentimiento o por voluntad de una sola de las partes o por otra causa cualquiera de las que no figuran en el artículo 67 de la ley de matrimonio civil argentina, pretendiera contraer matrimonio en nuestro país, pretextando haberse disuelto su anterior matrimonio en el extranjero por alguna de esas causas, se opondría a ello la disposición legal invocada. Por eso, en el "sub-judice", la cuestión queda reducida a saber si la causa de divorcio producida es de las reconocidas por el Código Civil Argentino, y ello así resulta efectivamente, (véase el testimonio de la sentencia acompañada por el recurrente). Y de que ésta es la verdadera interpretación del artículo 164 del Código Civil, lo demuestra su propio texto, que no se presta a dudas, por su redacción clara y precisa y lo corrobora el principio aceptado por nuestros distinguidos representantes en el Congreso de derecho internacional privado de Montevideo, doctores Roque Sáenz Peña y Manuel Quintana, en la materia que nos ocupa y de la que fué miembro informante por la mayoría de la comisión el primero de los nombrados. En efecto, en ese punto, se establece que la disolución del matrimonio se rige por la ley del domicilio, siempre que la causal alegada sea admitida por la ley del lugar de su celebración.

Nuestros ilustres representantes quisieron salvar, sin duda alguna, el principio de nuestra legislación que rige en una materia de tanta importancia, y establecieron la regla del artículo 13 del tratado sobre derecho civil internacional.

La única objeción que a juicio del infrascripto podría hacerse, pero sin fundamento, es la de que las leyes extranjeras no pueden aplicarse contra las leyes de orden público

Y lo que decimos del juez puede también, si bien con cierta explicable atenuación, decirse del jurista en trance de solucionar un caso internacional relativo al interesante asunto: mal ha de resolverlo si no puede substraerse a la tiranía de su tendencia doctrinaria que le in-

terior. A este respecto, aparte de lo que exponen autores de la talla de Foelix, Fiore, Alcorta y otros, en el sentido de que, en el caso que nos ocupa, no puede considerarse afectado el orden público, diremos que, contra un principio de derecho internacional privado establecido de común acuerdo entre varias naciones contratantes no puede invocarse ninguna consideración, pues ello importaría oponer leyes internas contra los principios aceptados y que reposan para su eficacia y cumplimiento, en el honor de las naciones, que está por encima de todas las leyes de orden público interior de cada una. Desde el momento que las naciones representadas por sus más ilustres jurisconsultos establecen y consagran principios de derecho internacional público o privado que solucionen los conflictos que la diversidad de legislación produce en las relaciones internacionales de los pueblos como entidades colectivas o de los individuos en sus relaciones privadas, no puede argumentarse ni oponerse para eludir el cumplimiento de esos principios cimentados en el honor de las naciones y en la recíproca confianza de las mismas, que su cumplimiento afecta una institución social interior o una ley que llamamos de orden público, que, como se ve, es no sólo sumamente relativo, sino que contradictorio también. Mientras en la República hay quien sostiene que el divorcio absoluto es contradictorio a la ley de matrimonio, que nos rige, la que es de orden público, esa misma ley, por razones de orden público, está en vigor en todas las naciones civilizadas del mundo, y siendo ésta una cuestión tan íntimamente vinculada con la moral de los pueblos, si la rechazamos podríamos imputársenos, con razón, que pretendemos poseer el monopolio de la moral, que en realidad no es sino patrimonio de la civilización y ella está representada precisamente antes que nosotros, por esos pueblos que tienen en su legislación la institución del divorcio.

Por estos fundamentos, lo consignado en el escrito de fs. 7 a 9 y lo dictaminado por el señor agente fiscal, resuelvo: Declarar que el señor N. N. está habilitado para contraer matrimonio en el territorio de esta República.

corpora en uno de los dos bandos que, en relación al derecho interno, se disputan el monopolio de la verdad científica, moral o filosófica.

El análisis y estudio de la situación que dilucida la recordada resolución judicial han de presentarse más sencillos si, aplicando un criterio metódico, examinamos por orden los casos diversos que surgen de la clasificación de supuestos que ha quedado hecha.

III.—Antes de entrar al examen de los diversos supuestos planteados, creemos conveniente hacer las siguientes reservas.

Observaremos, en primer término, que no debe perderse de vista el objeto de nuestro estudio, que no es de doctrina general, sino de la que, en nuestra opinión, establecen nuestras leyes y nuestra jurisprudencia.

En segundo lugar, haremos notar que en el planteo de las distintas hipótesis no tomamos en cuenta, según se ha visto, el elemento personal, ni, por tanto, las leyes o países que a él corresponden, del domicilio o la nacionalidad, porque consideramos que, de acuerdo con la letra y el espíritu de nuestra ley de matrimonio, ellas no son ni pueden tomarse como factores de solución. A este respecto nuestra ley adopta un criterio que las excluye, como quedará comprobado en el examen de las respectivas disposiciones (1).

(1) Machado y Zeballos analizan algunos casos hipotéticos, haciendo jugar en las correspondientes soluciones el elemento del domicilio y su respectiva ley, tanto en lo que se refiere a la celebración y validez de los matrimonios, cuanto en lo que se refiere a la validez y efectos del divorcio. Es, a nuestro juicio, un criterio rechazado por las disposiciones de la ley de matrimonio, que, en esta materia, se ha alejado de los principios generales y rígidos sobre la capacidad, halándose así satisfecha legalmente la aspiración que el mismo Zeballos manifiesta con respecto a cierta solución: "nos

No obstante esto, en el presente estudio examinamos las mencionadas hipótesis también bajo la acción posible de las leyes personales, si bien al solo objeto de rebatir la opinión contraria.

Finalmente, advertimos que no computamos entre los motivos de dificultad las diversas causas invocables para el divorcio. A nuestro juicio, la cuestión puede suscitarse solamente cuando, sea en doctrina o en legislación, el divorcio se somete al régimen de la *ley personal*. Así, puede Weiss hacer estas reflexiones:

“Un sujeto belga ¿podrá hacer valer en Francia la disposición de su código civil que permite el divorcio por consentimiento mutuo? O bien, un ciudadano suizo ¿podrá prevalerse ante nuestros tribunales, para obtener la disolución de su matrimonio, de la enajenación mental incurable de su cónyuge? No lo creemos. Cuando el legislador francés se ha decidido a romper con la doctrina de la indisolubilidad del matrimonio, ha limitado severamente a un pequeño número las causas de divorcio y, si ha dejado fuera de su enumeración el consentimiento mutuo y la enajenación mental, por ejemplo, es porque él ha juzgado que su adopción perjudicaría al interés general, que quiere que la organización de la familia no quede librada a los caprichos de una voluntad efímera,

decidimos por la reforma del art. 159, de modo que los matrimonios del caso G. sean válidos, y que la facultad de abandonar el domicilio para substraerse a sus leyes no reconozca limitaciones y sea una excepción a la regla general de la capacidad del art. 6. (MACHADO, *Exp. y com.* del código civil argentino; ZEBALLOS, con *Weiss*, nota pág. 123) Excusamos decir que por la ley tales matrimonios son válidos, sin necesidad de establecer una excepción especial, pues el criterio legal la perceptúa como principio, según veremos más adelante en el texto.

y que el esposo enfermo no pierda el derecho de recurrir a los cuidados de su cónyuge el día en que más directamente necesite de ellos”.

Y por la misma razón puede el citado autor concluir diciendo que:

“Ello significa que cada vez que un extranjero presente ante un tribunal francés una demanda de divorcio, este tribunal deberá examinar ante todo: 1ª si la ley personal de este extranjero lo permite; 2ª si la causa alegada por él es admitida por esta ley; 3º en fin, si dicha causa no está en oposición con el orden público internacional, según el concepto que de él tiene la ley francesa” (1).

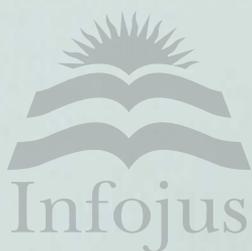
Pero cuando, sea en doctrina sea en legislación, no es ese principio personal el que determina el régimen del divorcio, en su procedencia o declaración o en sus efectos, entonces no corresponde desvincular las causas del divorcio del divorcio mismo y la ley que rige al uno rige también a las otras.

Volveremos sobre esto más adelante, al ocuparnos de los principios que nuestra ley ha establecido como fundamentales para las resoluciones que buscamos.



Infojus

(1) Weiss, *Traité*, 1912, III, pág. 700.



SISTEMA ARGENTINO DE  
INFORMACIÓN JURÍDICA

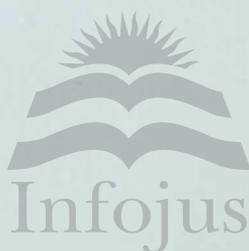
# SEGUNDA PARTE

---

CASOS DE LA PRIMERA HIPÓTESIS:  
MATRIMONIOS CELEBRADOS EN PAÍS  
EXTRANJERO



SISTEMA ARGENTINO DE  
INFORMACIÓN JURÍDICA



SISTEMA ARGENTINO DE  
INFORMACIÓN JURÍDICA

# CAPÍTULO PRIMERO

---

## Divorcio en la República

---

SUMARIO: 1, Los criterios doctrinarios: personalidad y territorialidad. — 2. La situación planteada, ante nuestra legislación. — 3. Es improcedente tener en cuenta la ley del domicilio.

---

**PRIMERA HIPÓTESIS:** Matrimonio celebrado en país extranjero;

**PRIMER SUPUESTO:** El país extranjero admite el divorcio *a vinculo*;

**CASO 2:** El divorcio se gestiona en la República;

**CUESTIÓN A):** Procedencia del divorcio *a vinculo* en nuestro país.

**FÓRMULA:** *¿Pueden nuestros tribunales declarar el divorcio absoluto de un matrimonio celebrado en país extranjero que admite esa forma de disolución?*

---

1.— No referido el caso a nuestra legislación, cabe decir que ha tenido la virtud de provocar discusiones entre los autores, contemplado en pura doctrina. Hay también soluciones jurisprudenciales contradictorias, pudiéndose afirmar, no obstante, que la mayoría de los autores y de las sentencias se han inclinado hacia la negativa, vale decir, en el sentido de negar el

derecho de invocar la ley personal para solicitar y obtener el divorcio absoluto ante los tribunales de un país cuya legislación no lo reconoce.

Aludiendo a esta cuestión, que fué en Italia vivamente debatida, (1) recuerda Fiore estos antecedentes:

Se trataba de un ciudadano de Oldemburgo, residente en Ancona por asuntos mercantiles y que se había unido 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, a tenor de lo prescripto 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 a las buenas costumbres respecto de aquellos a 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 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 a tenor de su estatuto personal. (2).

Coincidiendo con este punto de vista doctrinario, dice Rodrigo Octavio, sintetizando su opinión sobre el asunto:

(1) En la causa de los cónyuges Von Bremen, sentenciada por el Tribunal de Ancona, en sesión de 22 de Marzo de 1884.

(2) En favor de esta opinión pueden citarse a LAURENT. *Droit civ. int.*, V, parág. 132; MERLIN, *Répertoire*, V. Divorce,

Ciertamente, siendo el divorcio *a vinculo* una institución admitida por diversos pueblos cuyo grado de civilización y de moralidad no puede ser desconocido, la ley que en determinado país prescribe la indisolubilidad del lazo conyugal no puede ser considerada como de orden público de una manera absoluta, salvo en relación a los súbditos de este país. Además, si en estos mismos países no se niega a los extranjeros legalmente divorciados, como se verá en seguida, el derecho de contraer en ellos nuevos matrimonios, no puede negarse el derecho, — del que el aceptado no es sino una consecuencia, — de permitir el divorcio, como el extranjero podría obtenerlo en su patria. Contraria a la opinión de la generalidad de los autores, esta doctrina se nos presenta, sin embargo, como justa y acreedora a la atención de los juristas competentes. (1).

IV, parág. 10. — El mismo principio de la ley personal se halla establecido en la legislación alemana, ley de Introducción art. 17, en estos términos: "El divorcio es regido por las leyes del Estado a que pertenece el marido en el momento en que se intenta la acción".

(1) *Le droit international privé dans la législation brésilienne, cours professé a la faculté de Droit de l'Université de Paris*, 1915, pág. 179. Este eminente profesor analiza las tres cuestiones siguientes: 1ª El brasileño, casado en el Brasil o en el extranjero ¿puede divorciarse, prevaleciendo de su residencia o de su domicilio, en un país en que el divorcio es admitido? 2ª El extranjero, perteneciente a un país cuya legislación admite el divorcio, ¿puede divorciarse en el Brasil, por aplicación de su ley nacional? 3ª El extranjero, legalmente divorciado en su país de origen ¿puede contraer un nuevo matrimonio válido en el Brasil? La opinión transcripta en el texto corresponde a la segunda de las cuestiones enunciadas, que el profesor Octavio desarrolla en los siguientes términos: "Es una cuestión controvertida, que hace chocar dos

También Rolin, criticando la opinión de Asser y otros autores, considera que el principio por ellos defendido debe ser rechazado, en mérito de que:

“la ley que autoriza el divorcio se vincula quizás menos aún que la ley que lo prohíbe al orden público internacional. El interés de los esposos no es ciertamente el solo motivo sobre el cual reposan disposiciones de este género: el interés de la familia, base y tronco de la nación, entra en gran parte en ello. El orden público absoluto no nos parece exigir imperiosamente que el estado de dos esposos extranjeros pueda ser modificado en

principios generalmente aceptados: el de la personalidad de las leyes relativas al matrimonio y sus consecuencias y el de la territorialidad de las leyes concernientes al orden público y la moral. Es cierto que la aplicación recíproca de las leyes extranjeras, cuyo carácter extra-territorial es reconocido, sufre una limitación impuesta por las leyes territoriales absolutamente obligatorias, entre las cuales se encuentran las llamadas leyes de orden público.

El concepto de orden público internacional, sin embargo, es incierto y oscilante. El que mejor se adapta al carácter moderno del Derecho Internacional Privado es el que hace entrar en este orden las leyes creadas como garantía de la Sociedad, y que, en un país, son reputadas indispensables a su buena organización. (*Clovis Bevilagua*. Estudios de derecho e de Economía Política, 10 est., p. 258). No obstante ser el matrimonio mirado en todas partes hoy como un contrato civil, cuyos efectos son reglados puramente por las leyes civiles, los países que todavía mantienen la indisolubilidad del lazo conyugal consideran la institución del matrimonio así concebido como el principio fundamental de la constitución de la familia, base de las sociedades modernas. Y esta concepción del orden público será un obstáculo al pronunciamiento del divorcio *a vinculo* en un país como el Brasil, en que la ley respeta la indisolubilidad del matrimonio. Se teme que el divorcio lesione el orden jurídico establecido y que entrañe un debilitamiento de la institución del matrimonio perpetuo, cuyo carácter fundamental es la indisolubilidad. Esta conclusión, que la lógica

Bélgica por la disolución de su matrimonio, si esta disolución es rechazada por la ley nacional o por su ley personal, para servirnos de una expresión más general". (1).

No es necesario decir que dentro del criterio de la ley personal divídense las opiniones de los autores, por aceptar unos la ley de la nacionalidad y otros la del domicilio; pudiendo decirse que el mejor medio de satisfacer las exigencias que el problema implica, de orden individual y de orden social, es la aplicación de la segunda, pues con ella se consultan todas las situaciones: el carácter personal de la relación de derecho, puesto que se aplica la ley personal aplicando la ley del domicilio de los esposos; y el orden público, desde que la *lex fori* es la ley del domicilio y aplicando ésta se aplica aquella. (2).

Contra la opinión del principio de la *personalidad* se sostiene el de la *territorialidad*, fundado en que la indisolubilidad del matrimonio consagrada por la *lex fori* obedece a consideraciones de orden público y social, y que es absurdo atribuir carácter personal a la disposición que admite o niega el divorcio, bajo el imperio de un código que de todas las propias normas

tiende a deducir del concepto del orden público en cuanto a la aceptación del divorcio en los países que no lo admiten, ha obtenido el apoyo de la doctrina y de la jurisprudencia. En estos últimos tiempos, sin embargo, la jurisprudencia italiana, como anteriormente voces autorizadas (Laurent, Troplong y Merlin, cit. por Fiore, vol. II 688), ha sostenido la opinión contraria, a nuestro juicio muy racionalmente. Y se sabe que en Francia, antes de la Revolución, los judíos gozaban del beneficio de la ley mosaica, que admite el divorcio, y que los tribunales franceses no vacilaban en aplicárselos, aunque la indisolubilidad del matrimonio fuera la regla bajo el antiguo derecho (Weiss, manual cit., p. 498)."

(1) A. ROLIN, *Principes*, II, núm. 594, pág. 113.

(2) Vé. ALCORTA. *Curso de D. I. P.*, II, pág. 130.

relativas a la edad, al consentimiento, al parentesco de los cónyuges, hace otras tantas aplicaciones de la ley territorial, no debiendo el juez inspirarse sino en las disposiciones del legislador territorial al aplicar preceptos fundados en el orden público.

Es substancialmente diverso el caso que se analiza, dice Fusinato, de aquel en que se permite contraer matrimonio en Italia a un extranjero divorciado en su país, porque en éste se trata de reconocer, según las normas de nuestra ley (art. 6, tít. preliminar.) su estado y su capacidad como resultan de su derecho personal, mientras que en el otro se trata, en cambio, de modificar tal estado en nuestro país, en contra de nuestras leyes, aún cuando lo sea de acuerdo con su ley nacional (1).

En el sentido de esta opinión, Asser se expresa de la siguiente manera:

No es admisible que el divorcio pueda ser decretado por el juez cuando las leyes del país de éste consideran la disolución del matrimonio como contraria a la religión y a las buenas costumbres; y en el caso inverso, el juez de un país donde el divorcio esté admitido no podrá rechazar la demanda so pretexto de que en el lugar de la celebración del matrimonio o del primer domicilio conyugal, o en el país de donde es originario el marido, el divorcio no exista o no pueda ser decretado por el motivo que invoca. En los países donde ese medio de disolución se admi-

(1) En el sentido de esta solución: CATELLANI, *Il dir. int. privato*, III, N° 558, p. 297; CONDE Y. LUQUE, *Der. int. privado*, II, p. 136; ASSER, *Der. int. privado*, trad. F. Prida, p. 140; WEISS, op. cit. III, p. 592. DESPAGNET, N° 262. — AUDINET, *Principes élémentaires de droit int. privé*, N° 612; BOEUF ET BOUTAUD, *Resumé de dr. int. pr.*, p. 168; L. DURAND, *Essai de dr. Int. privé*, CLXXVII, pág. 365; ROUGÉLOT DE LIONCOURT, *Conf. des lois*, p. 222; LEBRET, *nota*, *J. D. I. P.*, 1885, pág. 445.

te ha creído el legislador que sería contrario al orden público mantener un matrimonio cuya disolución se reclama en virtud de un motivo legal, y en esto no se ha guiado solamente por el interés personal de los cónyuges sino que se ha inspirado, ante todo, en consideraciones relativas al interés de la familia, al orden público y a las buenas costumbres. (1).

También se propicia en la doctrina la aplicación de la ley del domicilio matrimonial a la época de la celebración del matrimonio, en virtud de que “no se puede someter a una ley todo lo que conviene a la validez o a la legitimidad de una convención y a otra todo lo que se refiere a la resolución o a la anulación de la misma. Estos casos son correlativos; y así como no se puede decir si un contrato es válido o no sin recurrir a la ley del lugar donde se ha celebrado, no se puede tampoco someter a leyes diversas la facultad y el modo de disolverse el matrimonio por divorcio.” (2).

2. — La importancia de estas disidencias doctrinarias desaparece cuando se contempla el caso propuesto ante las disposiciones de nuestra ley de matrimonio, la cual desvanece toda dificultad dando expresa solución a la hipótesis propuesta.

Esta solución surge de las siguientes disposiciones de dicha Ley:

Art. 64. — *El divorcio que este código autoriza consiste únicamente en la separación personal de los esposos, sin que se disuelva el vínculo matrimonial.*

Art. 82. — *El matrimonio que puede disolverse según las leyes del país en que se hubiese celebrado, no se di-*

(1) En el mismo sentido C. BEVILAQUA, *Dir. int. priv.*, pág. 237.

(2) Vé. ROCCO N., *Trat. di dir. civ. intern.*, III, pág. 170.

*solverá en la República sino de conformidad al artículo anterior. (1)*

Art. 81.—*El matrimonio válido no se disuelve sino por la muerte de uno de los esposos.*

Quiere decir, pues, que nuestra ley ha tomado partido el principio territorial, concretado en el predominio de la *lex fori*, ley que, según la doctrina, como hemos visto, limita la aplicación del principio de la personalidad.

No atribuyendo nuestra ley al divorcio el efecto de disolver el matrimonio, el principio general con respecto al medio legal de hacer cesar las relaciones conyugales podría concretarse en esta fórmula:

*Sean cuales fueren las disposiciones de la ley del país de celebración del matrimonio o de la ley personal de los cónyuges, el divorcio y la disolución del vínculo matrimonial se rigen en la República por su ley, con abstracción de aquellas.*

Su justificación se halla en la doctrina de la limitación del principio de la personalidad, como lo reconocen, en general, los defensores de ésta (2), considerada como base de las soluciones en el derecho de familia.

(1) Esta disposición reproduce el texto del art. 121 del cód. civil de Chile, que dispone: "El matrimonio que, según las leyes del lugar en que se contrajo, pudiera disolverse en él, no podrá sin embargo disolverse en Chile, sino en conformidad a las leyes chilenas". También está nuestro artículo de acuerdo con el 1417 del Esbozo de Freitas, cuyo texto es el siguiente: "El matrimonio disuelto fuera del imperio, pero que según las leyes de este código no podría disolverse, impide que cualquiera de los cónyuges se case válidamente en el imperio mientras viva el otro cónyuge".

(2) LAURENT. — *Droit civil international*, 1880, vol V., Nº 126, — después de sostener que el caso debe resolverse por aplicación de la ley de la nacionalidad, agrega: "Tal sería la solución de la dificultad si el estatuto personal fuera aplicado de una manera absoluta, en el sentido de que el juez compe-

La solución, empero, consagrada por nuestra disposición legal, si bien indirectamente satisface esta teoría, responde, en realidad, a la de la *lex fori*, que no tiene en cuenta la nacionalidad o domicilio de los cónyuges, ni el lugar de la celebración del matrimonio, y que se funda, según algunos autores, en el carácter disciplinario (1)

tente debiera siempre y sin excepción alguna aplicar la ley extranjera, cuando las partes invoquen su estatuto personal. Pero el estatuto personal no tiene esta autoridad absoluta. Es de principio que el estatuto real o territorial o, como también se dice, el estatuto del fuero competente, domina al estatuto personal en el caso en que el derecho de los extranjeros se halle en oposición con el derecho de la sociedad o del Estado en cuyo nombre los jueces administran justicia. Sobre el principio mismo no hay duda alguna." — En el mismo sentido FIORE, Vol. III, *Derecho Civil Internacional*, ed. cast. 1889, núm. 688, pág. 41, que sintetiza su opinión diciendo: "Parecenos que en este caso debe examinarse la cuestión desde otro punto de vista, a saber: si en la hipótesis de que una ley dada no reconozca una institución jurídica, puede ser lícito a un extranjero invocar la propia ley personal, a fin de dar vida y existencia a la institución jurídica prohibida por la ley territorial.

Nosotros sostenemos la negativa, porque, aún concediendo que cada soberanía debe considerarse autónoma e independiente para crear o 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, aún 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 a las instituciones allí prohibidas, porque esto, en nuestro concepto, sería contrario a los intereses generales y a los derechos de la soberanía territorial".

(1) En un caso resuelto por la corte de Vermont, STORY, ed. cast., 1891, I, parág. 229, relativo al divorcio de un matrimonio celebrado en Massachussets, aquélla apoyó su solución en el siguiente razonamiento: "Los reglamentos sobre matrimonio y divorcio son más bien parte del código criminal

atribuído a la sanción legal, y, según otros, en la naturaleza política, moral o religiosa atribuída al criterio negativo o permisivo del divorcio absoluto.

No admiten sus sostenedores que éste pueda ser decretado por el juez cuando las leyes de su país consideren la disolución del matrimonio por ese medio como contraria a la religión y a las buenas costumbres; y, en el caso inverso, que el juez de un país donde el divorcio esté admitido pueda rechazar la demanda so pretexto de que en el lugar de la celebración del matrimonio o del primer domicilio conyugal o en el país de la nacionalidad del marido el divorcio no exista o no pueda ser decretado por el motivo que se invoca; y afirman que en los países

que del civil, y se aplican, no tanto al contrato entre los individuos, cuanto a la relación personal que de él resulta y a los derechos relativos a las partes, a su rango y conducta en la sociedad de que son miembros; y éstos se reglan con una mira principal al orden y la economía públicas, a la promoción de la buena moral y a la felicidad de la comunidad. Un divorcio, por ejemplo, en un caso de escándalo y oprobio público, no es una vindicación del contrato de matrimonio o un remedio para ejecutarlo, sino una especie de castigo que el público ha puesto en manos de la parte ofendida para que lo apliquen, bajo la sanción y con el auxilio del tribunal competente, obrando como en desagravio de la injuria cuando, habiendo sido violado el contrato, la relación de las partes y continuación en el estado de matrimonio se ha hecho intolerable o penoso para ellos y de mal ejemplo para los otros. La *lex fori*, por lo tanto, por la cual ha de reglarse la conducta de las personas casadas y determinarse sus derechos respectivos, y por la cual la relación misma ha de anularse en ciertos casos, debe referirse siempre, no al lugar en que el contrato fué celebrado, sino al en que subsiste por ese tiempo donde las partes han tenido su domicilio y han sido protegidas en los derechos que resultan del matrimonio, y especialmente donde las partes son o han sido responsables por cualquier violación de los deberes a que en esa relación están obligados."

donde ese medio de disolución se admite ha creído el legislador que sería contrario al orden público mantener un matrimonio cuya disolución se reclama en virtud de un motivo legal; y en ello no se ha guiado solamente por el interés personal de los cónyuges, sino, ante todo, por consideraciones relativas al interés de la familia, al orden público y a las buenas costumbres (1).

Entre los comentaristas nacionales, sólo el Dr. Machado se ocupa del caso que examinamos, sosteniendo la doctrina del artículo en mérito de que admitir lo contrario importaría aceptar el predominio de la ley extranjera sobre la ley nacional, y agregando que “si por consideraciones de orden social reconocemos el hecho consumado, sea que se traduzca en un nuevo matrimonio, sea en libertad completa por la disolución, no debemos permitir que esos efectos se reclamen ante nuestros tribunales” (2).

(1) ASSER, uno de los sostenedores de esta teoría, agrega — *Derecho Internacional Privado*, ed. cast., de J. F. Prida, Madrid, pág. 142, — que la aplicación de la *lex fori* se justifica aún por otras consideraciones. No es la misma la misión del juez en el pleito de divorcio, dice, que en la mayoría de los demás litigios, en los cuales la sentencia no debe crear entre las partes un nuevo estado, ni conferir nuevos derechos, sino descubrir y proclamar el estado existente y hacerlo respetar por medios coercitivos. La sentencia en el pleito de divorcio cambia la situación jurídica de los cónyuges disolviendo su matrimonio y restableciéndolos en su estado anterior de celibato. Ahora bien; en cuanto el juez debe simplemente declarar el Derecho entre las partes, naturalmente aplica la ley que rige la relación jurídica discutida; pero cuando ha de obrar en calidad de órgano del poder público para crear una situación nueva y conferir nuevos derechos, no puede guiarse por otra ley que la del Estado mismo que representa. Desde este punto de vista, la sentencia que decreta el divorcio se asemeja a ciertos actos de jurisdicción no contenciosa”. Vé. También ALCORTA, *op. cit.*, II, pág. 149.

(2) J. O. MACHADO, *Exposición y comentario del código*

3. — Dado el criterio adoptado por la ley, inútil es examinar la hipótesis desde el punto de vista de la ley personal de los esposos; más aún, puede considerarse, también bajo ese aspecto, resuelta la cuestión, pues la aplicación absoluta de la *lex fori* excluye:

a) La ley del lugar de la celebración del matrimonio;

b) La ley del domicilio de los cónyuges, matrimonial o actual,

pues su aplicación aparece limitada por la del principio territorial.

*civil argentino*, parág. 65, ocupándose de la disolución del matrimonio en país extranjero, pág. 275. Así, pues, dice, el matrimonio celebrado en el extranjero y disuelto con arreglo a las leyes del domicilio se considera disuelto entre nosotros; pero si los cónyuges se trasladasen a la República sin haberlo disuelto, no podrán hacerlo en nuestro país, porque nuestras leyes no admiten ese medio de disolución. La reforma que la Ley de Matrimonio hizo al art. 165 del código prueba claramente que sólo se refiere a los matrimonios realizados y disueltos en el extranjero, como lo enseñaba aquel artículo; porque, como dice Robertson, no se puede permitir que se importe a nuestro país una ley peculiar que se halla en oposición a las grandes e importantes leyes públicas de nuestra legislación. También. ALCORTA —, *op. cit.*, II, pág. 149 — donde dice: puede suceder, y es lo más frecuente, que el matrimonio haya sido celebrado en un país en que el divorcio a *vinculo matrimonii* esté consagrado en la legislación y que, o se haga efectivo en ese país y se pretenda contraer nuevo matrimonio en la República, o se quiera conseguir la disolución misma en ésta. ¿Cómo resuelve el código estos casos? Sigue en esta parte el sistema territorial y ha cuidado de establecer claramente sus conclusiones. (Arts. 165 y 220, mantenidos por los arts. 7º y 82 de la Reforma). — En el capítulo siguiente manifestamos nuestra disidencia con esta cita, según la cual la Ley ha mantenido el criterio del Código.

Infojus

SISTEMA ARGENTINO DE  
INFORMACIÓN JURÍDICA

## CAPÍTULO SEGUNDO

---

### Nuevo matrimonio en la República

---

#### § I

SUMARIO: 1. Punto de vista doctrinario. — 2. Punto de vista de nuestras leyes. El código civil y la Ley de Matrimonio. 3. Nuestra solución. — 4. Examen de sus fundamentos. Cómo debe entenderse el orden público: distinción substancial.

---

**PRIMERA HIPÓTESIS:** Matrimonio celebrado en *país extranjero*;

**PRIMER SUPUESTO:** El país extranjero admite el divorcio *a vinculo*;

**PRIMER CASO a):** El divorcio se decreta en el mismo país de la celebración;

**CUESTIÓN B):** Procedencia de un nuevo matrimonio en la República.

**FÓRMULA:** *¿Puede cualquiera de los cónyuges provenientes de un matrimonio celebrado y disuelto en un país que admite el divorcio absoluto contraer un nuevo matrimonio en la República?*

1. — En este caso, como se ve, el primer matrimonio y su disolución se producen en el mismo país que consagra en su legislación el divorcio absoluto.

Desde el punto de vista doctrinario, esta situación ha sido resuelta afirmativamente por el mayor número de autores, con el apoyo de la jurisprudencia. (1) En realidad, el caso supone más que el reconocimiento extraterritorial de una ley, el de los efectos jurídicos de una sentencia extranjera, que ha determinado la situación de los cónyuges.

No obstante, cabe considerar la cuestión como discutible; no otra explicación tendría el proyecto de norma presentado en 1885 por De Rossi a la conferencia de Hamburgo, de la entonces *Asociación para la reforma y codificación del derecho de gentes*, según la cual: "Las sentencias extranjeras que hayan pronunciado un divorcio deberán ser reconocidas y obtener su ejecución y sus efectos aún en los Estados cuya legislación no acuerde la facultad de divorciar, siempre que los cónyuges sean extranjeros y sus leyes personales lo acuerden" (2).

(1) Puede citarse en contra la opinión de ESPERSON, *Il principio di nazionalità, applicato alle relazioni civili internazionali*, p. 79, N° 21, quien se funda en que la concesión del derecho de casarse nuevamente en Italia sería ofensivo para el orden público e infringiría la disposición del art. 12, que prohíbe reconocer las leyes extranjeras que derogan las italianas, cuando éstas se refieren, bajo cualquier concepto, al orden público y las buenas costumbres. — Además de los autores citados en las notas siguientes de este capítulo pueden anotarse en favor de la afirmativa a WHARTON. *Private international law*, párr. 132 y 214. — FIORE, *Dr. Int. privé*, II, núm. 697. DESPAGNET, *Précis*, núm. 264.

La jurisprudencia francesa e italiana, en los autores citados. — En contra JOSE M. MAC DOWELL, *Derecho privado internacional*, pág. 25, donde resuelve esta cuestión: ¿Puede el extranjero legalmente divorciado en su país, casar nuevamente en el Brasil viviendo aún el cónyuge de quien se divorció?

(2) Report of the twelfth conference, 1885, London Clowes, 1886, pág 135.

Ante el derecho francés, consideran Surville et Arthuys que la solución no puede ser sino afirmativa, discutiendo de esta manera:

Antes de la ley de 27 de julio de 1884 se planteaba la cuestión de saber si el extranjero regularmente divorciado en su país podría, en vida del cónyuge con el cual se hallaba casado, contraer en Francia una nueva unión. Después de algunas vacilaciones, nuestra jurisprudencia pensó que este matrimonio era posible y perfectamente válido. Para pretender que no debía ser así, se hizo valer el argumento de que la ley de 1816, al abolir el divorcio, lo había considerado como inmoral, así como la nueva unión contraria al orden público en Francia. Se respondió, muy simplemente, que este argumento tenía tan poco valor que los franceses divorciados antes de la ley de 1816 habían muy bien podido, en vida del cónyuge con el cual habían divorciado, volver a casarse después de puesta en vigencia esta ley. Ahora, la situación del extranjero regularmente divorciado es análoga a la de ellos. La verdad es, en efecto, que para saber cuáles son los modos de disolución del matrimonio es necesario interrogar a la ley nacional de las partes. Solamente la bigamia podría perturbar el orden público'' (1).

(1) *Cours élémentaire de droit international privé*, pág. 338. — En el mismo sentido LAURENT, op. cit., vol. V, No 144.

En el *J. de P. I. P.*, 1908, pág. 193, se plantea la cuestión siguiente y se la resuelve en los términos que se transcriben a continuación:

*Una mujer francesa que se ha casado en Francia y ha obtenido en este país el divorcio ¿puede contraer matrimonio en España con un sujeto español, aún cuando la ley española no admite sino la separación de cuerpos?*

Si bien ciertos autores (De Chassat, Demangeat, Sapey,

Dentro del derecho y la jurisprudencia italianas no es discutible la ejecutoriedad de una sentencia de divorcio entre extranjeros dictada por un juez extranjero y la aptitud de cualquiera de ellos para contraer nuevo matrimonio en Italia, en virtud de que la objeción fundada en el art. 12 es insubsistente, porque ella dispone de una manera general y contra ella existen otras disposiciones especiales y derogatorias en el mismo código, porque el art. 56 prohíbe contraer nuevo matrimonio a quien se halla vinculado por otro anterior, y dicho artículo no puede prohibir el divorcio, y aquí se trata de averiguar si existe matrimonio anterior; porque la disposición prohibitiva del artículo 148 no puede referirse a los extranjeros aludidos por los artículos 102 y 103; el primero de ellos subtrae el matrimonio de los extranjeros a la disposición del art. 12 y agrega que aún ellos están sujetos a los impedimentos establecidos en la sección II, cap. I, tít. del

Regnault y otros) han sostenido con energía la opinión contraria, es hoy generalmente admitido por la doctrina y la jurisprudencia que la sentencia de divorcio dictada por los tribunales de un país extranjero cuya ley admite esta causa de disolución del vínculo conyugal modifica el estado de los cónyuges divorciados y les atribuye la capacidad jurídica necesaria para contraer matrimonio con otra persona, en cualquier país que sea, sin distinguir entre aquellos en que el divorcio existe y aquellos en que no existe. Partiendo de este principio de que el estado y la capacidad jurídica pueden ser modificados por la ley y por ciertos actos de la persona en todo lo que no les sea esencial, y que este estado y esta capacidad siguen a la persona adonde quiera que vaya, los tribunales supremos de casi todos los Estados y principalmente de la Francia, Italia, Inglaterra, Bélgica, Suiza, Alemania, etc. han reconocido que la disolución legal, en un país, del vínculo conyugal es constitutiva para los ex-cónyuges del estado de célibes y les atribuye la capacidad de contraer un nuevo matrimonio en cualquier lugar que se encuentren. (Laurent, *Droit civ. int.* T. 5, N.º 128 y s.; Fiore, *Droit int. privé*, N.º 695 y s. Merlin, *Quest.*, V. *Divorce*, pár. 13: De-

matrimonio, pero en esa sección no se encuentra el art. 148, resultando del art. 103 que aquel es aplicable exclusivamente a los nacionales. (1)

La doctrina francesa, con algunas excepciones, y la jurisprudencia (2) admiten que el divorcio legalmente pronunciado en país extranjero entre extranjeros debe ser respetado, y los esposos divorciados deben ser considerados como capaces de contraer una nueva unión, aún en países donde el divorcio no es admitido.

*molombre, Mariage*, T. 1. No 101 y T. 3, No 230; *Barde, Theorie des Status*, pág. 188; *Bertauld, Quest. prat.* T. 1, Nos. 29-32; *Moreau. Eff. int des jug.*, No 83; *Soloman, Cód. des. étr.*, pág. 33; *Aubry y Rau*, T. 5, p. 130; *Weiss, Dr. int. privé.* p. 635 y 715; *Adde, Asser y River, De Folleville, Es-person, Bar, Verger, Saredo, Pillicier, Rougelot y otros*). La mayoría de los códigos modernos consagran más o menos explícitamente el mismo principio, incluso el código civil español, el cual, en su art. 9, establece que "las leyes concernientes al estado y capacidad de las personas rigen a los españoles, aún residentes en país extranjero". Verdad es que puede pensarse, en ciertos casos, en una objeción sacada del orden público y de las buenas costumbres; pero ella no es admisible sino cuando el esposo divorciado, originario de un país que no admite el divorcio, se hubiera hecho naturalizar en vista de su divorcio. Si Mme. I... hubiera recurrido a una naturalización posterior a su matrimonio, en el país extranjero en que obtuvo el divorcio, la cuestión sería muy delicada. Pero como no ha habido, en el caso, ninguna intención de defraudar la ley española, la excepción sacada del orden público y de las buenas costumbres parece difícilmente invocable.

(1) Vé, CATELLANI, op. cit., V. II, parte II, p. 303, donde trae también algunas sentencias de los tribunales italianos.

(2) La Corte de Casación, dice ROLIN, ha reconocido esta doctrina bajo el imperio de la ley de 1816, en contra de la opinión de Demangeat y Mailher de Chassat, conforme a las importantes conclusiones del procurador general Dupin y de acuerdo con el informe del consejero Sévin; el fallo no ha hecho jurisprudencia. (Op. cit., II, pág. 114, núm. 595).

2. — Pasando a examinar la cuestión en el terreno de nuestra legislación (1) podemos decir que la ley actual de matrimonio no contiene una solución directa de esta cuestión, y ella debe obtenerse por interpretación y aplicación combinadas de sus textos; lo cual no ocurría con el código civil antes de la reforma, pues en su artículo 165 daba, sin duda alguna, respuesta terminante al interrogante formulado. La teoría que éste sustentaba ha sido substancialmente variada por el art. 7<sup>a</sup> de la ley, según se advierte por la sola lectura de ambas disposiciones (2).

Decía el Código en su artículo 165: “El matrimonio disuelto en territorio extranjero, en conformidad a las

(1) Sobre este mismo asunto escribí en la *Revista Argentina de Derecho Internacional* que dirige el Dr. J. L. Suárez, Año 1, 1920, N<sup>o</sup> 1, pág. 16. Mantengo ahora las ideas fundamentales expresadas en aquel artículo, limitándome a ampliar su desarrollo.

(2) Estamos, pues, en absoluto desacuerdo con la opinión de ZEBALLOS cuando sostiene, — *Manual de Derecho Internacional Privado*, con Weiss, II, pág. 188 — que “la reforma de 1889 mantuvo el art. 165 con leves cambios de palabras que no eran necesarias, ni afectan el fondo”. Tampoco estamos de acuerdo con la opinión de LLERENA, — *Comentarios y Concordancias*, sobre el art. 7, I, pág. 357, — según el cual “el único alcance racional que puede tener el art. 7<sup>o</sup> es que, lejos de corregir lo que se llama un error capital del art. 165, ha venido a restringir más el alcance demasiado liberal que se le daba respecto de los matrimonios celebrados en la República Argentina, prohibiendo de una manera absoluta que leyes extranjeras puedan dejar sin efecto matrimonios celebrados en la República”.

Si este hubiera sido el objeto de la reforma, no habría sido menester realizarla, pues el artículo 165 lo satisfacía plenamente.

También el Dr. ALCORTA, *op. cit.*, II, pág. 149, dice que la reforma ha mantenido en los artículos 7<sup>o</sup> y 82 las disposiciones de los artículos 165 y 220 del código, consagrando el sistema territorial en la solución del caso que nos ocupa.

leyes del mismo país, pero que no hubiera podido disolverse según las leyes de la República Argentina, no habilita para casarse a ninguno de los cónyuges.”

El art. 7º de la Ley dice: “La disolución en país extranjero, de un matrimonio celebrado en la República Argentina, aunque sea de conformidad a las leyes de aquél, si no lo fuese a las de este código, no habilita a ninguno de los cónyuges para casarse.”

El código se hallaba de acuerdo con la doctrina del proyecto de Freitas y del código de Chile, con alguna variante en su letra que la nota dejaba, sin embargo, definitivamente desvanecida. Decía el art. 1418 del primero: “El matrimonio disuelto fuera del Imperio, pero que según las leyes de este código no podría disolverse, impide que cualquiera de los cónyuges se case válidamente en el Imperio mientras viviere el otro cónyuge”. El texto del art. 120 del código civil de Chile disponía: “El matrimonio disuelto en país extranjero en conformidad a las leyes del mismo país, pero que no hubiera podido disolverse según las leyes chilenas, no habilita a ninguno de los cónyuges para casarse en Chile mientras viviere el otro cónyuge.” (1).

La lectura de estos artículos, ante la letra del 165 de nuestro código, sugiere la observación de que, mientras éste sólo expresaba, sin determinación de lugar, la inhabilidad de los cónyuges *para casarse*, los otros dos parecen reducir el alcance de la prohibición, inhabilitando a los cónyuges para casarse *en el Imperio* o para casarse *en Chile*. No obstante, la lectura de la nota puesta por el doctor Vélez al art. 165 aclaraba el pensamiento de la

(1) La ley de 10 de Enero de 1884, que implantó el Matrimonio Civil, no modificó las disposiciones del código que hemos transcripto, y según el art. 37 de la misma “quedan vigentes las disposiciones del código civil en lo que no fuesen contrarias a esta ley”.

disposición identificándolo con el de los textos que le sirvieron de fuente: “Story, dice, en el capítulo V se ocupa extensamente de la cuestión que ahora también se presenta en algunos de los Estados de América. Trae y funda las diversas resoluciones de las cortes de justicia en Inglaterra. Sea cual fuere la resolución de los países protestantes en este punto, yo creo que siendo entre nosotros indisoluble el matrimonio, si bien podemos tener por legítimo el que se ha contraído en otro país, disuelto el vínculo del primer matrimonio, *no podemos permitir que tales matrimonios se celebren en la República con efectos civiles.*”

De estas palabras se desprende que, según el espíritu del art. 165, no se podía permitir que se celebrara *en nuestro país* el matrimonio de un cónyuge proveniente de un consorcio anterior formado y disuelto en el extranjero.

Antes de la sanción de la Ley de Matrimonio, pues, la cuestión que analizamos podía considerarse resuelta en sentido negativo, de una manera indudable, tanto en la letra como en el espíritu del código civil, sin que fuera menester hallar la solución a través de este último, desde que la letra, según se ha visto, la daba por sí sola con una amplitud todavía mayor. (1).

Pero, como hemos dicho, la Ley de Matrimonio varió substancialmente la teoría del código al introducir en el

(1) No consideramos exacto afirmar, como se hace, — ZEBALLOS, op. cit., pág. 122, — que “la grave dificultad no nos parece resuelta por el código civil reformado, que solamente declara la imposibilidad de G. para casarse en la República. El hecho de su casamiento en el extranjero no está expresamente legislado”. El caso de G. es el de nuestra hipótesis, y nuestra ley de matrimonio *no declara la imposibilidad* de casarse en la República. Se confunde el texto del art. 7º actual con la nota del art. 165 del código y el sentido atribuido al texto derogado.

art. 7° una circunstancia nueva relativa a la procedencia del primer matrimonio a que hace alusión, pues, como se ha visto, la inhabilidad para casarse impuesta a los cónyuges solamente afecta a los que provienen *de un matrimonio celebrado en la República*. Luego, *a contrario sensu* deberá concluirse que si se trata de la disolución en país extranjero de un matrimonio celebrado *fuera de la República*, la mencionada inhabilidad no puede aplicarse a los cónyuges del mismo.

El agregado que en el artículo de la ley aparece lo aleja del texto de las fuentes del art. 165. Estas, lo mismo que el código, se referían a un matrimonio indeterminado, cualquiera que fuese su procedencia, cualquiera que fuese el país de su celebración, comprendiendo, en consecuencia, tanto a los contraídos en la República como a los contraídos en un país extranjero. Ninguno de los cónyuges, mientras viviera el otro, podía celebrar nuevo matrimonio, en Chile, en el Brasil o en la República Argentina.

Nuestra afirmación sobre el alcance de la Reforma no es ya discutible, pues ha sido reiteradamente sostenida por la jurisprudencia.

En un caso se dijo:

“Ahora bien, sea esto como fuere, lo que no admite duda es que el citado artículo 7°, al negar efecto a la disolución en país extranjero, limitadamente a los casos de matrimonios celebrados en la República, implícitamente lo acuerda cuando el primer casamiento se contrajo en el extranjero; y ello resulta tanto más evidente como recta interpretación del pensamiento legislativo, si se considera que el precepto que sobre el particular contenía el Código Civil, negando eficacia a toda disolución no autorizada por él, se modificó en los términos que quedan referidos.”

En otro se expresó lo siguiente:

“ Si hubiera de resolverse la solicitud de que se trata

con el criterio que suministraba el art. 165 del Código Civil, ninguna duda podría haber acerca de la procedencia de su rechazo. El art. 165 del Código era terminante; y la nota del codificador al citado artículo, según el cual: “el matrimonio disuelto en territorio extranjero en conformidad a las leyes del mismo país, pero que no hubiera podido disolverse según las leyes de la República Argentina, no habilita a ninguno de los cónyuges para casarse”, era aún más terminante, porque expresaba que: “si bien podemos tener por legítimo (el matrimonio) que se ha contraído en otro país, disuelto el vínculo de un primer matrimonio, no podemos consentir que tales matrimonios se celebren entre nosotros.”

Pero a la luz de los principios eminentemente liberales que informan la nueva legislación sobre el matrimonio, es indiscutible que nada obsta a la resolución favorable al pedido y por ende al libramiento del oficio que se solicita al jefe del Registro de la Capital.

La ley 4392 sobre matrimonio civil en su art. 7° establece que la disolución en país extranjero de un matrimonio *celebrado en la República Argentina*, aunque sea de conformidad a las leyes de aquél si no lo fuere a las de este Código, no habilita a ninguno de los cónyuges para casarse.

La diferencia entre el espíritu de la nueva ley y el de la antigua es también clara; la primera mira la cuestión relativa a un matrimonio anterior, con un criterio que la contempla desde el punto de vista particular de la soberanía de la Nación, mientras que el Código la afrontaba de una manera absoluta, cualquiera que fuese el país donde la celebración de ese matrimonio anterior, ya disuelto, hubiese tenido lugar.

Y se explica que así sea, porque para el estudio de esa ley, como lo decía el miembro informante de la Comisión de Legislación del Honorable Senado de la Nación, señor Rodríguez, al expedirse sobre el proyecto, “para

estudiar esa ley, la Comisión de Legislación no ha consultado ninguna ley extranjera; sólo ha tenido en cuenta y se ha inspirado en los preceptos de la Constitución, por que, como argentinos, como legisladores, como representantes de la soberanía nacional en este Congreso, no reconocemos otra ley ni otra autoridad superior a la Constitución." (1).

La reforma obliga, pues, a desviar la interpretación de la nueva disposición del criterio informativo de las fuentes recordadas del art. 165.

3.—Consideramos de todo punto inaceptable la opinión de los que, aun ante los términos del artículo de la Ley, sostienen la teoría del código civil, (2) cuyas disposiciones sobre matrimonio y divorcio han sido derogadas y substituídas por las de la Ley de Matrimonio, y siendo éstas, y solamente éstas, las que hoy debemos aplicar.

(1) Los fallos a que pertenecen las transcripciones hechas se hallan insertos en nota en el capítulo siguiente.

(2) El Dr. Llerena, en sus comentarios a la disposición que nos ocupa, después de plantear el caso y preguntarse si las partes pueden contraer un segundo matrimonio en la República con arreglo a la actual ley de matrimonio, contesta que tiene por indudable que no. Entre nosotros, agrega, el matrimonio es indisoluble; en nuestro país como en todos los que la adoptan, es de orden social. De consiguiente, toda ley extranjera que choque con nuestras leyes de orden público, contra el espíritu de nuestra legislación, tiene que ser rechazada en la República con arreglo al artículo 14. Este artículo, en su inciso 1º, establece que las leyes extranjeras no serán aplicables en la República cuando se opongan al Derecho público, a la religión del Estado, al espíritu de nuestra legislación civil, etc. Atribuir capacidad para contraer en la República un segundo matrimonio a los que ha disuelto el primero en el extranjero por causas no permitidas por la ley argentina, es chocar expresamente con el citado artículo, que no ha sido

La letra de las dos disposiciones confrontadas es fundamentalmente diversa; y si acaso pudo antes buscarse el espíritu del art. 165 interpretándolo a través de su nota, en que expuso el codificador su pensamiento, ¿podríamos hoy aplicar éste al art. 7° de la ley? La Ley de Matrimonio no es obra de Vélez Sársfield; y sería excesivo atribuir a nuestros legisladores de 1888 un pensamiento que ellos no han aceptado expresamente como propio. Ante su silencio, debemos atenernos al texto expreso de la ley.

reformado por la ley de matrimonio. La nota del Dr. Vélez a ese artículo es terminante. La ley extranjera que hace disoluble el matrimonio que por nuestra ley no lo es, puede habilitar a los cónyuges para que contraigan un segundo matrimonio en contra del espíritu y del mandato expreso de la ley en sus artículos 2 y 9, inc. 3º y sus concordantes, de la ley de matrimonio, y 14 y sus concordantes del código civil. La jurisprudencia francesa es completamente uniforme a este respecto. "Considerando, dice una Corte de Casación (Daloz, 1859, 2ª parte, pág. 155), que la ley de 8 de Mayo de 1816, que *abolió el divorcio*, ha consagrado en Francia la *indisolubilidad del matrimonio* (en la República Argentina es también indisoluble el matrimonio) tiene toda la fuerza de una ley de orden público; que el estatuto personal del extranjero, *aún cuando le permita el divorcio y le dé así facultad para volver a casar en su país, no puede prevalecer ante una ley de orden público a la cual en Francia nadie puede dejar de someterse, etc., etc., se confirma*". Este fallo es perfectamente aplicable entre nosotros y aún suponiendo que la indisolubilidad del matrimonio no fuera una ley de orden público entre nosotros, que en nuestra opinión lo es, el art. 14, inc. 2º del código civil, se levantaría como barrera infranqueable para impedir que en la República se contrajera ese matrimonio que en Francia se impidió cuando allí era indisoluble el matrimonio. La defensa del fallo del Tribunal inferior, confirmado por la Corte, hecha por Barbier, (Daloz citado, pág. 154) es la más erudita que se puede hacer de la tesis que sostenemos. Muchas otras sentencias se han dado en el mismo sentido.

Analícemos. Ningún punto de contacto hay entre nuestra legislación y el primer matrimonio del caso que nos ocupa: si debiera él juzgarse en la República, habría que declararlo válido por aplicación de la ley del lugar en que se celebró. Ningún punto de contacto existe tampoco entre nuestra legislación y el divorcio subsiguiente: declarado por sentencia de acuerdo con la ley del proceso, tendría para nuestros jueces y para nuestra ley toda la autoridad de la cosa juzgada.

En consecuencia, tanto el primer matrimonio como el divorcio que lo disolvió son actos cuya validez o nulidad se ampara o se decide por sus leyes propias, absolutamente ajenas a la ley argentina.

Si nuestros jueces pretendieran declarar subsistente el primer matrimonio, desconociendo el valor de la sentencia que decretó el divorcio de los esposos, — que no otro fundamento tendría el inhabilitar a cualquiera de ellos para contraer una nueva unión en nuestro país, — tal pretensión importaría negar la autoridad de un fallo extranjero que, como los que en general versan sobre cuestiones de estado, son irrevocables y no han menester del *exequatur* cuando a su reconocimiento no se oponen razones de orden público.

¿A qué quedaría reducida la misión judicial en esta clase de asuntos si sus resoluciones no merecieran el respeto de todos los jueces en el orden internacional, cuando ella se ha desempeñado satisfaciendo toda exigencia jurisdiccional y legal? (1).

(1) Del punto de vista de la legislación brasileña RODRIGO OCTAVIO encuentra la misma solución que nosotros sostenemos del punto de vista de la nuestra, y dice: "La última cuestión que debemos estudiar es la de saber si el extranjero legalmente divorciado puede contraer en el Brasil un nuevo matrimonio válido. Sobre esta cuestión, nos hallamos en un terreno más sólido, pues ella ha sido convenientemente estu-

E innecesario nos parece insistir en que, dados sus caracteres, no se trata en el presente caso de otra cuestión que de un reconocimiento de sentencia extranjera, pues no hay conflicto alguno entre nuestra legislación de fondo y la del país en que el matrimonio se contrajo y el divorcio se decretó: no se trata de un conflicto de leyes, sino de los efectos de un fallo dictado por juez extranjero y del estado personal emergente del mismo para los cónyuges.

4. En un problema tan grave como este no basta dar una opinión: es necesario fundarla, y fundarla bien. Hemos transcripto en nota la que sostiene la inhabilidad de los cónyuges de la hipótesis para casarse en la República. ¿Cuál es el obstáculo que, según ella, se opone a la realización del nuevo matrimonio? El orden público, se dice, positivamente legislado en el inc. 1° del artículo 14 (1) de nuestro código civil.

diada por nuestros distinguidos juriconsultos Carlos de Carvalho y Clovis Bevilacqua. En este caso no se trata de solución de un conflicto de leyes, sino simplemente del reconocimiento del efecto jurídico de una sentencia extranjera que ha creado para las partes interesadas una situación legal. El funcionario brasileño que es competente para presidir las formalidades preliminares del matrimonio debe verificar si los futuros esposos no se hallan ligados por un matrimonio anterior aún no disuelto legalmente. (Decreto N° 181, de 1890, art.7, párr. 2). Es, pues, evidente que el extranjero, munido de la disolución de un matrimonio anterior por divorcio, de conformidad a su ley nacional, no puede ser considerado incapaz de contraer un nuevo matrimonio. Esta solución, a la cual han llegado los dos eminentes juristas mencionados, ha sido ya consagrada por la jurisprudencia brasileña. (Sentencia del Tribunal Superior de Para, *O. direito*, vol. 98, p. 604).

(1) Art. 14. Las leyes extranjeras no serán aplicables:

1° Cuando su aplicación se oponga al derecho público o criminal de la República, a la religión del Estado, a la tolerancia de cultos, o a la moral y buenas costumbres.

“Entre nosotros el matrimonio es indisoluble, y esta indisolubilidad, en nuestro país como en todos los que la adoptan, es de orden social. De consiguiente, toda ley extranjera que choque con nuestras leyes de orden público, contra el espíritu de nuestra legislación, tiene que ser rechazada en la República con arreglo al artículo 14.” (1).

Es indudable que la preocupación religiosa desorienta el criterio estrictamente jurídico en la solución de este problema. Y tiene razón Laurent al decir que la palabra *religión* ocupa el primer lugar en las discusiones y en los comentarios; y para demostrarlo, recuerda los términos en que se expresó el informante Trinquelague:

“Una unión, dijo, formada por la Divinidad, no debe poder ser destruída por los hombres: de ahí la *indisolubilidad religiosa*. Si este dogma no es reconocido por todas las iglesias cristianas, lo es por

---

(1) El mismo argumento se invocó tácitamente en el caso de un matrimonio celebrado en España y disuelto en la República Oriental del Uruguay, y uno de cuyos cónyuges pretendía contraer nuevo matrimonio en nuestro país. El juez, — cuya sentencia transcribimos en nota más adelante, — dijo: que si bien la legislación uruguaya, inspirada en las teorías modernas y más avanzadas, ha implantado el divorcio absoluto, autorizando así la disolución del vínculo matrimonial, nuestra ley civil, en cambio, ha mantenido como único efecto del divorcio la separación personal de los cónyuges sin que se disuelva el vínculo. (Art. 64 de la Ley de M. Civil).

Más adelante, al estudiar los efectos en nuestro país de un nuevo matrimonio en el extranjero, celebrado por alguno de los cónyuges, de otro anterior contraído en nuestro país y disuelto en el extranjero, nos referimos a una extensa sentencia dictada a propósito de una querrela por bigamia. El juez *a quo*, en sus consideraciones preliminares, desarrolla largamente esa misma doctrina que nosotros combatimos.

*la Iglesia Católica, y la religión de esta Iglesia es la religión del Estado.* La ley civil que permite el divorcio está, pues, en oposición con la ley religiosa. Esta oposición no debe existir; es, pues, necesario para conciliarlas que una de las dos ceda y ponga sus disposiciones en armonía con las de la otra. Pero la ley religiosa pertenece a un orden de cosas fijo, inmutable, elevado por encima del poder de los hombres. *Corresponde, pues, a la ley civil ceder, y la prohibición del divorcio pronunciada por la ley religiosa debe ser respetada por aquella.* (1).

Aparte esta consideración, creemos que es un error pensar que nuestro orden público se lesiona permitiendo el matrimonio entre personas provenientes de consorcios anteriores, que fueron formados y disueltos en virtud de leyes extranjeras.

La conclusión que combatimos deriva de un equivocado concepto del orden público y una confusión entre la ley extraña que pugna con él y las *consecuencias legales* de la aplicación de esa misma ley que consagra un principio rechazado por la ley territorial.

Y procede aquí recordar nuestras palabras finales del capítulo que a este concepto dedicamos, y repetir que es tarea del juez y del jurista apreciar cuidadosamente la diferencia que existe entre el reconocimiento de una determinada institución jurídica y los efectos jurídicos, legales o judiciales de ese reconocimiento, a fin de no confundir con la de aplicación de ley extranjera la cuestión referente al reconocimiento de su aplicación por jueces extranjeros.

Un ejemplo pondrá en evidencia el error. El art. 340 del código civil prohíbe la indagación de la paternidad natural; el art. 325 del nuestro lo permite. Si un hijo

(1) LAURENT, *Droit civ. int.*, V, núm. 102, pág. 210.

natural no tendría acción para pedir en Francia ser reconocido por su padre, podría, sin embargo, prevalerse en ella del reconocimiento judicialmente establecido por la ley de su país, — la República Argentina, — pues el orden público francés no se sentiría afectado. Y no se sentiría afectado, porque lo que el legislador quiso evitar fué *el escándalo que el debate judicial habría podido producir*; y habiendo él tenido lugar en país extranjero, no puede hallar inconveniente en aceptar las consecuencias legales de la sentencia dictada en ese país.

De la misma manera, ¿qué importa al orden público de un Estado en que el divorcio *a vinculo* no se ha establecido, que un hombre, disuelto en el extranjero su matrimonio contraído también en el extranjero, quiera casarse nuevamente en dicho Estado, si es la ruptura del lazo conyugal, el pronunciamiento mismo del divorcio lo que su legislación ha prohibido?

A falta, pues, de una disposición expresa de ésta para los matrimonios que bajo su imperio se han celebrado, no afectan el orden público local del mismo modo, no tienen igual carácter, las consecuencias legales de una institución contraria a ese orden público y la institución misma de que ellas derivan. A veces, dice Weiss, un principio de la ley extranjera, que es reprobado por la legislación de otro país, conduce a consecuencias que no pueden poner en peligro el orden social de éste y que, por consiguiente, pueden ser en él aceptadas sin inconveniente (1).

(1) WEISS, *Traité théorique et pratique de Droit international privé*, 1898, III, p. 95.

DE BAR. *Das inter. priv. und Straf.*, I, 129. Puede verse también ROLIN, *Principes*, I, pág. 281. Igualmente, CLOVIS BEVILAQUA. *Direito Internacional privado*, pág. 230, quien dice: "La concepción de la sociedad internacional exige que los legítimamente divorciados por el sistema romano adque-

Preciso es no perder de vista que en el caso se trata de reconocer la legitimidad de actos jurídicos que se han realizado bajo la protección legal y soberana de un país extranjero, y no de ejecutar una sentencia extranjera, o de invocar o de aplicar una ley extranjera, “que ya fué aplicada disolviendo el vínculo matrimonial”, casos en los cuales el reparo fundado en el orden público acaso fuera pertinente.

De ahí que sea fundamentalmente inadecuado el argumento que suele hacerse diciendo, como Llerena dice en un comentario transcripto en una nota anterior:

“Entre nosotros el matrimonio es indisoluble, y esta indisolubilidad, en nuestro país como en todos los que la adoptan, es de orden social. De consiguiente, toda ley extranjera que choque contra nuestras leyes de orden público, contra el espíritu de nuestra legislación, tiene que ser rechazada en la República, con arreglo al artículo 14. Este artículo establece, en su inciso 1º, que las leyes extranjeras no serán aplicables en la República cuando se opongan al derecho público, a la religión del Estado, al espíritu de nuestra legislación civil, etc. Atribuir capacidad para contraer en la República un segundo matrimonio a los que han disuelto el primero en el extranjero por causas no permitidas por la ley argentina, es chocar expresamente con el citado artículo, que no ha sido reformado por la Ley de Matrimonio”.

No se trata, repetimos, de aplicar una ley extranjera, sino de reconocer las consecuencias jurídicas derivantes

ran, con efecto en todos los estados pertenecientes a esa comunidad, la facultad de contraer nuevas nupcias. Si un Estado les niega ese derecho, asume una actitud hostil incompatible con la vida de la sociedad internacional”. Vé, también FEDOZZI en *J. D. I. P.*, 1899, pág. 499; FADDA y BENSA y MATTIROLO, notas a Windsheid Pand., I, pág. 159

de actos practicados bajo la protección de la ley y los tribunales de otro país; y en este caso no puede hacerse argumento basado en la consideración del orden público. (1)

La disolución del matrimonio pronunciada en el extranjero, entre extranjeros sometidos a la ley que lo permite, según nuestra hipótesis, debe considerarse respecto de éstas como un acto jurídico y legal. Basta, en efecto, tener en cuenta que la ley de divorcio, aunque inspirada en razones de orden público, tiende a regular el estado de las personas y las relaciones de familia, y no se le puede, por lo tanto, negar la autoridad de tal, respecto de las personas sometidas al imperio del legislador. Parece, pues, evidente que, en la hipótesis propuesta, se habría pronunciado el divorcio entre personas sujetas a la autoridad de la ley que lo permite; por consiguiente, no podía menos de reconocerse la disolución del vínculo matrimonial, como un acto verificado legalmente en el extranjero. No puede, pues, haber ofensa para el orden público por el mero hecho de conceder el *exequatur* a la sentencia de divorcio, regulando con arreglo a ella los derechos y obligaciones de los esposos, porque en realidad no puede considerarse contrario al orden público interior el admitir las consecuencias jurídicas de un acto también jurídico, legalmente realizado en el extranjero (2).

(1) Es, por otra parte, indudable que si se reconoce como válido el matrimonio celebrado en el extranjero por cualquiera de los cónyuges de la hipótesis, tiene que ser conceptualmente igualmente legal el que pretenda el otro contraer en la República, porque, de lo contrario, sólo se hará una inútil cuestión de forma. El cónyuge divorciado no podrá volver a casarse nuevamente en el país; pero le bastará volver a Francia para contraer allá un nuevo enlace y retornar a la República para que nosotros reconozcamos como válido el segundo matrimonio. (Vé. *Nociones de derecho civil*, lecciones de E. PRAYONES, I, pág. 94).

(2) Vé. P. FIORE, *Ejecución de las sentencias extranjeras*, pág. 88.

Bar lo demuestra de una manera decisiva. Según él, la eficacia de una regla de derecho extranjero o de una reclamación jurídica extranjera no debe ser necesariamente anulada por el solo hecho de que nuestras leyes o nuestra doctrina jurídica rechacen esa ley o esa relación. Será necesario examinar si la *acción efectiva* del principio o de la relación en cuestión, en tanto dicha acción deba producirse en la jurisdicción de nuestra organización jurídica, está en contradicción con nuestro orden social o con los principios de moral admitidos en nuestro país. Hay que tener presente que una relación jurídica no produce su efecto exclusivamente en un solo territorio, sino que puede ramificarse y extender sus efectos en territorios jurídicos diversos. El único derecho que podríamos tener es el de considerar como inexistente, de cortar o de suprimir esas ramas y esos retoños que aparecen en nuestro territorio; el tronco, que se encuentra en los límites de otra soberanía, escapa a nuestra acción, y si la rama o el retoño que aparece en nuestro suelo no es de naturaleza capaz de producir efectos perjudiciales, sería un error y una injusticia cortarlos bajo el pretexto de que el tronco no sería tolerado en nuestro país.

El mismo autor ilustra su razonamiento con el ejemplo siguiente: la poligamia no podría ser tolerada entre nosotros; pero, ¿se puede rehusar al hijo de un mahometano, que ha vivido según las leyes de su país de origen en estado de poligamia, la propiedad de una cosa que se encuentra en nuestro territorio y que depende de la sucesión de su padre? Ciertamente, no. La poligamia no es en este caso sino la base alejada de una reclamación que en sí misma no tiene nada de contrario a nuestro orden jurídico; es un punto de hecho prejudicial en el proceso que surge con ocasión de dicha cosa. La poligamia existe y existía en el país de ese extranjero: las decisiones de nuestros jueces en nada podrían modificar tal situación. Si nuestra organización social se rehusara a reconocer relaciones jurídicas de ese género, como simples

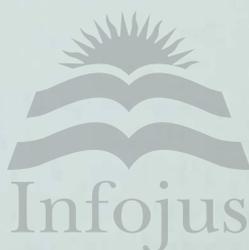
hechos, como puntos prejudiciales con ocasión de otras reclamaciones ante la justicia, ello conduciría a una subversión absoluta de las relaciones con ese país, a la supresión misma de todas las relaciones (1).

Hecha la distinción que venimos de analizar, se evidencia el error que hemos atribuído a los que consideran lesionado el orden público territorial aceptando nuestra solución en el caso que nos ocupa. Verdad es que se trata de una cuestión delicada, pues no es siempre fácil desligar de las consecuencias el carácter que se considera in-moral de un principio o de una disposición legal reprobada por la ley territorial. ¿Cómo, en efecto, las consecuencias de un principio legislativo consagrado en país extranjero y contrario a nuestro orden público pueden conciliarse con este orden público? Basta para ello observar que entre las leyes de orden público hay algunas cuyo fin social se halla por entero realizado en el acto mismo que ellas prohíben o que ellas imponen, sin que su fin tenga ninguna relación con las consecuencias de ese acto; hay, por el contrario, otras cuyo fin social no se alcanza por el solo cumplimiento de un acto pasajero, sino que exigen un estado de derecho permanente susceptible de producir consecuencias jurídicas en el espacio y en el tiempo. Dentro del grupo de las primeras están las que se refieren a los ejemplos que hemos dado anteriormente relativos a la investigación de la paternidad

(1) Sobre este asunto puede verse el tratado de FEDOZZI, *Quelques considérations sur l'idée d'ordre public international*, en el Journal de D. I. F. 1897, pág. 67 y 495, en el cual dice: "Tomemos un ejemplo que, en una misma ley extranjera, nos suministre la distinción entre los efectos de la ley que cons-

y al divorcio; dentro de la segunda, las que sancionan la muerte civil y la esclavitud. En aquéllas el fin social se cumple en el acto jurídico mismo; en éstas ese fin se completa en sus consecuencias.

tituyen la parte esencial de su destino y los que no tienen este carácter, lo cual trae por consecuencia el rechazo de los primeros y la aceptación de los segundos. Notemos aquí de paso que esta distinción no se confunde absolutamente con la existente entre consecuencias directas e indirectas, mediatas e inmediatas. Los efectos de la esclavitud son, en gran parte, tan inmorales como la esclavitud misma, pero no todos ofrecen necesariamente ese carácter. Según la opinión unánime de los autores, se debería hacer respetar en Italia la propiedad que hubiera sido adquirida por un esclavo en un país en que la esclavitud es una institución nacional; tal es también mi opinión. Las leyes naturales, tal como las entendemos, no permiten a un hombre enriquecerse con el trabajo de sus semejantes reducidos al estado de bestias de carga; es en ello que consiste únicamente su fin social. Pero cuando la propiedad es así adquirida, conforme a ley del país extranjero, hay aquí un hecho que, normalmente, da nacimiento a un derecho adquirido que, como tal, merece respeto. Esta solución podrá hacer decir a algunos que el derecho internacional privado es, como el derecho internacional público, la consagración de hechos cumplidos; podrá hacer murmurar a los moralistas; pero no es por ello menos jurídica."



## CAPÍTULO TERCERO

---

### Nuevo matrimonio en la República

---

#### § II

SUMARIO. 1. Equivalencia de esta situación y la anterior: El principio de nuestra ley. — 2. Examen de la jurisprudencia. Sus fundamentos contradictorios. La doctrina y solución aceptables. — 3. La aplicación del Tratado de Montevideo. — 4. Inconsistencia del criterio que tiene en cuenta la ley del domicilio.

---

**PRIMERA HIPÓTESIS:** Matrimonio celebrado en país extranjero;

**SEGUNDO SUPUESTO:** Dicho país sólo admite la simple separación personal;

**PRIMER CASO b):** El divorcio se decreta en otro país extranjero que admite el divorcio *a vinculo*;

**CUESTIÓN D):** Procedencia de un nuevo matrimonio en la Argentina.

**FÓRMULA:** *¿Puede cualquiera de los cónyuges de un matrimonio celebrado en un país extranjero que no admite el divorcio a vinculo y disuelto en otro que lo admite contraer un nuevo matrimonio en la República?*

1. — La misma hipótesis que hemos analizado y resuelto en el capítulo anterior puede sufrir una variante,

debida a la circunstancia de haberse celebrado el matrimonio en un país extranjero que no admite el divorcio absoluto y disuelto en otro que lo admite. (1)

(1) Un caso ventilado ante los tribunales de esta capital dió ocasión para que se desarrollaran las doctrinas de que informan las resoluciones que insertamos a continuación, del señor Juez de 1.<sup>a</sup> Instancia Dr. Arturo Seeber y de la Cámara primera de apelaciones en lo civil, que llevan respectivamente las fechas de Septiembre 20 de 1916 y Marzo 22 de 1917.

#### Sentencia de 1.<sup>a</sup> instancia

Autos y vistos: Considerando:

Que el recurrente manifiesta que su matrimonio con doña E. B. y F. tuvo lugar en España, habiéndose divorciado en la ciudad de Montevideo, según testimonios agregados; y con estos antecedentes pretende obtener del Juzgado la autorización necesaria para contraer enlace en esta ciudad con la señorita M. R., en vista de que el Jefe del Registro Civil se ha negado a realizar el acto.

Que si bien la legislación uruguaya, inspirada en las teorías modernas y más avanzadas, ha implantado el divorcio absoluto, autorizando así la disolución del vínculo matrimonial, nuestra ley civil, en cambio, ha mantenido como único efecto del divorcio la separación personal de los cónyuges, sin que se disuelva el vínculo. (Artículo 64 de la Ley de Matrimonio Civil).

Que, por otra parte, el artículo 13 del Tratado de Derecho Civil Internacional, firmado en la ciudad de Montevideo, establece que la ley del domicilio matrimonial rige la disolubilidad del matrimonio, siempre que la causal alegada sea admitida por la ley del lugar en el cual se celebró.

Que sin perjuicio de las disposiciones posteriores dictadas en la República Oriental del Uruguay, que han contrariado este último principio, es indudable que, conservando nuestra legislación el régimen de la indisolubilidad del matrimonio por el divorcio, el conjunto de las disposiciones aceptadas por medio de un Tratado que constituye una fuente de interpretación legislativa, demuestran que la disolución del matrimonio por divorcio sólo podrá tener efecto cuando coincidan las leyes del país en el cual se celebró el matrimonio y

Creemos que la circunstancia apuntada no hace variar fundamentalmente el caso anterior, y en consecuencia, contestamos afirmativamente. Del punto de vista de la legislación argentina, la cuestión es la misma y su solución, idéntica.

las de aquél en el cual se intenta la disolución, pues teniendo el marido la facultad de cambiar de domicilio, podría trasladarlo con el objeto de producir la disolución del vínculo, como ocurre actualmente con muchos matrimonios celebrados en la República, que se trasladan a Montevideo, para obtener el divorcio, no obstante el principio general aceptado de que la ley local debe ser la base que rija las relaciones matrimoniales y el vínculo mismo.

Que estas consideraciones son tanto más aplicables al caso actual, toda vez que se trata de un matrimonio celebrado en España, sobre la base de la indisolubilidad del vínculo por el divorcio y al que corresponde aplicar la ley del lugar de su celebración cuando se trata de disolverlo.

Por estas consideraciones y disposiciones legales citadas, no obstante lo dictaminado por el Agente Fiscal, y artículo 9, inciso 5, de la Ley de Matrimonio Civil, no ha lugar a la autorización solicitada.

#### Fallo de la Cámara

Buenos Aires, marzo 22 de 1917.

Reunidos los señores vocales para conocer del recurso interpuesto en este juicio, se planteó la siguiente cuestión a resolver:

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada de fs. 11 v.?

El señor vocal doctor Juárez Celman, dijo:

El artículo 160 del Código Civil establecía con toda claridad el principio del domicilio para juzgar los derechos y obligaciones de los cónyuges, con prescindencia de las leyes del lugar de la celebración; y en mi concepto, dicho principio se ha mantenido con el artículo 3º de la Ley de Matrimonio.

Esta es la regla general, sujeta a las limitaciones que la misma ley luego establece respecto de los derechos matrimoniales y personales de los esposos.

Sobre el punto en debate, es decir, sobre los efectos de la disolución del vínculo decretada en país extranjero, no en-

El principio de la indisolubilidad del vínculo matrimonial se aplica solamente a los matrimonios celebrados en la República (arts. 81 y 7º) y se opone a todos los que en ella gestionan el divorcio (arts. 64 y 82), el cual no produce ante nuestra ley el efecto de disolver el matrimonio.

cuentro otra excepción que la del artículo 7º, que inhabilita a los cónyuges para contraer segundas nupcias cuando el matrimonio se ha celebrado en el país; y aún para este caso se ha sostenido, con muy buenas razones, que dicha prohibición debe entenderse limitada a la posibilidad de un nuevo matrimonio en la República; pero ello no obsta a que las personas casadas aquí y divorciadas en Francia, por ejemplo, vuelvan a casarse allí.

Ahora bien, sea esto como fuere, lo que no admite duda es que el citado artículo 7º, al negar efecto a la disolución en país extranjero limitadamente a los casos de matrimonios celebrados en la República, implícitamente lo acuerda cuando el primer casamiento se contrajo en el extranjero; y ello resulta tanto más evidente como recta interpretación del pensamiento legislativo, si se considera que el precepto que sobre el particular contenía el Código Civil, negando eficacia a toda disolución no autorizada por él, se modificó en los términos que quedan referidos.

En el caso de autos, el recurrente se casa en España, luego cambia de domicilio y de acuerdo con las leyes de este último se divorcia en el República del Uruguay, de modo que por aplicación de los principios que nuestra ley consagra al punto, cuando después viene a la Argentina, se encuentra completamente desvinculado de su esposa y en aptitud de contraer matrimonio, por lo que la autorización solicitada debe concederse.

Como el señor juez "a quo" cita en su resolución el Tratado de Derecho Civil Internacional firmado en 1889 en Montevideo, quiero dejar constancia de que si el primer matrimonio se hubiese contraído en alguna de las naciones signatarias del mismo, la solución sería distinta, porque respecto de ellas rige el artículo 13 del Tratado, que en el inciso b) dice: "La indisolubilidad matrimonial, siempre que la causal alegada sea admitida por la ley del lugar en el cual se celebró".

Así, han podido decir nuestros Tribunales en uno de los casos cuya sentencia hemos transcripto en nota :

“No ocurre igual cosa cuando el matrimonio disuelto en país extranjero se ha celebrado en otro país extranjero. Entonces la soberanía nacional ya no está comprometida, desde que no son sus leyes las que han establecido el vínculo disuelto por las autoridades extrañas que entendieron en el divorcio o en la disolución por otro medio, del matrimonio anterior.

Lo único que a la ley argentina interesa respecto de los matrimonios celebrados en el extranjero, es su validez,

Ante un texto tan expreso, es claro que todos los matrimonios celebrados en la Argentina que se trasladan a Montevideo para obtener el divorcio, atribuyéndole al mismo un efecto no autorizado por nuestras leyes, realizan un acto nulo; y lo que más llama la atención es que encuentren amparo en jueces de derecho, que comprometen así la fe de las naciones, faltando abiertamente a lo pactado.

Voto, pues, por la revocación del fallo de primera Instancia.

El señor vocal doctor de la Torre dijo:

Las leyes y decisiones extranjeras contrarias al derecho público del país, a la religión del Estado o a la moral y las buenas costumbres, no tienen aplicación ni producen efecto en la República.

Esta razón fundamental inspira y sirve de base a la disposición legal en virtud de la cual la disolución en país extranjero de un matrimonio celebrado en la República, aunque sea de conformidad a las leyes de aquél si no lo fuera a las nacionales, no habilita a ninguno de los cónyuges para casarse. (Artículo 7º, Ley de Matrimonio Civil).

Pero, si según esta disposición, la disolución pronunciada en el extranjero, de un matrimonio celebrado en el país, no autoriza a los cónyuges a casarse de nuevo en él, si la disolución no ha sido pronunciada según las leyes nacionales, ¿qué deberá decidirse si los cónyuges o alguno de ellos, habiendo contraído matrimonio y divorciándose en el extranjero, pretendan, en virtud de ese divorcio, contraer una nueva unión en el país?

que reconoce sujeta a la ley del lugar en que se contrajo, no habiendo, fuera del caso de delito, incesto ni poligamia. Tan es así, que reconoce esa validez, aún cuando los contrayentes hubiesen dejado su domicilio por no sujetarse a las formas y leyes que en él rigen.

Desde otro punto de vista, y puesto que no está en tela de juicio la propia soberanía, para la autoridad argentina tan respetable es la ley del lugar de la celebración del matrimonio que establece su indisolubilidad, como la ley del domicilio de los cónyuges que pronunció el divorcio que autoriza la soltura.

Además, el extranjero casado fuera del país y que ha disuelto sus vínculos también fuera del país, no viene a colocarse bajo el amparo de las leyes nacionales en una

En mi opinión, en este último caso o sea en el de la disolución del anterior matrimonio por los jueces competentes del lugar del domicilio matrimonial "bona fide" de la primera unión, es perfectamente procedente la celebración de un nuevo matrimonio en la República, pues el artículo 7º ya citado se refiere sólo a la hipótesis de una demanda traída en el país, es decir, a un caso de disolución que haya de ser juzgado por jueces argentinos, pero no a la disolución juzgada de antemano en el extranjero por jueces igualmente extranjeros en materia de su competencia, cuya validez es regida, según los principios más comunes del derecho internacional, por la ley del domicilio matrimonial y cuyos efectos se extienden aún fuera de ésta, según las mismas reglas y principios.

Adhiero, en su consecuencia, al voto del señor vocal doctor Juárez Celman.

Los señores vocales doctores Repetto, Giménez Zapiola y Pera, por análogas razones a las aducidas por los señores vocales preopinantes, se adherieron a sus votos.

Por lo que resulta del acuerdo que procede, se revoca la sentencia apelada de fs. 11v., debiendo, por lo tanto, librarse oficio al Jefe del Registro Civil a fin de que autorice el matrimonio de don Juan Bautista Verdera y Carcellos con doña Margarita Romero.

condición que haga imposible su matrimonio, desde que nos llega con el estado civil que le atribuyen las leyes de su domicilio anterior.”

De la misma manera ha podido sostenerse en otra ocasión con respecto a la hipótesis que nos ocupa:

“Desde luego, la sentencia de divorcio dictada en país extranjero, cuya autenticidad y validez nadie ha discutido, debe producir entre nosotros todos sus efectos, porque no vulnera principio alguno de orden público nacional (artículo 5° Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo), y con tanta más razón cuanto establece una modificación en el estado y capacidad de los esposos divorciados (Baudry Lacantinerie, Droit Civil, IV, N1 394). Disuelto, pues, el matrimonio anterior por el divorcio “a vínculo” que establece la sentencia aludida de fs. 1 a 3, ¿en virtud de qué fundamento impediríamos al individuo así divorciado por sentencia inatacable del país del domicilio conyugal, la nueva unión matrimonial que proyecta?

Si no hay ley positiva que lo prohíba, razones de moral y buenas costumbres nos obligarían en cambio a admitirla, pues de otra manera habríamos sancionado, sin ley ni beneficio alguno para el orden social y la organización de la familia, el fenómeno insólito de condenar a un forzado celibato al hombre que, completamente libre de todo vínculo con su anterior esposa, por el hecho definitivo o sin recursos de una sentencia pronunciada fuera de la acción de nuestras leyes, viniera entre nosotros, amparándose en éstas últimas, a crear una nueva familia que reemplace a la que, organizada bajo una ley extraña, ha perdido irrevocablemente por la disolución absoluta del vínculo matrimonial que tribunales también extraños a los nuestros han decretado válidamente (véase sobre el punto de Weiss, Derecho Internacional Privado, tomo III, págs. 494 y 485.”

Infojus

2. — El fundamento de la opinión contraria, sustentada en la sentencia de primera instancia transcripta en la nota, es sencillamente el inciso 5º del art. 9 de la Ley de matrimonio, a saber, la existencia de un matrimonio anterior.

Indudable es, sin embargo, que las razones aducidas para justificar el fundamento propuesto son inconsistentes.

Ante todo, es inocuo en el caso poner en paragón la legislación uruguaya y la nuestra, para decir, como en la sentencia de primera instancia transcripta en la última nota:

“Que si bien la legislación uruguaya, inspirada en las teorías modernas y más avanzadas, ha implantado el divorcio absoluto, autorizando así la disolución del vínculo matrimonial, nuestra ley civil, en cambio, ha mantenido como único efecto del divorcio la separación personal de los cónyuges, sin que se disuelva el vínculo matrimonial”.

Y es improcedente, porque si bien nuestra ley consagra ese último efecto para los divorcios que se decreten por los tribunales argentinos, no lo atribuye a las judicialmente declarados en el extranjero.

Por eso dice con razón el vocal Dr. Juarez Celman:

“En el caso de autos el recurrente se casa en España; luego cambia de domicilio y, de acuerdo con las leyes de este último, se divorcia en la República Oriental del Uruguay, de modo que, por aplicación de los principios que nuestra ley consagra al punto, cuando después viene a la Argentina se encuentra completamente desvinculado de su esposa y en aptitud de contraer matrimonio, por lo que la autorización debe concederse. Como el señor juez *a quo* cita en su resolución el tratado de derecho civil internacional firmado en 1889 en Montevideo, quiero dejar constancia de que si el primer matrimonio se hubien contraído en alguna de las naciones signatarias

del mismo, la solución sería distinta, porque respecto de ellas rige el art. 13 del Tratado, que en el inciso b) dice: la disolubilidad matrimonial, siempre que la causa alegada sea admitida por la ley del lugar en el cual se celebró”.

Tampoco tiene valor la consideración fundada en la circunstancia de tratarse “de un matrimonio celebrado en España sobre la base de la indisolubilidad del vínculo por el divorcio” (1), porque el criterio de la aplicación

(1) Con posterioridad al caso que motivó la sentencia antes transcrita, prodújose el de que informa la que va a continuación, orientada en el sentido de la misma doctrina:

Buenos Aires, Junio 28 de 1920.

Autos y Vistos: Resultando: A fs. 7 se presenta don Eduardo Roldán y Ortega y expone: Que como lo comprueba con los testimonios legalizados que acompaña, había contraído matrimonio en España con doña Victoria Hernán, matrimonio que luego fué disuelto por divorcio en la República Oriental del Uruguay, según sentencia que en testimonio y debidamente legalizada también acompaña — ver fojas 4.

Que en tal situación y deseando contraer en esta República nuevo matrimonio con doña Rosa San Pedro Ybáñez, se presentó ante el oficial público encargado del Registro Civil de la Capital, munido de todos los antecedentes que ha agregado a estos autos, a fin de que se labrara la correspondiente acta de matrimonio, a lo que se negó el jefe del Registro, pues a su juicio debía solicitarse la autorización ante un Juez Civil, por tratarse de una sentencia de divorcio dictada en el extranjero, sobre cuyas formalidades ha de conocer la justicia ordinaria de la República.

Por lo expuesto pide que, previos los trámites legales y teniendo en cuenta que la disolución de su matrimonio es cosa juzgada por un juez competente y de que no se trata de la disolución de un matrimonio contraído en la República, se libre oficio al jefe del Registro Civil para que proceda a autorizar e inscribir su proyectada unión con doña Rosa San Pedro Ybáñez, mayor de edad y de este vecindario.

Corrido el trasaldo al señor Agente Fiscal por auto de fs.

de la *lex loci celebrationis* sólo inspira nuestra ley en cuanto haya de juzgarse la validez del matrimonio (art. 2) tratándose de los contraídos en el extranjero, y el divorcio, tratándose de los contraídos en el país (art. 7); pero no los caracteres del mismo cuando el matrimonio se ha celebrado en el extranjero.

9, éste se expide solicitando el rechazo de las pretensiones del presentante, de fs. 7, alegando que según lo establece el artículo 2 de la Ley de Matrimonio Civil, el matrimonio se rige por la ley del lugar en que se haya celebrado, aunque los contrayentes hubiesen dejado su domicilio para no sujetarse a las formas y leyes que en él rigen. Ahora bien, no admitiendo la Ley española el divorcio absoluto, sino simplemente la separación de cuerpos como la nuestra, el matrimonio del recurrente, no ha podido ser disuelto sino de acuerdo con los principios de la separación de cuerpos, quedando los cónyuges imposibilitados para contraer nuevo matrimonio. Agrega que si se admite la validez de un matrimonio con arreglo a la "lex loci", lógicamente también debe admitirse las consecuencias del acto y de su nulidad o disolución con arreglo a la misma ley que le dió nacimiento.

Que esa solución resulta también de la aplicación del Tratado de Derecho Civil Internacional suscripto en Montevideo, por cuanto dispone que la existencia y validez del matrimonio se rige por la ley del lugar en que se celebra.

*Y considerando:*

Si hubiera de resolverse la solicitud de que se trata con el criterio que suministraba el art. 165 del Código Civil, ninguna duda podría haber acerca de la procedencia de su rechazo. El art. 165 del Código era terminante; y la nota del codificador al citado artículo según el cual: "el matrimonio disuelto en territorio extranjero de conformidad a las leyes de ese mismo país, pero que no hubiera podido disolverse según las leyes de la República Argentina, no habilita a ninguno de los cónyuges para casarse", era aún más terminante, porque expresaba que: "si bien podemos tener por legítimo (el matrimonio) que se ha contraído en otro país, disuelto el vínculo de un primer matrimonio, no podemos consentir, que tales matrimonios se celebren entre nosotros".

De ahí que sea improcedente el argumento aducido por el señor agente fiscal en el segundo caso cuya sentencia se transcribe en nota y consistente en decir:

Pero a la luz de los principios eminentemente liberales que informan la nueva legislación sobre el matrimonio, es indiscutible que nada obsta a la resolución favorable al pedido y por ende al libramiento del oficio que se solicita al jefe del Registro Civil de la Capital.

La ley 4393 sobre matrimonio civil en su art. 7º establece que la disolución en país extranjero de un matrimonio *celebrado en la República Argentina*, aunque sea de conformidad a las leyes de aquel si no lo fuere a las de este Código, no habilita a ninguno de los cnyuges para casarse.

La diferencia entre el espíritu de la nueva ley y el de la antigua es también clara; la primera mira la cuestión relativa a un matrimonio anterior, con un criterio que la contempla desde el punto de vista particular de la soberanía de la Nación, mientras que el Código la afrontaba de una manera absoluta, cualquiera que fuese el país donde la celebración de ese matrimonio anterior, ya disuelto, hubiese tenido lugar.

Y se explica que así sea, porque para el estudio de esa ley, como lo decía el miembro informante de la Comisión de Legislación del Honorable Senado de la Nación, señor Rodríguez, al expedirse sobre el proyecto, "para estudiar esa ley, la Comisión de Legislación no ha consultado ninguna ley extranjera: sólo ha tenido en cuenta y se ha inspirado en los preceptos de la Constitución, porque, como argentinos, como legisladores, como representantes de la soberanía nacional en este Congreso, no reconocemos otra ley ni otra autoridad superior a la Constitución."

Por otra parte, se explicaría que no fuera dable autorizar un nuevo matrimonio en la República de cualquier hombre o mujer que hubiese ido a pedir su soltura a los tribunales de un país extranjero, cuando le ligaban los vínculos de un matrimonio anterior celebrado en la República.

En tales circunstancias, acordar esa licencia por las autoridades que administran justicia en nombre de la soberanía de la Nación Argentina, sería autorizar la burla de la misma.

No ocurre igual cosa cuando el matrimonio disuelto en país extranjero se ha celebrado en otro país extranjero. Entonces

“Que según lo establece el art. 2 de la ley de matrimonio civil, el matrimonio se rige por la ley del lugar en que se ha celebrado, aunque los contrayentes hubiesen dejado su domicilio para no sujetarse a las formas y leyes que en él rigen. Ahora bien, no admitiendo la ley española el divorcio absoluto, sino simplemente la separación de cuerpos como la nuestra, el matrimonio del recurrente no ha podido ser disuelto sino de acuerdo con los principios de la separación de cuerpos, quedando los cónyuges imposibilitados para contraer nuevo matrimonio. Si se admite la validez de un matrimonio con arreglo a la *lex loci*, lógicamente también deben admitirse las consecuencias del acto y de su nulidad o disolución con arreglo a la misma ley que le dió nacimiento”.

la soberanía nacional ya no está comprometida, desde que no son sus leyes las que han establecido el vínculo disuelto por las autoridades extranjeras que entendieron en el divorcio o en la disolución por otro medio, del matrimonio anterior.

Lo único que a la ley argentina interesa respecto de los matrimonios celebrados en el extranjero, es su validez, que reconoce sujeta a la ley del lugar en que se contrajo, no habiendo, fuera del caso de delito, incesto ni poligamia. Tan es así, que reconoce esa validez, aún cuando los contrayentes hubiesen dejado su domicilio por no sujetarse a las formas y leyes que en él rigen.

Desde otro punto de vista y puesto que no está en tela de juicio la propia soberanía, para la autoridad argentina tan respetable es la ley del lugar de la celebración del matrimonio que establece su indisolubilidad, como la ley del domicilio de los cónyuges que pronunció el divorcio que autoriza la solución.

Además, el extranjero casado fuera del país y que ha disuelto su vínculo también fuera del país, no viene a colocarse bajo el amparo de las leyes nacionales en una condición que haga imposible su matrimonio, desde que nos llega con el estado civil que le atribuyen las leyes de su domicilio anterior.

Aparte esta última deducción, que no se halla autorizada por el texto legal, la consideración que le procede queda desvirtuada, según lo hemos dicho, por la letra y el espíritu del artículo 2º de la Ley de Matrimonio.

3.—Invoca también el Juez el Tratado de Derecho civil de Montevideo, considerándolo como fuente de interpretación de la Ley de Matrimonio. Estamos ya habi-

Es bien sabido que el matrimonio está sujeto a la "lex loci", es decir, a la ley del lugar en que se celebró, en cuanto a su validez; pero esto no quiere decir que deba regirse también por esa ley en cuanto a su solubilidad o su insolubilidad, que se gobierna por la ley del lugar del domicilio de los cónyuges, siempre que la causal alegada para la disolución sea admitida por la ley argentina que rige el matrimonio.

Esta es la doctrina consagrada por el Tratado de Derecho Civil Internacional vigente en la República, invocado por el señor Agente Fiscal, que aunque no es de estricta aplicación al caso, por cuanto ese tratado no cuenta con la adhesión de España, sienta una norma a la que debemos atenernos.

Finalmente, cabe hacer notar que si en este caso no se ha exigido a la parte interesada y de acuerdo con el art. 13 del Cód. Civil, la prueba de la ley de matrimonio civil de la República Oriental del Uruguay en virtud de cuyas disposiciones se pretende contraer nueva unión, es porque ella ya ha sido producida ante nuestros Tribunales en un caso análogo, como es el de "Verdera y Carcellos don Juan Bautista" resuelto por la Exma. Cámara 1ª de Apelaciones en lo Civil, con fecha 22 de marzo de 1917 y que se ha tenido a la vista, razón por la cual, se hace innecesaria su nueva producción en el sub-lite, ya que no se ha alegado por ninguna de las partes que intervienen, que haya sufrido modificación alguna al respecto.

Por estas consideraciones, de acuerdo a la jurisprudencia anteriormente citada, y no obstante el dictamen del señor Agente Fiscal, resuelvo: Ordenar se libre el oficio pedido a fs. 7 a fin de que se inscriba la sentencia de divorcio cuyo testimonio obra a fs. 4 de estos autos y se celebre la nueva unión, siempre que no exista algún otro impedimento legal para esa celebración.—Uladislao F. Padilla.—Ante mí: Jorge Ferrari.

tuados a este criterio judicial, cuya reiteración en asuntos de esta y de otra índole no cubre su inexactitud, tratándose de casos que no caen bajo el régimen del Tratado.

Ante todo, no creemos judicialmente aceptable el interpretar un sistema legal por otro fundamentalmente diverso. De la misma manera que no es admisible, ni posible, interpretar las disposiciones de nuestro código en relación, por ejemplo, al régimen sucesorio en el orden internacional por los preceptos que el mencionado Tratado contiene a su respecto, porque han sancionado sistemas substancialmente distintos, consagrando uno el sistema de la unidad y otro el de la pluralidad de sucesiones, tampoco lo es en nuestro caso interpretar el sistema de la Ley por las cláusulas del Tratado, desde que éstas inspiran su criterio de solución en la aplicación del domicilio matrimonial, que aquella no tiene en ningún momento en cuenta.

No es una novedad que en muchas materias las divergencias, a veces inexplicables, entre nuestras leyes y los Tratados sancionados por el Congreso de Montevideo han creado una doble legislación nacional que los mismos jueces deberán aplicar según los casos.

En segundo lugar, debe tenerse presente que la aplicación del criterio consagrado en el tratado de Montevideo, como el Tratado mismo, sólo procede en los casos en que se trate de matrimonios celebrados en alguno de los países signatarios, pues respecto de ellos se legisla y no para los que se contraen en otro país. Teniendo presente esta consideración, no es posible hacer extensivo a cualquier caso, — como lo hace el juez en el fallo a que aludimos, — el principio de que “la disolución del matrimonio por divorcio sólo podrá tener efecto cuando coincidan las leyes del país en el cual se celebró el matrimonio y las de aquel en el cual se intenta la disolución”, que es el principio consagrado por el aludido Tratado, y sólo en mérito de que él lo consagra.

En el caso mencionado al principio de este párrafo y cuya solución hemos transcripto en nota, tratábase de un matrimonio celebrado en España y disuelto *a vinculo* en la República Oriental del Uruguay. Nada tiene que hacer aquí el tratado de Montevideo, en cuanto a la procedencia o no del divorcio, que sólo ha podido contemplarse del punto de vista de la ley uruguaya; nada tiene que hacer tampoco en cuanto a la validez del divorcio mismo, desde que el matrimonio disuelto procede de un país extraño a la convención, y el art. 13 del Tratado, al exigir, en cuanto a la causal invocada, coincidencia entre la ley del *domicilio matrimonial* y del *lugar de la celebración*, entiende que uno y otro se hallan en naciones signatarias del mismo; en cuanto a los efectos que el divorcio declarado en Montevideo puede tener en nuestro país son, en el caso, efectos artibuidos al acto, no por el Tratado, sino por la ley uruguaya, y reconocidos en virtud de principios generales del derecho internacional privado. (1)

(1) Este criterio ha sido aplicado en un caso presentado ante nuestros tribunales, en que el juez adhirió en un todo a la siguiente vista fiscal:

“Señor Juez: E. M., fs. 4, se presenta ante V. S. y manifiesta que, de acuerdo con lo prescripto por el art. 41 de la ley de matrimonio, viene a solicitar que el juzgado se sirva ordenar al jefe de la sección 20 del Registro Civil de esta capital, proceda a la celebración del matrimonio que pretende contraer, si no existiera otra causal de negativa que la expresada en el escrito, esto es, el matrimonio anterior del solicitante, a que se refiere el testimonio acompañado, de fs. 1 a 3.

De la relación que hace el interesado, confirmada luego por el señor Director General del Registro Civil en su informe (fs. 12 a 14), resulta, en efecto, que el señor Jefe de la mencionada sección 20, se negó a efectuar el enlace del recurrente, fundado en que éste era casado en Italia (su patria) y divorciado en Montevideo y no estar, por consiguiente, habilitado para contraer el segundo matrimonio, desde el punto de vista

4. — En conclusión, pues, cualquiera de los cónyuges provenientes de un matrimonio celebrado y disuelto fuera de la República pueden contraer un nuevo matrimonio en ésta.

de las leyes que la repartición pública de que se trata debe aplicar (art. 9º, inc. 7º y 64, 81 y 82, de la ley de matrimonio). El señor Director invoca también en su informe referido, el art. 13, inc. b, del Tratado de Derecho Civil Internacional, llamado de Montevideo, que es ley de la República.

Se plantea, pues, ante V. S. el segundo caso, que yo conozco, de los efectos o alcance ante la ley argentina del divorcio pronunciado por los tribunales uruguayos de un matrimonio celebrado en el extranjero.

Y bien, señor Juez: considero que el punto en debate se halla resuelto en forma categórica por nuestra legislación positiva, coincidente por lo demás con la doctrina imperante sobre la materia en el campo del Derecho Internacional Privado.

La Exma. Cámara Civil 1ª en el caso Vendera y Corcellos, marzo 22 de 1917, confirma esta conclusión con la autoridad del voto unánime de sus miembros, adhiriéndose a los fundamentos legales expuestos por los Camaristas doctores Juárez Ceïman y de la Torre.

Desde luego, la sentencia de divorcio dictada en país extranjero, cuya autenticidad y validez nadie ha discutido, debe producir entre nosotros todos sus efectos, porque no vulnera principio alguno de orden público nacional (artículo 5º Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo), y con tanta más razón cuanto establece una modificación en el estado y capacidad de los esposos divorciados (Baudry Lacantinerie, Droit Civil, IV, Nº 394). Disuelto, pues, el matrimonio anterior por el divorcio "a vínculo" que establece la sentencia aludida de fs. 1 a 3, ¿en virtud de qué fundamento impediríamos al individuo así divorciado por sentencia inatacable del país del domicilio conyugal, la nueva unión matrimonial que proyecta?

Si no hay ley positiva que lo prohíba, razones de moral y buenas costumbres nos obligarían en cambio a admitirlas, pues, de otra manera habríamos sancionado, sin ley ni beneficio alguno para el orden social y la organización de la familia, el fenómeno insólito de condenar a un forzado celibato al hombre que, completamente libre de todo vínculo con su anterior espo-

Hemos tenido en cuenta, al llegar a esta solución, la ley del lugar de celebración del primer matrimonio y la del país de su disolución; no nos ha preocupado la del domicilio de los esposos.

sa, por el hecho definitivo y sin recursos de una sentencia pronunciada fuera de la acción de nuestras leyes, viniera entre nosotros, amparándose en éstas últimas, a crear una nueva familia que reemplace a la que, organizada bajo una ley extraña ha perdido irrevocablemente por la disolución absoluta del vínculo matrimonial que tribunales también extraños a los nuestros han decretado válidamente (véase sobre el punto de Weiss, Derecho Internacional Privado, tomo III. págs. 484 y 485).

Es de tal fuerza este argumento, que aún los tribunales italianos (el peticionante era casado en Italia), han debido declarar, que: "el divorcio pronunciado en el extranjero por la autoridad competente, en los términos de la convención de La Haya (arts. 5º y 7º), produce sus efectos, aún entre "esposos originariamente italianos"; pero que se debe "tener por nulo como contrario al orden público internacional" la obligación de celibato que la sentencia extranjera ha podido imponer a uno de los esposos divorciados". (Weiss, obra citada, pág. 713, nota 3a).

He dicho que la sentencia invocada en estos autos fs. 1 a 3, surte en el país todos sus efectos, porque al estatuir nuestra ley civil (art. 3º de la de Matrimonio) que los derechos y las obligaciones de los cónyuges "son regidos por las leyes de un República, mientras permanezcan en ella, cualquiera que sea el país en que hubieran contraído matrimonio", ha adoptado sin duda alguna como principio general para reglar los derechos y obligaciones de los cónyuges de domicilio, salvo naturalmente las limitaciones expresas que ella misma prescribe en los subsiguientes artículos y en algunos más del cuerpo de la mencionada ley (ver voto del doctor Juárez Celman, en el fallo citado).

Entonces, para que cualquiera de los esposos divorciados en el país de su domicilio según las leyes vigentes en el mismo y por jueces competentes, estuviera incapacitado entre nosotros para contraer un nuevo matrimonio, sería necesario que los efectos del divorcio decretado según las leyes del domicilio conyugal estuviesen restringidos por las excepciones que nuestras leyes estatuyesen de modo expreso y positivo.

Y no nos ha preocupado, porque nuestra ley no le atribuye importancia alguna para llegar a las soluciones que establece, desde que ha adoptado el principio territorial, tanto relativamente al matrimonio como con referencia al divorcio. En cuanto al primero, el art. 2º, según hemos

Es precisamente lo que no ocurre.

Así, por el contrario, la única excepción restrictiva de la regla enunciada se refiere a la disolución en país extranjero de un matrimonio celebrado en la república, inhabilitando a los cónyuges para casarse de nuevo.

No podría discutirse que la excepción importa alejar toda duda sobre la vigencia del principio general, cuando se trata un matrimonio celebrado en la República, pues de otra manera habría sido inoficiosa la reforma del precepto anterior que contenía el art. 165 del código civil en los términos actuales del art. 7º de la ley de matrimonio, cuya exégesis fundada y precisa se ha hecho en autos por el distinguido letrado patrocinante.

Si, pues, no cabe oponer como impedimento el matrimonio anterior (art. 9, inciso 5º, Ley de Matrimonio) que ya no existe por efecto de la sentencia extranjera que obra en autos, no puede invocarse el art. 7º de la Ley de Matrimonio, puesto que la disolución que consagra la sentencia invocada no se refiere a un matrimonio que se hubiera celebrado en la República Argentina, quiere decir entonces que cuando, como en el caso de autos, el primer casamiento se contrajo en el extranjero, el mismo art. 7º (implícitamente) admite la procedencia de un nuevo matrimonio en la República.

La referencia que se hace por el señor Director General del Registro Civil al art. 13, inc. b., del Tratado de Derecho Civil Internacional, no puede aplicarse en el sub-lite, por cuanto el país en que se celebró el primer matrimonio no figura entre los signatarios de aquel tratado.

Por estas consideraciones y las muy autorizadas que se mencionan en autos, de los señores Zeballos y Weiss, soy de dictamen de que V. S. debe librar el oficio que se solicita en el escrito de fs. 4.

Firmado: *Isaac Arriola.*

TESTIMONIO. — Buenos Aires, febrero quince de mil novecientos diez y ocho. — Autos y vistos: Atenta las considera-

visto, hace regir por la *lex loci celebrationis*, sin distinguir entre forma y capacidad, la validez del matrimonio; en cuanto al segundo, el art. 7° alude sólo a la ley del país extranjero de la disolución; el 82, a la del lugar de celebración del matrimonio, leyes a las cuales opone la ley argentina.

No variaría, pues, a nuestro juicio, la solución afirmativa que hemos dado al caso planteado, aún cuando supusiéramos que el cónyuge tenía su domicilio en la República a la época de la celebración del segundo matrimonio en el extranjero. (1)

Tomando en cuenta este factor del domicilio, se plantea el siguiente caso: “Sea, desde luego, el caso matrimonial que llamaremos G. Este señor, de nacionalidad francesa, casado en Francia, obtuvo en su patria el divorcio *a vinculo*. Con arreglo a la ley francesa, quedaba

ciones aducidas en el dictamen precedente y escrito de fs. cuatro, que se reproducen por estar de acuerdo con las leyes y jurisprudencia vigentes, líbrese oficio al señor Jefe de la Sección veinte del Registro Civil, a fin de que proceda a celebrar el matrimonio de don E. M., si no hubiese otro impedimento que el matrimonio anterior de que instruye el testimonio acompañado. Rep. las fojas y archivos. — F. M. COLOMBRES. — Antemí: Manuel C. Olmos.

(1) Estamos en desacuerdo, por lo tanto, con la opinión de Zeballos, quien, analizando las soluciones de Machado y Llerena, — WEISS-ZEBALLOS, *Manual de Derecho Internacional privado*. vol. II. 1912, nota de la pág 118 — considera que han tratado la cuestión de un punto de vista demasiado general, sin detenerse en los motivos que en materia de derecho internacional privado son siempre importantes y modifican a menudo las soluciones; agregando: “ellos prescinden, en efecto, de este hecho capital: los contrayentes estaban domiciliados en la República en el momento de la celebración francesa. ¿Es éste un matrimonio celebrado *in fraudem legis*? Ya hemos tratado la materia, en páginas anteriores, decidiéndonos en oposición a las leyes y a los autores que se pronuncian por la nulidad de tales matrimonios”.

en libertad de contraer un nuevo matrimonio. En la época del divorcio tenía, sin embargo, su domicilio en Buenos Aires, República Argentina. En dicha ciudad, en efecto, había establecido permanentemente su familia y su casa de negocio. (Cód. civ., art. 89, 92, 93). Tornó a Buenos Aires, y decidió contraer matrimonio con una señorita argentina, lo cual le pareció prohibido por el código civil (Art. 238 y 239). En consecuencia, los prometidos abandonaron la República al solo efecto de contraer el matrimonio, lo celebraron en Francia y tornaron a su domicilio en Buenos Aires. ¿Es válido este matrimonio? Se trata de un verdadero conflicto entre la ley argentina y la ley francesa” (1)

Repetimos: el factor domicilio no tiene influencia alguna en la solución, y para la ley argentina no hay tal conflicto. Basta recordar que la validez del matrimonio se juzga en la República por la ley del lugar de la celebración, *aunque las partes hayan dejado su domicilio para no sujetarse a las formas y leyes que en él rigen*. No interesa, pues, el país de ese domicilio. No hay fraude a la ley. La libertad individual es respetada por el texto expresamente.

¿Subsiste acaso el matrimonio anterior, que no permitiría considerar válido el nuevo matrimonio, según el inc. 5 del art. 9? Ya hemos dicho que no hay punto alguno de contacto entre ese matrimonio anterior y nuestras leyes; y en cuanto a la disolución, ella pudo efectuarse y se efectuó *de conformidad a la ley del país en que se había celebrado el matrimonio*. (Art. 82).

Solamente se consideraría subsistente el matrimonio anterior si él hubiera sido celebrado en la República, según el art. 7°.



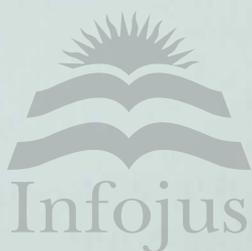
(1) WEISS—ZEBALLOS, nota cit. pág. 117.

Por eso conceptuamos improcedente hoy decidir (1) que existe bigamia cuando se ha contraído un segundo matrimonio previa disolución del primero celebrado fuera del país, argumentando que: “el matrimonio por nuestro código no puede disolverse sino por la muerte; si el casado en país extranjero pudo disolver el que contrajo válidamente según las leyes del país en que lo celebró, ese matrimonio existe para la República. Si admitiéramos el principio contrario, resultaría que el casado en la República podría ir a un país extranjero donde la disolución es admitida y disolviendo el contraído, volverse a casar con arreglo a las leyes de su país. La bigamia existe cuando se ha contraído segundo matrimonio sin que el primero se haya disuelto, y como en nuestro caso el art. 7° de la ley de matrimonio (165 del cód. civil) dice terminantemente que esa disolución no tiene efecto si por las leyes de la República no ha podido tener lugar, resultaría que en el caso propuesto habría bigamia y sería regido por la disposición del art. 10”.

Esta argumentación se apoya en una inteligencia equivocada del artículo 7° de la ley actual, cuyo alcance se confunde con el de la disposición correspondiente del código civil; y ya hemos dicho que entre uno y otro precepto hay una diferencia fundamental. La solución se justificaba ante el artículo 165 del código; modificado éste, ella carece de fundamento.

Esta solución es, sin duda, armónica con la que se atribuye al caso del ejemplo, dando valor al factor domicilio; pero siendo válido ante nuestra ley el matrimonio a que él alude, no puede afirmarse que exista bigamia.

(1) Así lo deciden LEGUIZAMON y MACHADO, *Notas al código civil*, pág. 399 y sig.



SISTEMA ARGENTINO DE  
INFORMACIÓN JURÍDICA

## CAPÍTULO CUARTO

---

### Divorcio y nuevo matrimonio en el extranjero

---

SUMARIO: 1. Razones de la conclusión afirmativa. Importancia de la reforma del código — 2. El sistema de Freitas. Fundamental diferencia con el de nuestra Ley de Matrimonio. — 3. Niégase la influencia que se atribuye a la ley personal en la solución del caso planteado. Fundamentos.

---

**PRIMERA HIPÓTESIS:** Matrimonio celebrado en país extranjero;

**PRIMER SUPUESTO:** El país extranjero admite el divorcio *a vinculo*;

**PRIMER CASO:** El divorcio se produce en país extranjero;

**CUESTIÓN C):** Legitimidad de un nuevo matrimonio por cualquiera de los cónyuges en el extranjero.

**FÓRMULA:** *¿Es válido ante nuestras leyes el matrimonio celebrado en país extranjero por el cónyuge proveniente de otro anterior también celebrado y disuelto en país extranjero que admite el divorcio a vinculo?*

1. — La solución que ha merecido el caso formulado en el capítulo anterior se impone igualmente en el presente; la respuesta afirmativa que, a nuestro juicio, debemos

dar al interrogante por aquél sugerido, cabe también, y con mayor razón, en éste, porque, fuera de toda duda, si es permitido a cualquiera de dichos cónyuges contraer un nuevo matrimonio en la República, con mayor razón será en ésta considerado válido el que contraigan en el extranjero. Por otra parte, ésta era también la solución que daba el mismo codificador, cuando, según hemos visto anteriormente, decía en la nota al art. 165 “podemos tener por legítimo el matrimonio contraído en otro país, disuelto el vínculo del primero”, aunque la doctrina del código no permitía que tales matrimonios se celebrasen en la República con efectos civiles.

Si bien esta última parte de la interpretación no es hoy admisible ante la reforma legal, cuyo alcance hemos examinado, puede quedar subsistente la primera, pues ella se impone naturalmente en presencia de los términos empleados por el texto actual.

El caso supuesto se halla fuera del alcance del artículo 7°, que se refiere a un matrimonio disuelto en el extranjero, pero *celebrado en la República*; de ahí que la afirmativa por la cual nos decidimos sea inatacable. Claro es que el nuevo matrimonio ha de ser contraído de acuerdo con las exigencias legales del lugar o país de la celebración, para respetar el artículo 2° de nuestra ley, que, manteniendo en lo fundamental el principio que sancionaba el artículo 159 del código, dispuso que “la validez del matrimonio; no habiendo ninguno de los impedimentos establecidos en los incisos 1, 2, 3, 5 y 6 del artículo 9°, será juzgada en la República por la ley del lugar en que se haya celebrado, aunque los contrayentes hubiesen dejado su domicilio para no sujetarse a las leyes y formas que en él rigen”.

La interpretación correcta del término *validez* que esta disposición emplea y las propias palabras finales de la misma demuestran claramente que en los diversos casos que hemos analizado, si han de juzgarse por aplica-

ción de nuestra ley de Matrimonio, es absolutamente innecesario tener en cuenta el *domicilio* anterior o actual de los esposos, pues ella somete la capacidad para contraer matrimonio al régimen de la ley del lugar de la celebración.

En otra oportunidad nos hemos ocupado de este tema y hemos demostrado que ese y no otro es el alcance del artículo 2º, en su letra y en su espíritu, sin que ni éstos ni la letra y el espíritu del art. 159 del código civil, autoricen a estudiarlos e interpretarlos en combinación con los artículos 6 y 7 del último, porque no pueden considerarse como elementos de un solo y mismo sistema jurídico. Son disposiciones que, inspiradas en principios o tendencias científicas diferentes, pertenecen a sistemas también diversos. (1)

Consideramos, pues, de todo punto inconsistente e infundado argumentar que “no es posible interpretar los artículos del código civil y de la ley de matrimonio considerándolos aisladamente; *es necesario considerarlos como elementos de un sistema jurídico completo*. Desde luego, el código civil de la República Argentina *adoptó el sistema de domicilio atemperado por la personalidad de la ley, para regir el estatuto personal, los derechos de*

(1) En el vol. 1 de mis *Cuestiones de Der. Internac. priv.*, pág. 153, expongo y fundo mi opinión de que no puede aplicarse al estudio de estas disposiciones el criterio de coordinación mencionado en el texto. El Dr. VICO, op. cit. pág. 200, se adhiere a esta opinión, rechazando la interpretación de Zeballos, quien “no se desentiende de la palabra *leyes* agregada a *formas* en el art. 2º, pero explica esto por medio de un reenvío diciendo que cuando se trata de un matrimonio celebrado en la República, las formas y leyes que en él rigen son las que determinan los artículos 6 y 7 en cuanto a la capacidad; y en consecuencia, el art. 2 de la ley de matrimonio reenvía a los artículos 6 y 7 del código.”—SEGOVIA, examinando las disposiciones del Tratado de Montevideo, — *El Der. Int. Priv. y el Congr. de Mont.*, pág.

*familia y la sucesión.* Según los arts. 6 y 7, la capacidad o incapacidad de las personas, sean nacionales o extranjeras, se juzgan según las leyes de su domicilio respectivo, aún cuando se trate de actos ejecutados o de bienes existentes fuera de él. Luego, el matrimonio de las *personas domiciliadas en la República Argentina* está sometido a la ley de capacidad mencionada. He ahí la regla general. En cuanto al matrimonio, el art. 159 del código ha establecido una excepción.” (1)

Huelga decir que si esta excepción se supone establecida para la capacidad, queda destruída la interpretación que le precede, por más que se quiera sostener ésta afirmando que “la ley del lugar de la celebración coincide ordinariamente con la del domicilio”, porque esta coincidencia será meramente accidental y no puede constituir la base del sistema.

Por eso no aceptamos la opinión que en su comentario al artículo 2° y los correlativos de la Ley de Matrimonio sostiene el Dr. Machado, en cuanto acuerda al factor del domicilio un valor necesario en la determinación del alcance del término *validez* y en la solución de los casos planteados; opinión que, si bien se justifica ante las dis-

16,—justifica la solución por él aceptada de regir por la ley del lugar de la celebración la forma y la capacidad, diciendo: “Se hace aquí una excepción a la preferencia acordada a la ley del domicilio respecto de la capacidad. Esta excepción, que tiene sus restricciones, se explica por muy buenas razones y se justifica y encuadra perfectamente en mi sistema, pues, en definitiva, no se hace sino dar eficacia a la voluntad de las partes en materia que favoreciéndoles sobre manera, no perjudica al interés general. Siendo especialísima esa voluntad y en materia de tamaña trascendencia para el hombre, debe primar sobre la voluntad manifestada de un modo general de someterse al derecho de una nación por el hecho de domiciliarse en ella”.

(1) *Bulletin Argentin de Droit Int. Privé*, artículo sobre la codif. del D. I. P. en las Conf. de La Haya, E. S. ZEBALLOS, pág. 509.

Infojus

posiciones pertinentes del Proyecto de Freitas, no es admitida ni por la letra, ni por el espíritu de las que contiene nuestra Ley de Matrimonio.

El uno y la otra imponen la conclusión de que la ley del lugar de la celebración rige la capacidad de los contrayentes, no existiendo ninguno de los impedimentos del art. 9° que el art. 2° señala.

2. — Freitas, en efecto, tiene expresamente en cuenta el domicilio de los contrayentes, y distingue, a los efectos del régimen, lo que se refiere a los impedimentos por incapacidad de hecho y de derecho de lo que se refiere a las formas de la celebración, para someter la primera a una ley y las últimas a otra, según sean los lugares del domicilio y de la celebración. De este modo, en los artículos 1254 y siguientes plantea los distintos casos de esta manera :

1° Matrimonio celebrado en el Imperio entre personas domiciliadas en él, nacionales o extranjeras (Art. 1254) ;

2° Matrimonio celebrado o a celebrarse en el Imperio entre personas o con persona no domiciliada en él, nacionales o extranjeras (Art. 1255) ;

3° El mismo caso anterior entre personas extranjeras (Art. 1256) ;

4° Matrimonio celebrado fuera del Imperio, entre personas no domiciliadas en él, nacionales o extranjeras (Art. 1258) ;

5° El mismo caso anterior, siendo ambos cónyuges católicos y ambos o uno de ellos brasileños (Art. 1259) ;

A estos diversos casos aplica Freitas diversos criterios de solución. Así :

A) — En el primero, somete a las leyes del código tanto los impedimentos como las formas de celebración (arts. 26, 29, 849, 850 y 851).

B) — En el segundo, los impedimentos por incapacidad de los cónyuges o del no domiciliado, a las leyes

de su domicilio, y los impedimentos por incapacidad de derecho y la forma, a las leyes del código, (arts. 27, 29, 850 y 851).

C) — En el tercero, acepta los efectos civiles del matrimonio cuando, de acuerdo con los tratados, se hubiese celebrado en forma diversa;

D) — En el cuarto, somete los impedimentos por incapacidad de los cónyuges o del domiciliado en el Imperio y por incapacidad de derecho a las leyes del código (arts. 26, 29, 849 y 850) y la forma, a las leyes y usos de lugar de la celebración;

E) — En el quinto, los impedimentos por incapacidad de derecho, a las leyes del Código (arts. 29 y 850), y la forma a las leyes y usos del lugar de la celebración;

F) — En el sexto, el matrimonio civil no produciría efecto en el Imperio mientras no fuera celebrado nuevamente ante la Iglesia Católica.

Ante un sistema minucioso y explícito como éste, es indudablemente correcto sostener la influencia del domicilio en la solución de las diferentes situaciones planteadas. Pero nuestro código, no sólo no lo formuló, sino que evidentemente adoptó un criterio simple y diverso, ajeno al consagrado con relación a la capacidad de las personas, cuyo régimen, tratándose del matrimonio, corresponde a la ley del lugar de la celebración; y lo que decimos del Código lo decimos también de la ley de matrimonio.

A esta conclusión se llega, además, por el examen de las disposiciones del Tratado de Lima y del de derecho civil de Montevideo: el primero, *distinguiendo expresamente* entre la validez del matrimonio y la *capacidad* para contraerlo (arts. 7 y 10); el segundo, sometiendo *expresamente* la capacidad y la forma a la ley del lugar de celebración, (art. 11).

3 — Siendo esto así, tampoco en el caso que examinamos tendría influencia alguna la circunstancia de que los contrayentes tuvieran su domicilio en la República al celebrar el segundo matrimonio, porque no podría aplicárseles el art. 6° del código civil. De ahí que conceptuamos erróneo el siguiente comentario de Machado al art. 2° de la Ley de Matrimonio: “Siendo el contrato de matrimonio uno de los más importantes de la vida humana, las naciones se han empeñado en darle bases comunes para que su validez no sea alterada; en ese sentido sólo se exigen aquellas condiciones que se encuentran dentro del orden moral y que son comunes a los pueblos civilizados. Así en el matrimonio de un extranjero no domiciliado en la República, el oficial público sólo debe exigir que se le demuestre su capacidad con arreglo a la ley de su domicilio.”

Esto equivale a afirmar que nuestras leyes exigen en los domiciliados en la República que contraen matrimonio en el extranjero la capacidad que ellas imponen; lo cual es contrario al artículo 2° de la Ley, que admite la validez del mismo aunque las partes abandonen su domicilio para eludir las *formas y las leyes* que en él rigen.

No creemos, por otra parte, que sea menester en el caso, para arribar a la conclusión que sentamos, formular para él una excepción a la regla de capacidad sentada en el art. 6° del código, dado el alcance de nuestra doctrina. Para nosotros, la solución se impone sin esfuerzo, natural y lógicamente; y tan justificada está ella, que quienes sostienen una doctrina contraria a la nuestra en la interpretación del art. 2° se ven precisados a afirmar, en el caso que nos ocupa, la procedencia de establecer una excepción especial. Así, Zeballos terminando su nota ya recordada (1), concreta su opinión

(1) *Op. cit.* pág. 123.

con estas palabras: “Pensamos que las opiniones extractadas no son definitivas, pues no han examinado todos los términos de la dificultad. Debe recordarse que si admitimos la validez de un matrimonio con arreglo a la *lex loci*, debemos admitir también lógicamente las consecuencias o efectos del acto o su disolución con arreglo la misma ley que le dió nacimiento. Tal es el sistema de la ley de la celebración. Nos decidimos, por consiguiente, de acuerdo con las doctrinas dirigentes en nuestro país en la materia, por la reforma del art. 159, de modo que los matrimonios del caso G. sean válidos, y que la facultad de abandonar el domicilio para substraerse a sus leyes no reconozca limitaciones y sea una excepción a la regla general de capacidad del art. 6.”.

Dentro de nuestro criterio interpretativo, los matrimonios del caso G., a que se alude, son válidos por mandato expreso de la ley, según ya lo hemos demostrado, y creemos que no es menester, para alcanzar tal solución, introducir una excepción en la doctrina legal.



## CAPÍTULO QUINTO

### Conversión de la separación personal en divorcio absoluto

SUMARIO: 1. — Posibilidad y modalidades de la situación planteada. — Ausencia de disposición expresa. — 2. Un caso de jurisprudencia. — 3. Crítica de que ha sido objeto. — 4. Nuestro análisis y nuestra opinión. — a) Nacionalidad de la mujer casada en Chile; b) La ley personal y la *lex fori*; c) La autoridad internacional de la cosa juzgada; d) Doctrina y jurisprudencia; e) Los tribunales franceses respetaron la cosa juzgada; f) Validez de la conversión.

**PRIMERA HIPÓTESIS:** Matrimonio celebrado en *país extranjero*;

**SEGUNDO SUPUESTO:** El país extranjero no admite el divorcio *a vinculo*;

**CASO 2:** El divorcio se gestiona y declara en la República Argentina;

**CUESTIÓN B:** Procedencia del divorcio *a vinculo*, en país extranjero.

**FÓRMULA:** *¿Pueden los tribunales extranjeros convertir en divorcio absoluto una separación de cuerpos decretada por los nuestros de un matrimonio celebrado en país extranjero?*

1.—La posibilidad de esta situación se justifica por la existencia, en algunos códigos, de una disposición que autoriza la conversión de la separación personal ya de-

cretada en divorcio *a vinculo*. Tal ocurre con el código francés, que en su artículo 310 preceptúa “Cuando la separación de cuerpos haya durado tres años, la sentencia será de derecho convertida en sentencia de divorcio, presentando demanda en tal sentido uno de los esposos.” (*Ley de 6 de Junio de 1908*). Análoga disposición existe en la ley de divorcio de la República Oriental del Uruguay, cuyo art. 6 dispone: “Transcurridos tres años de una sentencia de separación personal, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar la conversión en divorcio basándose en la sentencia. Solicitada la conversión, debe concederla el juez de plano, notificando la sentencia al otro cónyuge personalmente o por edicto en su caso.” (*Ley de 1910*).

La situación planteada puede presentarse en dos supuestos:

1º—En el de que el matrimonio se haya celebrado en un país extranjero;

2º—En el de que la celebración del mismo haya tenido lugar en la República Argentina.

Las circunstancias aludidas caracterizan fundamentalmente las situaciones propuestas y es preciso no perderlas de vista. En principio, si no es admitida la declaración del divorcio absoluto por jueces extranjeros, será inadmisibles en los mismos casos la conversión en divorcio absoluto de una separación personal, siendo la inversa igualmente aceptable; de lo cual deriva que sobre la cuestión que encabeza este capítulo quepan soluciones afirmativas y negativas, y ellas dependerán en cada caso del origen del vínculo matrimonial y de la separación decretada, por una parte, y del país en que la conversión se decreta, por otra; país éste que puede ser o no alguno de los signatarios del Tratado de derecho civil de Montevideo.

Corresponde tratar del segundo aspecto del problema al analizar los casos de la *tercera hipótesis*, en los que se trata de matrimonios celebrados en nuestro país;

casos que deben ser juzgados y solucionados, según las circunstancias particulares, por aplicación de nuestra Ley de matrimonio o muy especialmente de las cláusulas del tratado de Montevideo.

Ocupémonos, pues, ahora del primero.

Hemos de comenzar por decir que no hay en nuestra Ley de matrimonio disposición expresa que resuelva la situación supuesta, no obstante lo cual creemos que puede llegarse a la solución aplicando los principios generales que han sido dilucidados con motivo de las situaciones antes examinadas.

2.—Coincidiendo con nuestra hipótesis, la jurisprudencia registra un caso estudiado y fallado sucesivamente por los tribunales argentinas y franceses. (1)

Una señora de nacionalidad francesa contrajo matrimonio en Chile con un señor chileno; domiciliados luego en Buenos Aires, obtuvieron divorcio en esta ciudad por sentencia de 18 de Abril de 1895, dictada por la Cámara Civil de Apelaciones. La esposa divorciada se trasladó a Francia, y allí, fundándose en el art. 310 del código civil que hemos transcripto anteriormente, solicitó y obtuvo la conversión en divorcio *a vinculo* de la separación personal decretada por nuestros tribunales.

La sentencia del tribunal del Sena, dictada el 13 de diciembre de 1898, dice:

“Considerando que un fallo de la Corte de Apelaciones de Buenos Aires, contradictoriamente dictado en fecha de 18 de Abril de 1895, ha pronunciado el divorcio entre los esposos P. V. a pedido y en favor del marido, en razón de la conducta de la Sra. P.; que esta decisión no es susceptible de recurso alguno; que el divorcio, según la legislación de la República Argentina, no destruye

(1) Ve. J. D. I. P., Clunet, 1902, pág. 579.

el vínculo matrimonial, sino que simplemente produce los efectos de la separación de cuerpos; que la separación ha durado tres años, sin que ningún acercamiento haya tenido lugar entre los esposos, y que la naturaleza de la causa elimina toda posibilidad de futura reconciliación; teniendo en cuenta que la señora X. puede ejercitar el derecho que acuerda el art. 310 del código civil; que de acuerdo con los términos de la ley chilena, la mujer extranjera que casa con un chileno, no adquiere por ello la nacionalidad de éste; que habiéndose conservado francesa la señora X. puede acudir a los tribunales franceses, de acuerdo con el artículo 14 del código civil. Considerando, por una parte, que la separación ha sido pronunciada por causa y en contra de la mujer y que, por otra parte, esta demanda ha sido introducida en su interés personal y exclusivo. Por estos motivos: Declara convertida en sentencia de divorcio, a título francés, el fallo de la cámara de Buenos Aires, que decretó la separación de cuerpos entre los esposos. . . .”

Si bien esta sentencia puede considerarse desde los dos puntos de vista legislativos francés y argentino, es éste el que nos interesa particularmente. No obstante, nos ocuparemos de ambos.

3.—Examinando la solución del Tribunal del Sena, se la ha calificado de extraordinaria y se la ha combatido (1) con los siguientes argumentos:

“Ni en la constitución, ni en el código civil de Chile hemos hallado texto alguno según el cual la mujer casada con extranjero conserve la nacionalidad chilena. . . (2) El fallo del tribunal francés reposa, pues, en una base de estado civil inexacta. . .

(1) ZEBALLOS, con WEISS, op. cit., II, pág. 193.

(2) Agrega que, habiendo consultado el punto con el

La cosa juzgada debe ser respetada en el orden internacional, sobre todo cuando no se trata de los medios de ejecución, y cuando afecta el estado y capacidad de las personas. Es contraria al orden público internacional toda causa de separación de cuerpos o de divorcio, admitida por la ley personal de los cónyuges, pero no por la *lex fori*, ley argentina en el caso. El fallo francés ha olvidado que no eran franceses los cónyuges, sino uno solo, y que en un vínculo como el matrimonio los derechos y deberes son comunes y recíprocos. La ley francesa aparece así imponiendo a un esposo chileno la disolución que su ley nacional no admite sino por la muerte. De esta manera, disuelto su matrimonio en Francia, con desdén de la cosa juzgada argentina, que mantiene la unión mientras viven los cónyuges, resulta un escándalo internacional. La dama X. soltera en Francia, es casada en las Repúblicas Argentina y de Chile. Si contrae un nuevo matrimonio fuera de las fronteras de los últimos países, en ellos será bígama. Esto no es solucionar conflictos, sino complicar la vida civil internacional. Es un principio, por otra parte, generalmente admitido que los juicios extranjeros relativos a cuestiones de estado y de capacidad son irrevocables, como estas mismas condiciones jurídicas, y no están sujetas a *exequatur*. El estatuto personal sigue al hombre como su sombra a través de todas las soberanías, y él se funda así en las leyes como en las sentencias de los tribunales. Son tan numerosos los fallos y los autores europeos que lo sostienen, que hay casi unanimidad al respecto. Los juicios de separación o de divorcio establecen de plano el estado

doctor Miguel Cruchaga Tocornal, distinguido profesor de la Universidad católica de Santiago, éste le respondió que "ni en el código civil, ni en la constitución, ni en la ley de matrimonio civil de 1884 se consulta disposición alguna que resuelva el caso consultado".

de los esposos y deben ser respetados en todos los países. Es también una regla de orden público internacional, incorporada al derecho francés, que en juicio de separación o de divorcio pronunciado en el extranjero es admitido y produce sus efectos en Francia cuando lo dicta un tribunal competente; y lo era en el caso la Cámara de Apelaciones en lo civil de Buenos Aires. La sumisión voluntaria de un francés, por otra parte, a un tribunal competente extranjero elimina la competencia y aplicación de las leyes francesas. La *lex fori*, la argentina, ha debido prevalecer. Tal es la doctrina y la solución comprobada por de Nobeles (1) en un estudio publicado en el *Journal de Clunet* (1887, p. 575 y S.) donde cita las autoridades decisivas de Asser, Rivier y otros autores. (p. 576).

No debe tampoco olvidarse que este matrimonio chileno se habría sometido voluntariamente a la ley argentina, al constituir domicilio en Buenos Aires. La mujer había renunciado, pues, al derecho personal de la ley francesa. Si no era chilena siguiendo la nacionalidad de su esposo, tenía por ley personal la de su domicilio, la argentina. El estado y la capacidad fijados por un fallo del tribunal del domicilio crean situaciones civiles irrevocables en todos los países.”

(1) La cita de este autor y del trabajo indicado sólo es pertinente en cuanto afirma que, entre los diferentes sistemas relativos al régimen del divorcio, el de la *lex fori* “tiene el apoyo de la generalidad de los autores y de la jurisprudencia; es el adoptado especialmente por M. Asser, profesor en la Universidad de Amsterdam, en sus *Elementos de Derecho Internacional privado*, obra que ha sido traducida, completada y anotada por M. Rivier, profesor de la Universidad de Bruselas”. (pág. 576). La cita no debe tenerse en cuenta en lo relativo a la doctrina sostenida como aplicable al caso que motivó la sentencia analizada, pues la hipótesis planteada por de Nobeles es fundamentalmente diversa. Los caracteres circunstanciales de este caso de conversión en divorcio son los siguientes: “Los esposos, de

4.—No podemos adherir a los argumentos que dejamos transcriptos, ni aceptar la crítica que se hace a la sentencia del tribunal francés, ni la solución que indirectamente se atribuye al caso desde el punto de vista de nuestra legislación, porque ella no se justifica por texto alguno expreso de la Ley de Matrimonio, ni por el criterio en que ésta se inspira en las materias del matrimonio y del divorcio en el orden internacional.

a) Ante todo, la base relativa a la nacionalidad de la esposa, en la que en parte se apoya la sentencia, no puede decirse que sea inexacta. La legislación chilena guarda silencio respecto de la influencia que el matrimonio ejerce sobre la nacionalidad de la mujer, lo que significa que no acepta la doctrina, — de muy discutible justificación y equidad, por lo demás, — de la desnacionalización de la mujer por el matrimonio, incorporada en tantas legislaciones. (1)

nacionalidad holandesa, se hallan separados judicialmente desde hace cinco años. La mujer ha sido la demandante. Según la legislación holandesa, la separación de cuerpos que ha durado cinco años, puede conducir al divorcio, pero solamente por el consentimiento mutuo de los esposos. El marido desearía obtener el divorcio: la mujer se opone a ello. ¿Podría él, yendo a habitar en Bélgica (continuando su mujer con residencia en Holanda) obtener allí el divorcio, fundado en el art. 310 del código civil, en vigor en Bélgica? ¿Podría conseguirlo estableciendo su domicilio en Bélgica con autorización del Rey? ¿Podría, en fin, lograrlo obteniendo en Bélgica la naturalización? En este último caso, la mujer, que no se halla domiciliada ni reside en Bélgica, ¿podría ser citada ante el tribunal belga? (art. 52 y siguientes de la ley de 25 de marzo de 1876).

(1) Vé. GUASTAVINO, *J. M.*, *Notas al código civil*, II, pág. 8, donde dice: En Chile, a los ojos de la ley, la mujer casada con un extranjero conserva su nacionalidad, puesto que la trasmite a sus hijos. El art. 56 del código civil dice que "son chilenos los que la constitución del Estado declara tales. Los demás son extranjeros". Y la constitución del Es-

Ello importa establecer que la mujer casada conserva su nacionalidad y, en consecuencia, que la señora P. continuó siendo francesa después de su matrimonio. Y esto es lo que admite la sentencia, por más que no haya podido afirmar, como lo hace, que ello derive de los términos de la ley chilena. Y esto es también lo que admite la impugnación que combatimos, al decir: *el fallo francés ha olvidado que no eran franceses los dos cónyuges sino un solo...*

Admitida esta base, no interesa como cuestión el aspecto del caso en lo relativo a la competencia, pues es regla inconcusa de la jurisprudencia y legislación francesas que teniendo esta nacionalidad alguno de los esposos, no puede existir dificultad alguna sobre la competencia de los tribunales franceses, pues los arts. 14 y 15 del código civil se aplican también en cuestiones de estado; y se ha decidido que, “conservándose francés uno de los esposos —, especialmente la mujer —, mantiene el beneficio y el privilegio de las disposiciones de la ley francesa para acudir a los tribunales franceses en demanda de separación o de divorcio.” (1)

tado, en su art. 6º, N.º 2, declara que “son chilenos los hijos de padre o madre chilenos nacidos en territorio extranjero, por el solo hecho de avecindarse en Chile”. Si el hijo de madre chilena, nacido en el extranjero, es chileno, no obstante que su padre no sea chileno, es porque la madre transmite su nacionalidad al hijo, y es entonces evidente que conserva aquella su nacionalidad durante el matrimonio.

(1) Ve. VINCENT et PENAUD, *Dict. de droit. intern. privé*, voz *Divorce, compétence*, y la jurisprudencia citada. El profesor F. CICCAGLIONE, *Dig. it.*, voz *Separazione personale (Dir. internaz.)*, dice en el núm. 14: “Finalmente, en cuanto a los efectos de la separación, para dar a los cónyuges el derecho, después de un tiempo determinado, a pedir el divorcio, es aplicable siempre la ley personal de los cónyuges, aun cuando la separación haya sido pronunciada por el Tribunal de un Estado cuya legislación no admite el divorcio. Ya antes se ha visto cómo el Tri-

b) Si fuera “contraria al orden público internacional toda causa de separación de cuerpos o de divorcio admitida por la ley personal de los cónyuges, pero no por la *lex fori*”, no habría razón para que la inversa no fuera igualmente exacta; de donde se deduciría que solamente procederían una u otro mediando coincidencia de ambas leyes; criterio muy recomendable en doctrina y como base de convenciones o tratados internacionales, (1) pero que no se halla aceptado, desde luego, en las legislaciones francesa y argentina.

Observamos, sin embargo, que en el caso planteado, el divorcio por conversión de la separación de cuerpos se impone en mérito de esa misma coincidencia, pues se confunden en una, — ley francesa, — la *lex fori* en el juicio y la ley nacional de la demandante.

bunal de la demanda de cónyuges extranjeros no puede hallar obstáculo al pronunciamiento de la separación en el hecho de que la ley personal de ellos les autoriza a pedir el divorcio después de un tiempo determinado. Ahora decimos que si la ley nacional de los cónyuges separados les autoriza a divorciar, transcurrido cierto tiempo de pronunciada la separación, pueden ellos, después de dicho tiempo, pedir y obtener el divorcio. Naturalmente, el pedido de divorcio no podría ser presentado ante un Tribunal italiano sin ser rechazado, aun cuando éste hubiera pronunciado la separación, por hallar tal demanda obstáculo en nuestro derecho social.

Según al jurisprudencia suiza, era inaplicable al caso en que uno de los cónyuges era suizo y el otro extranjero el art. 56 de la ley federal de 1874, reproducido parcialmente por el 61, 7 h., del código de 1907, que decía: “en cuanto a los matrimonios entre extranjeros, ninguna acción de divorcio o de nulidad podrá ser admitida, si se establece que el Estado a que los esposos pertenecen reconocerá la sentencia que se pronuncie.” (*J. de D. I. P.*, 1909, p. 568.)

(1) La convención firmada en La Haya el 12 de Junio de 1902 entre Francia, Alemania, Austria-Hungría, Bélgica, España, Italia, Luxemburgo, Holanda, Portugal, Rumania, Suecia y Suiza, dispone en sus artículos 1 a 6: “I. Para

c) El argumento de la cosa juzgada y de su autoridad universal es inconsistente; y en los términos generales en que se lo enuncia, queda destruído por el argumento de que “el estatuto personal sigue al hombre, como su sombra, en todas las soberanías”; pues no existiendo tratado sobre el particular entre la Argentina y Francia los tribunales franceses han debido juzgar la cuestión a través de las propias leyes, y respetando, de acuerdo con ellas, (1) la autoridad de ese

formular demanda de divorcio los esposos han de estar autorizados por su ley nacional y por la ley del lugar donde se interpone. II. No puede pedirse el divorcio sino por las causas o motivos consignados a la vez en la ley nacional de los esposos y en la ley del país donde se presenta la demanda. En caso de contradicción entre una y otra ley (ley nacional y *lex fori*) el divorcio no podrá ser declarado. III. La separación personal puede ser solicitada: 1º Si la ley nacional de los esposos y la ley del lugar donde la acción se intenta la admiten; 2º Si la ley nacional no admite el divorcio y la *lex fori* no admite sino la separación personal. IV. La separación personal no puede pedirse sino por las causas admitidas a la vez por la ley nacional y la *lex fori*. En el caso del número 2 del artículo anterior, se solicitará por los motivos admitidos en la ley nacional. V. La demanda de divorcio o de separación personal puede presentarse: 1º Ante el tribunal competente del lugar donde los esposos están domiciliados. Si según su ley personal los esposos no tienen el mismo domicilio, en el del demandado. *Actor sequitur forum rei*). Sin embargo, es reservada la aplicación de la ley nacional que para los matrimonios religiosos estableciese una jurisdicción especial y exclusivamente competente para conocer en las demandas de divorcio o de separación personal; 2º Ante la jurisdicción competente según la ley nacional de ambos esposos. VI. Cuando éstos no tuviesen la misma nacionalidad, su última legislación común deberá ser considerada como su ley personal”.

(1) Con fecha 20 de Julio de 1920 el Tribunal civil del Sena ha resuelto que “la separación de cuerpos pronunciada entre franceses por una sentencia extranjera, aunque no revestida del exequatur, puede ser convertida en divorcio en

estatuto personal. La señora P. tenía por ley personal la francesa, que lo era al mismo tiempo como ley de su nacionalidad y como ley de su domicilio, desde que ella lo había trasladado a Francia, usando del derecho acordado por el art. 72 de nuestra Ley de matrimonio.

d) Es verdad que hay una categoría de sentencias para las cuales el *exequatur* es, más que innecesario, considerado superfluo: las sentencias que tienen por objeto el estado y la capacidad de las personas; (1) que tales sentencias, dirigiéndose a afirmar o modificar en concreto la condición de un individuo determinado, del mismo modo que su ley personal la ha definido y regulado, hacen parte integrante, son elementos constitutivos del estatuto personal de dicho individuo, por lo cual tienen derecho al mismo carácter de universalidad, al mismo reconocimiento extraterritorial de que goza la ley de la cual son emanación y complemento necesario. De ahí que “las disposiciones legislativas

Francia. Basta que esta separación haya sido pronunciada por una de las razones previstas por la ley francesa y que haya transcurrido un plazo de tres años sin reconciliación entre los esposos”. (Vé. *J. D. I. P.*, 1920, pág. 668).

(1) Pueden citarse en este sentido las opiniones de múltiples autores y fallos de los tribunales franceses. (Vé. DEMANGEAT, *cond. civ. des étr. en France*, p. 375. — DESPAGNET, No 196. — LAURENT, *Dr. civ. int.*, VI, números 35, 87, 107. — MOREAU, *Ef. int. des jugs. en matière civ.*, núm. 28. — DEMOLOMBE, I, p. 103. — AUDINET, núm. 472 y 487. — DAGNINI, *J. D. I.*, 1889, p. 40). — Esto no significa que haya unanimidad al respecto, pues, en contra de la doctrina mencionada, sostienen otros autores que la regla del art. 2123 del c. civil y 546 del c. de pr. civ. es una regla absoluta y no admite distinciones, (Vé. LACOSTE, *la chose jugée*, núm. 1470, pág. 550) — o que, aunque no exijan el *exequatur*, dichas sentencias pueden ser, en ciertos casos, sometidas a nueva discusión. (Vé. AUBRY Y. RAU, I, pág. 96, párr. 31, y 5ª ed., pág. 130, párr. 31; VIII, pág. 418, párr. 769).

que, en los diversos Estados, sancionan la extraterritorialidad del estatuto personal, comprenden implícitamente, con las leyes extranjeras sobre el estado y la capacidad de la persona, las sentencias que esas leyes han aplicado al caso concreto.” (1)

Justifícase así en doctrina la aplicación de la ley personal, teniendo en cuenta que las sentencias de separación personal y de divorcio pertenecen al grupo de las sentencias *constitutivas*, es decir, aquellas que operan la constitución de una nueva relación jurídica, además de la confirmación del derecho de los cónyuges sea a la extinción del vínculo, sea a la suspensión de la vida en común, “produciendo, no solamente los efectos procesales comunes a todas las sentencias, sino también efectos propios de índole material conexos con el cambio substancial operado en la relación jurídica en cuestión.”

No obstante la uniformidad doctrinaria que favorece estos principios, no es exacto atribuir un carácter ilimitado y absoluto a la irrevocabilidad de los estados personales declarados por sentencia.

Al lado de los principios expuestos, hállanse en la jurisprudencia de todos los países otros restrictivos, impuestos por consideraciones igualmente atendibles. Lo mismo que la ley personal, las sentencias aludidas no gozan de ilimitada extraterritorialidad.

Una sentencia extranjera sobre estado y capacidad está sujeta a *exequatur*, no sólo cuando en virtud de ella se quiera proceder a actos de ejecución, sino también, en general, cuando ella encierre una decisión que afecte al orden público territorial; y es además dudoso en la doctrina y en la jurisprudencia francesa si corresponde o no el *exequatur* cuando la sentencia extranjera no ha sido dictada por el tribunal de un país

(1) *J. de D. I. P.*, 1900, pág. 613 y los casos citados por LACOSTE, op. cit., núm. 1474.

de cuyas leyes recibe el extranjero su estado y su capacidad, es decir, por el tribunal del país a que este extranjero pertenezca. (1)

El art. 5º de la Convención de La Haya establece la competencia absoluta, en primer término, de la jurisdicción nacional, reconociéndose subsidiariamente la del domicilio, en cuanto aquélla no la excluya, reservándose la exclusividad en el conocimiento de las acciones de separación personal y divorcio entre los propios ciudadanos.

Así, con respecto a la primera consideración limitativa del reconocimiento extraterritorial de la cosa juzgada o de sentencias constitutivas de estado se ha dicho muy acertadamente:

“Estos conceptos se refieren esencialmente al ordenamiento familiar, núcleo y base de toda constitución política, por lo cual rozan íntimamente el *status familiae*, único entre los *status* que, entre las relaciones de carácter privado, tiene aún importancia en los países más civilizados. Basta pensar en el influjo inmediato que sobre el *status* de un individuo ejercen las múltiples relaciones de índole familiar, el matrimonio, su anulación, la separación personal de los cónyuges y el divorcio, las relaciones de filiación legítima o natural, la interdicción, etc., para comprender por qué en materia de estado la intervención del orden público tiene lugar con particular amplitud.” (1)

Es, pues, un principio universalmente aceptado que no hay razón que justifique, en las condiciones actua-

(1) Vé. J. de D. I. P., 1883, pág. 57, y PILLET, J. Clunet, 1892, pág. 26; SURVILLE ET ARTHUYS, núm. 435, pág. 494, nota 4; SURVILLE, *Rev. crit.*, 1901, pág. 155; AUDINET, *op. y loc. cit.*

(1) A. CAVAGLIERI, *La cosa giudicata e le questioni di stato*, 1909, pág. 177.

les del derecho internacional, el reconocimiento incondicional e ilimitado de sentencia alguna, incluso las sentencias de estado.

La jurisprudencia abunda en casos resueltos en este sentido (1).

e) Del punto de vista francés, es indudable:

1° Que la demanda y concesión del divorcio a los esposos separados no encuentra obstáculo en el orden público, según lo dicen autores como Rolin, en los términos siguientes y con referencia al derecho y jurisprudencia tanto belgas como franceses:

“La separación de cuerpos y de bienes produce a veces otro efecto: el de autorizar al esposo contra el cual ella ha sido pronunciada, y, en ciertos países, aún al esposo en cuyo favor se ha dictado, a demandar el divorcio, cuando ella se ha prolongado

(1) El Tribunal Federal Suizo ha considerado que las disposiciones del código alemán de procedimientos civiles no ofrecen garantía de que la sentencia de divorcio dictada en Suiza sea ejecutoria en Alemania. “La nueva legislación alemana, dice, no permite declarar ejecutorias las sentencias dictadas en el extranjero, y especialmente en materia de divorcio, sino después de haberlas sometido a un examen destinado a constatar si concuerdan con las prescripciones del derecho material alemán...” El Tribunal hace notar sobre todo el hecho, entre otros, de que es imposible saber qué interpretación darán al art. 328, ap. 4, de la ley alemana de procedimiento civil, que declara no ejecutoria la sentencia de un tribunal contraria a las buenas costumbres y al fin de una ley alemana. Por otra parte, según la ley alemana, el juez que debe pronunciarse sobre la ejecución de una sentencia extranjera debe examinar si ésta ha sido dictada conforme al derecho alemán, o si él no ha sido abandonado, en el interés de alguna de las partes. Ahora, debiendo el tribunal suizo pronunciar su sentencia según el derecho suizo, aun cuando se trate de súbditos alemanes, es evidente que las prescripciones del código alemán tienen por efecto hacer juzgar el proceso nuevamente sobre la base del derecho matrimonial alemán. (*Journal de Genève*, 13 de Junio de 1900).

durante algún tiempo. Creemos que, allí al menos donde se admite el divorcio, esta disposición de la ley personal de los esposos extranjeros no puede chocar con el orden público absoluto. En Francia, el esposo demandante de la separación tiene ese derecho, y, como lo hemos visto, nuestros tribunales admiten que el esposo francés pueda ejercerlo aún en Bélgica, no obstante que nuestras leyes solamente lo atribuyen al esposo contra el cual la separación ha sido pronunciada.” (1)

2° Es también indudable, como lo tiene resuelto la jurisprudencia, que “si una sentencia de separación de cuerpos, dictada por un tribunal extranjero, puede, sin ser sometida a la formalidad del *exequatur*, ser admitida en Francia al beneficio de la conversión, es a condición de que no sea contraria, ora en el procedimiento que le ha precedido, ora en las disposiciones que contiene, a las prescripciones de la ley francesa cuya aplicación se reclama.” (2)

Así, podría considerarse contraria a la ley francesa, y negarse su conversión en divorcio, a la separación de cuerpos decretada en país extranjero por causa de *incompatibilidad de carácter* o por *mutuo consentimiento*, ya que la legislación francesa no admite la primera y no ha restablecido la segunda. (3)

Fuera de estos casos, es principio admitido por la misma jurisprudencia que siguiendo el estatuto perso-

(1) A. ROLIN, *Principes du droit international privé*, II, pág. 130, Nº 608.

(2) Vé. J. de D. I. P., 1902, pág. 841.

(3) Tal la conclusión del tribunal francés en el caso citado: “Consid.: que la incompatibilidad de humor no figura en el número de las causas de divorcio admitidas por la ley francesa y que, por otra parte, el divorcio por consentimiento no ha sido restablecido en nuestra legislación... Se declara improcedente la demanda.”

nal a los extranjeros en Francia, resulta de ello que las sentencias extranjeras que declaran o modifican el estado o la capacidad de las personas, como una sentencia de separación de cuerpos, gozan en Francia de la misma eficacia que en el país en que han sido dictadas, sin que sea necesario previamente hacerlas declarar ejecutorias por un tribunal francés.” (1)

f) Pero ¿es exacto afirmar que en el caso de referencia los jueces franceses desconocieron la autoridad de la cosa juzgada emergente del fallo argentino?

Nosotros tenemos por indudable que al aceptar el tribunal francés *de plano*, sin previo *exequatur*, la sentencia dictada por la cámara de apelaciones de Buenos Aires, ha dado una prueba evidente del respeto que los textos y la doctrina proclaman hacia la cosa juzgada; y el argumento hecho en contra, fundado en la autoridad de ésta, pierde todo su valor, no siendo justo afirmar que “se ha disuelto en Francia un matrimonio con desdén de la cosa juzgada”, sino por el contrario, respetándola.

Eficacia extraterritorial de una sentencia quiere decir, en todo caso, obligación de los jueces extranjeros de aceptar como derecho lo que en ella se ha declarado ser tal; y no es posible negar que los tribunales franceses han tomado el cumplimiento de esa obligación como punto de partida del propio acto jurisdiccional.

En cuanto a la conversión decretada, no puede juzgarse la solución francesa sin tener en cuenta que entre Francia y la Argentina no existe tratado alguno de derecho civil o procesal; que, como consecuencia de tal situación, deriva que el límite del orden público adquiere una relatividad extrema, pues, cuando un Estado no se halla vinculado por especiales obligaciones internacionales, se reserva la más amplia libertad de

(1) Vé. J. de D. I. P., 1903, pág. 833.

apreciación respecto a la medida de las exigencias cuya tutela considera necesaria a la integridad de la propia existencia moral.

Las cláusulas de una convención internacional substituyen por las obligaciones en ellas pactadas, las anteriormente asignadas a los órganos judiciales y jurisdiccionales del país signatario por su legislación y su jurisprudencia, aun en cuanto a la relación entre el orden público del mismo y la sentencia extranjera; cuestión que, en verdad, queda definitivamente eliminada en su posibilidad, pues no podría existir sin suponer una violación de los deberes internacionales integrantes del Tratado.

Luego, el reconocimiento de las sentencias extranjeras pronunciadas dentro del radio territorial de la convención y perfectamente conformes con las cláusulas de la misma, no pueden hallarse en oposición con el orden público de los Estados firmantes (1); antes bien, él mismo se constituye en elemento esencial de este orden público, por ser producto de un deber internacional del Estado.

Pero no tendría fundamento jurídico la aplicación de los mismos efectos, tratándose de sentencias provenientes de Estados extraños a la misma Convención; pues mientras un Estado no se obliga con formales vínculos internacionales a someter determinadas relaciones o cuestiones jurídicas a una disciplina uniforme concordada con otros Estados, él se conserva soberano en el determinar la parte de aplicación de las propias leyes que se haya dispuesto a excluir del propio territorio, con fines de armonía internacional, y, como se ha observado, los límites que a tal concesión asigne, dependen de una apreciación libre y subjetiva del propio orden público.

(1) Vé. CAVAGLIERI, *op. cit.*, pág. 202.

que tiene valor innegable dentro de los confines de la soberanía territorial.

Confirmamos con estas consideraciones las que en los capítulos preliminares hicimos al caracterizar la labor judicial tratándose de la aplicación de las leyes extranjeras que puedan afectar el orden público nacional.

Los tribunales franceses han podido, pues, aplicar el art. 310 del código civil, sin transgredir ningún principio fundamental del derecho internacional privado.

g) Declarado el divorcio absoluto en Francia, dicese que la señora P. es soltera en este país y casada en la Argentina y Chile. Aceptamos que sea considerada como casada en Chile y como soltera en Francia; pero no que deba seguir considerándosela casada en nuestro país.

Diremos, ante todo, que carece de valor el argumento consistente en decir que: "de esta manera, disuelto el matrimonio en Francia, con desdén de la cosa juzgada argentina, que mantiene la unión mientras vivan los cónyuges, resulta un escándalo internacional, la dama X, soltera en Francia, es casada en las Repúblicas Argentina y de Chile... Esto no es solucionar conflictos, sino complicar la vida civil internacional".

Tal argumento carece de valor, pues la situación emergente es un fruto natural de la ausencia de reglas concretas convencionales y del conflicto por ello muy explicable entre la ley personal de los esposos y el orden público de cada país.

Si el divorcio se pronuncia en Alemania entre dos esposos franceses, dice Weiss, por una causa que no reconoce nuestra legislación, es fuera de duda que nuestros tribunales no lo tendrán en cuenta y que considerarán al matrimonio como aún existente; y el mismo divorcio pronunciado por la justicia francesa entre esposos extranjeros, en razón del adulterio del marido, en el cual su ley personal no ve una causa de divorcio, no será considerado como válido en su patria. En uno y en otro

caso el mismo individuo será aquí casado, célibe allá (1).

Según la legislación chilena “el divorcio no disuelve el matrimonio, sino que suspende la vida común de los esposos,” (2) y las únicas causales de disolución son la muerte natural de uno de los cónyuges, la declaración de nulidad pronunciada por autoridad competente (3) y la muerte presunta de uno de los esposos, en las condiciones establecidas en el art. 38 de la Ley de Matrimonio civil. Y estas disposiciones contienen implícitamente la del art. 121 del código reformado, que disponía “el matrimonio que según las leyes del país en que se contrajo, pudiera divolverse en él, no podrá sin embargo disolverse en Chile sino de conformidad a las leyes chilenas.”

Ante estos preceptos, es muy lógico concluir que las leyes de Chile consideran subsistente el vínculo por ellas consagrado con el sello de la indisolubilidad; pero no puede afirmarse lo propio de las nuestras.

Nuestros tribunales al declarar la separación de los esposos casados en Chile, concedieron lo que nuestro código civil autoriza, cualquiera que sea el lugar de la celebración del matrimonio y cualquiera que sea la ley personal de los esposos. (Art. 64 y las soluciones dadas anteriormente).

Para nuestra ley, es indisoluble por divorcio el matrimonio que se celebra en la República, y respecto de él

(1) *Op. cit.*, III, pág. 705, donde recuerda las tentativas hechas en algunos países para poner remedio a tan embarazosa situación, mencionando en particular el código civil suizo de 1907, art. 61, 7 h., del título final, que reproduce parcialmente la disposición del art. 56 de la ley federal de 24 de diciembre de 1874; la ley sajona del 4 de abril de 1879, art. 3 y la ley húngara del 18 de Diciembre de 1894, art. 116.

(2) Ley de matrimonio civil, de 16 de Enero de 1884, art. 19.

(3) Misma ley, art. 37.

rige el art. 7º; pero esta disposición no se extiende a los matrimonios celebrados en país extranjero, a los que no puede imponer nuestra ley el carácter de indisolubles, sino en cuanto lo pretendan ante los propios preceptos de la misma y ante los jueces de la República.

Celebrado el matrimonio en país extranjero, nuestra ley no puede sino reconocer, y reconoce, como válida la disolución del mismo en otro país que admita esa disolución por divorcio, de la misma manera que el matrimonio celebrado, también en el extranjero, por cualquiera de los cónyuges divorciados.

Y observamos que a esta misma solución, a que forzosamente debe llegarse aplicando el criterio que atribuimos a nuestra ley, se llega por aplicación del criterio de la ley personal, dentro de la doctrina que hemos combatido en las soluciones anteriores y que defiende la misma impugnación que analizamos.

Queda dicho implícitamente que esta solución varía de un modo fundamental en la hipótesis de que el matrimonio se considera celebrado en nuestro país.



# TERCERA PARTE

---

CASOS DE LA SEGUNDA HIPÓTESIS:  
MATRIMONIOS CELEBRADOS  
EN LA REPÚBLICA



SISTEMA ARGENTINO DE  
INFORMACIÓN JURÍDICA



Infojus

SISTEMA ARGENTINO DE  
INFORMACIÓN JURÍDICA

## CAPITULO PRIMERO

---

### Disolución en país extranjero

---

**SUMARIO:** 1. Naturaleza de la cuestión. — La doctrina y la jurisprudencia al respecto. — 2. La interpretación del artículo 165 del código civil. — 3. La doctrina y la jurisprudencia inglesa, escocesa y norteamericana. — 4. La cuestión se estudia en el capítulo final del libro.

---

**SEGUNDA HIPÓTESIS:** Matrimonio celebrado en la República Argentina;

**CASO 1:** El divorcio se produce en país extranjero;

**PRIMER SUPUESTO:** El país extranjero sanciona el divorcio ad-vinculum.

**CUESTIÓN:** Validez y alcance de dicho divorcio ante nuestra ley.

**FÓRMULA:** *¿Es válida ante nuestras leyes la disolución por divorcio declarada en un país extranjero que la admite, de un matrimonio celebrado en la República?*

---

1.—En este capítulo entramos a ocuparnos de los casos incluídos en la segunda hipótesis planteada, a saber, aquella en que el país de celebración del primer matrimonio es la República Argentina.

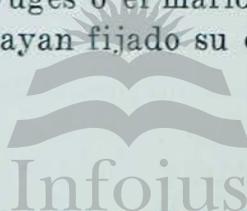
Dada la hipótesis, las cuestiones a analizar han de referirse sea a la validez o nulidad del divorcio mismo, o a sus efectos ante nuestra ley, sea a la procedencia o

validez de un segundo matrimonio de cualquiera de los cónyuges en el extranjero o en la República.

Pensamos que, ante los términos de nuestra Ley de Matrimonio, no puede llamarse a esta una cuestión: es simplemente un interrogante que ella contesta con la disposición expresa del art. 7º: “La disolución en país extranjero de un matrimonio celebrado en la República Argentina, aunque sea de conformidad a las leyes de aquel, si no lo fuere a las de este código, no habilita a los cónyuges para casarse.”

No obstante la para nosotros absoluta claridad de este precepto, se ha sostenido que esa disolución está autorizada por otros principios de nuestro código civil y que, en consecuencia, es ella válida ante las leyes argentinas.

“Es indiscutible, se ha dicho, que los individuos, por el simple cambio de domicilio a un país extraño, de hecho quedan sometidos a las leyes del país donde lo fijan y allí gozan de los derechos de toda índole que las leyes les acuerdan, aunque las del país del domicilio anterior o de origen tengan efecto más allá de los límites de su territorio; y ello en virtud del derecho de soberanía de las naciones, respetado por todos como un principio necesario de su propia existencia. No puede entonces argumentarse, ni por vía de hipótesis, si un matrimonio celebrado en un país puede disolverse en otro; de donde debe necesariamente concluirse que un matrimonio celebrado en la República Argentina puede ser disuelto en cualquier otro país donde los cónyuges o el marido, según las leyes de cada nación, hayan fijado su domicilio.” (1)



(1) Vé. el análisis del capítulo final.

Esta argumentación implica el afirmar de una manera absoluta que el derecho al divorcio es un derecho privado personal de los cónyuges; derecho que, como los demás individuales, hállese sujeto al estatuto personal. No otra cosa significa el valor decisivo que se acuerda a la sumisión de los esposos a una nueva ley del domicilio.

Si acaso tal opinión pudiera permitirse en pura teoría, no es ella admisible en el terreno concreto de la legislación y aun de la doctrina en general. Y en presencia de los textos de nuestra ley, es de todo punto inaceptable.

No es el derecho al divorcio un derecho privado; si lo fuera, no se consideraría como se considera universalmente la institución del mismo como una institución de orden público, que si afecta al interés jurídico privado y personal, se halla igualmente o más vinculado aún al derecho social. Fuera del alcance de la voluntad de los particulares, — que no pueden en sus convenciones matrimoniales renunciar al derecho de divorciarse, según un principio casi general de las legislaciones, — esa institución y ese derecho se fundan en un interés público imperativo, que no alcanza, sin embargo, a constituir la ley que los sanciona en una ley penal o de policía, como algunos autores entienden.

Por su equidistancia entre ambos caracteres extremos, los principios personalista y territorialista no pueden aplicarse, y no se aplican, a las soluciones sin reservas.

Si de este análisis en general pasamos a examinar el punto ante nuestra ley, es evidente que pugna con sus conceptos básicos, pues sus preceptos demuestran que para ella, tanto las cuestiones sobre el matrimonio como las cuestiones sobre el divorcio, deben resolverse con criterios inspirados antes en el interés social que en el interés individual.

Ella ha excluído en absoluto la aplicación del principio personal del domicilio, modificando en parte, pero substancialmente, las disposiciones correlativas del código anterior. Infundada es, pues, también la opinión

de quienes creen justificar la adopción de la ley del domicilio a la capacidad para divorciar, deduciéndola de aquel carácter atribuído al derecho y de su combinación con el precepto de nuestra Ley de matrimonio relativo al régimen de los derechos y obligaciones de los esposos.

Para nuestro derecho positivo, la ley que preside la celebración del matrimonio se vincula al contrato determinando el carácter del vínculo contraído; pero sólo alude a los matrimonios celebrados en el país. Estas reflexiones de Rocco podrían informar el concepto básico de su doctrina:

“No puede suponerse que los esposos, al contraer matrimonio, hayan querido reconocer el principio de que su capacidad para divorciarse se hubiese de regular por la ley del domicilio matrimonial, que puede estar sujeto a cambios de un lugar a otro; y de aquí que la facultad de regular el divorcio deba incumbir a la ley que reguló *ab initio* la institución del matrimonio. No se puede de ninguna manera sostener que todo aquello que concierne a la validez y legitimidad de un contrato deba regularse por una ley y lo que se refiere a su disolución o anulación deba serlo por otra distinta: estas son dos cosas correlativas, y del mismo modo que no se puede decidir si un contrato es o no válido sin tener en cuenta la ley que presidió a su formación, tampoco es posible decidir si puede o no anularse el matrimonio prescindiendo de la ley por la cual quedaron recíprocamente obligados los esposos en la unión conyugal. En una palabra, el marido, mediante el cambio de domicilio, puede tener facultades para cambiar la capacidad de la mujer, mas no para privarla de derechos legítimamente adquiridos. El primero de ellos es ciertamente el no poderse disolver en virtud de leyes extranjeras los lazos que en el Reino eran indisolubles desde su origen.” (1)

(1) Para FIORE, *op. cit.*, III, núm. 675, el derecho a di-

Volvamos ahora a la argumentación que motivó las consideraciones que, por vía de réplica preliminar, dejamos hechas.

vorciarse es de naturaleza mixta en el sentido de que la institución del divorcio, fundada en los más elevados principios de orden público, forma parte del derecho social, que no puede modificarse a voluntad de los particulares. Y dice: "Por esto, dos cónyuges que, bajo el amparo de la ley vigente en la época de su unión, hubiesen contraído un matrimonio indisoluble, salvo el caso de muerte de uno de ellos, no podrían alegar la indisolubilidad primitiva de la unión contraída ni sostener que habían adquirido el derecho de oponerse al divorcio en el supuesto de que la nueva ley lo haya reconocido, ni, por otra parte, aquellos que se hubiesen unido en matrimonio, estando en vigor la ley del divorcio, podrían alegar el haber adquirido el derecho a divorciarse cuando la nueva ley lo hubiese abolido, aduciendo que habían tenido intención de contraer una unión, que dada ciertas circunstancias, estaba en su mano disolver. Así, en ninguno de ambos casos, el derecho de divorciarse podría considerarse como un derecho de las partes, ni como consecuencia del contrato regido como tal por la ley vigente al tiempo de su realización, no habiendo tenido en cuenta la ley que permite o prohíbe el divorcio la intención que los esposos puedan tener al unirse, sino que sólo se inspira en las razones de interés público que justifican la admisión o prohibición del divorcio, obligando, por tanto, a todos, a someterse a sus preceptos imperativos, y negando a los particulares la facultad de derogarlos.

Admitido este concepto, no puede por otra parte, sostenerse de la ley penal, como sostienen los tribunals americanos...

No nos atrevemos a negar que el fundamnto de la ley del divorcio pueda ser, como de hecho lo es, el interés público de policía general; pero no podemos admitir que en buenos principios se pueda llegar a sostener que por la seguridad pública, o por la defensa de las buenas costumbres o de la policía de un país, pueda ser necesario decretar la disolución del matrimonio entre extranjeros por medio del divorcio, cuando se hayan cumplido las condiciones exigidas por la ley territorial para declararlo entre ciudadanos. Para la seguridad pública y para las buenas costumbres podrá ser necesario decretar la separación de hecho de dos cónyugs extranjeros, proveer a la seguridad personal de ellos, al mantenimiento y educación de los hijos, a los alimentos, etc., etc., pero en cuanto a declarar disuelto el matrimonio y autorizar

2.—Entendemos que dicha argumentación está en pugna con el texto del artículo 7º, desde que si, según él, los cónyuges no quedan habilitados para casarse, tiene que ser porque considera subsistente el matrimonio.

Pero se ha interpretado las palabras finales del artículo por la nota del codificador al art. 165 del código, que fué reemplazado por aquel, nota cuyas últimas palabras son: "Sea cual fuere la resolución de los países protestantes en este punto, yo creo que, siendo entre nosotros indisoluble el matrimonio, *si bien podemos tener por legítimo el que se ha contraído en otro país*, disuelto el vínculo de un primer matrimonio, no podemos permitir que tales matrimonios *se celebren en la República* con efectos civiles." Y aplicando el criterio de que la inhabilitación establecida por el art. 7º sólo alcanza a la celebración de un nuevo matrimonio en el país, se llega a solucionar indirectamente en sentido afirmativo la cuestión que nos ocupa: (1) un matrimonio celebrado en la República puede ser disuelto en un país extranjero por medio del divorcio.

a los cónyuges divorciados para celebrar otro, aplicando por completo la ley territorial, eso no nos parece justificable en modo alguno.

Querer atribuir a la ley de divorcio carácter de ley penal, equivale a desnaturalizar el concepto jurídico de la institución; porque entonces, en rigor lógico, habría que admitir que una sentencia de divorcio debería tener el mismo carácter que una sentencia penal, y por consiguiente, que el cambio de estado nacido de esta sentencia de divorcio no debiera reconocerse fuera del Estado en que aquel se declare, porque las sentencias penales que implican una modificación de la condición personal, no pueden tener, en principio, autoridad extraterritorial.

(1) En tal sentido parece inclinarse también su opinión el Dr. VICO, — *Curso de Derecho Internacional privado*, conferencias dictadas en la Facultad de Derecho de La Plata, — diciendo: "De acuerdo con esta nota, el alcance final del artículo no habilita a ninguno de los cónyuges para casarse debe entenderse referido a la República y nunca a un te-

Nosotros estudiamos esta situación al hacer el análisis del fallo que motiva el capítulo final de este trabajo. Por las razones allí expuestas consideramos también inaceptables las conclusiones siguientes sostenidas en otra sentencia, transcripta en nota, en cuanto atañe al punto que ahora nos ocupa:

“Que el precepto sostenido en el art. 7º de la Ley de Matrimonio Civil reconoce el divorcio *ad vinculum* decretado por un tribunal extranjero de los matrimonios celebrados en la República Argentina, desde que legisla sobre él y establece sus efectos en el territorio de la Nación, teniendo en cuenta la situación de hecho creada con arreglo a la *lex fori* del domicilio de los cónyuges, pero en manera alguna declara nula la sentencia, al contrario distingue en ella, con precisión doctrinaria, la autoridad de la misma en lo que se refiere a la cosa juzgada, respetando así el principio de que el estado y la capacidad de las personas fijados por el fallo del tribunal de su domicilio crean situaciones civiles irrevocables, y su autoridad como *título habilitante* para legitimar los actos consiguientes, sin otras limitaciones que las impuestas por motivos de orden o de

territorio fuera de la República. Siendo igual el final del artículo 7º de la ley de matrimonio con el 165 del código, parece que debería ser igual la solución; y al decir el art. 7º “no habilita a ninguno de los cónyuges para casarse” prohíbe que el cónyuge de un matrimonio anterior celebrado en la Argentina y disuelto de conformidad a las leyes de un país extranjero, pueda casarse en la República; pero por implicancia, o a contrario sensu, admite que pueda casarse fuera de la República, y entonces ese nuevo matrimonio celebrado después de disuelto el matrimonio anterior, celebrado a su vez en la República, deberá ser reconocido en la República, de acuerdo con el texto de la nota que acabo de leer: si bien podemos tener por legítimo el que se ha contraído en otro país”.

derecho público (art. 14, cód. civ.) como es la que consigna de *no habilitar a los cónyuges para casarse*; no permitiendo así que legislaciones extranjeras imperen en el territorio de la República, dando efectos civiles al nuevo matrimonio, que no podría concertarse por los esposos divorciados según la ley del lugar de la celebración del anterior, porque de lo contrario tendríamos a una ley extranjera haciendo regir en la República una institución jurídica en una extensión que no reconoce a los matrimonios celebrados en el país y aún prohíbe: el divorcio *ad vinculum*.” (1)

A nuestro juicio, estas conclusiones son contradictorias. Afírmase que nuestra Ley *reconoce* el divorcio a *vinculo* decretado en país extranjero de un matrimonio celebrado en la República como un hecho irrevocable, pero le niega efectos jurídicos en la misma; que reconoce la autoridad de la cosa juzgada como “título habilitante para legitimar los actos consiguientes”, pero “no habilita a los cónyuges para contraer un nuevo matrimonio”; y esto en virtud de que ello “importaría admitir la vigencia en nuestro país del divorcio a *vinculo*”, lo cual no ha obstado para que “reconozca el decretado por un tribunal extranjero.”

Remitiéndonos a la oportunidad antes aludida, diremos ahora sólo que, a nuestro juicio, la conclusión debe ser negativa, es decir, que ante nuestra ley no produce los efectos de tal disolución la decretada por divorcio en un país extranjero de un matrimonio celebrado en la República; que no puede interpretarse el art. 7º de la actual ley de Matrimonio mediante la nota de Vélez Sársfield al artículo 165 del código, cuyo alcance y pensamiento eran diversos de los de la nueva disposi-

(1) Fallo del Dr. J. C. Lagos, transcrito en nota del capítulo.

ción, y que esta misma afirmación se halla justificada — y justifica a su vez nuestra conclusión, — por los antecedentes invocados en las citas mismas de la recordada nota.

En nuestra opinión, es evidente que en la nota mencionada no se refería Vélez a *un primer matrimonio celebrado en la República*, sino en el extranjero; y es muy expresiva la frase: *sea cual fuese la resolución de los países protestantes sobre este punto...* Así, la doctrina aludida era, sin duda alguna, que:

1º Un matrimonio celebrado en el extranjero, aunque en un país cuyas leyes rechazaran el divorcio *a vinculo*, podía ser disuelto en otro, también extranjero, que lo admitiese;

2º Que, en consecuencia, cualquiera de los cónyuges provenientes de ese matrimonio disuelto podía contraer nuevo matrimonio en el extranjero y ser él tenido por válido en la República;

3º Que un matrimonio celebrado en la República no podía ser disuelto en el extranjero, porque para nosotros el matrimonio es indisoluble;

4º Que, en consecuencia, no podía ninguno de los cónyuges volver a casarse ni en el extranjero, ni en la República.

La lectura de la primera parte de la nota nos autoriza a pensar así, y ella evidencia, a nuestro juicio, que es el que indicamos el caso aludido por el art. 165. Obsérvese:

*Las leyes de Escocia declaran disoluble el matrimonio...* (1)

(1) Según STORY, N.º 221, los más altos tribunales de Escocia han llegado a las siguientes conclusiones: Primera: que un matrimonio entre súbditos ingleses en Inglaterra, e indisoluble allá, puede ser legalmente disuelto por una Corte de Escocia, cuando las partes están dentro del procedimiento y jurisdicción de la Corte; o en otros términos, que

*...y cuando el caso ha llegado de quererse casar en Inglaterra...* (Rep. Argentina)

*...los que estaban casados en Escocia...* (matrimonio celebrado en el extranjero)

*ha nacido la cuestión de si la disolución del matrimonio (celebrado fuera) en conformidad a las leyes del domicilio de los cónyuges...*

*los autoriza para volverse a casar en otro país donde no rijan leyes semejantes.*

Es indudable que este recuerdo no implica un primer matrimonio celebrado en el lugar donde pretende contraerse uno nuevo después de la disolución de aquél.

3. La jurisprudencia, a que la misma nota alude, tanto de Inglaterra, como de Escocia y Estados Unidos, reflejada en el capítulo V de Story, es indecisa y oscilante, sobre todo en cuanto se refiere a la validez en el

no es defensa válida contra una acción de divorcio en Escocia por adulterio cometido allí que el matrimonio se haya celebrado en Inglaterra. Segunda: que un matrimonio por personas domiciliadas en la época de su celebración en Inglaterra, es disoluble del mismo modo por la Corte escocesa competente; o en otros términos, que no es una defensa válida el que las partes estuviesen domiciliadas en Inglaterra cuando el matrimonio fué celebrado en Escocia. Tercera: que en caso de un matrimonio en Inglaterra, es indiferente que las partes sean personas escocesas domiciliadas en Escocia o que después, *bona fide*, se domicilien permanentemente allí; o en otros términos, que no es una defensa válida el que las partes sean personas escocesas que acertaron a hallarse en Inglaterra cuando su matrimonio se celebró, pero que después volvieron a Escocia, y cohabitaron y continuaron domiciliadas allá. El resultado de estas opiniones, que son las opiniones unánimes de los jueces de la Corte de Sesión, es que el mero hecho de haberse celebrado el matrimonio en Inglaterra o sea entre partes inglesas o escocesas, o entre ambas, no es *per se* una defensa contra una demanda de divorcio por adulterio cometido allí.

país de la celebración, que no admite el divorcio absoluto, de los decretados con este carácter en el extranjero. Cita aquel autor opiniones en favor y en contra; pudiendo decirse lo mismo de lo relativo a la jurisdicción, a cuyo respecto aparece en la incertidumbre si ella exige la existencia de un domicilio adquirido *bona fide* anteriormente por ambas partes o por una sola, por mucho o poco tiempo, o si bastaba la simple residencia, más o menos prolongada en el lugar del tribunal. (1)

4. Repetimos que más adelante nos ocuparemos de la situación legal planteada, por lo que nos concretamos a decir solamente que si, a nuestro juicio, es fundada la negativa que sostenemos ante el texto ya derogado del código civil, mucho más lo es ante el texto nuevo de la ley, pues que se refiere él en concreto a los matrimonios celebrados en la República Argentina.

En cuanto al alcance y a los efectos que nuestras leyes puedan atribuir en nuestro país al divorcio absoluto decretado en el extranjero por juez competente, habrá que distinguir si el caso cae o no dentro del radio de aplicación del Tratado de Montevideo.

Nos hemos referido a él anteriormente, analizando algunas conclusiones jurisprudenciales que atribuyen a la sentencia extranjera el solo efecto declarativo de una separación personal; y nada tenemos ahora que agregar.

(1) Sobre la cuestión de la ley aplicable a la disolución trae STORY, en el N° 218, el caso Lolley, en que súbditos ingleses se habían casado en Inglaterra y después el marido se fué a Escocia y procuró un divorcio allí y luego volvió a Inglaterra y se casó con otra mujer, se decidió que *el segundo matrimonio era nulo y el marido culpable de bigamia*; y más adelante, en el N° 226 c, la opinión de Lord Brougham en sentido contrario, sosteniendo que *“un divorcio de un matrimonio inglés, decretado por una corte competente de un país extranjero donde las partes están domiciliadas, debe considerarse en Inglaterra que disuelve el matrimonio y confiere a las partes todos los derechos que nacen de una disolución legítima”*.



Infojus

SISTEMA ARGENTINO DE  
INFORMACIÓN JURÍDICA

## CAPITULO SEGUNDO

---

### Nuevo matrimonio en el extranjero

---

SUMARIO: 1.—Vinculación del caso con el analizado en el capítulo anterior. — Nuestra opinión. — Examen de la opinión contraria y refutación. — El domicilio de las partes no tiene importancia como factor de solución. — Doctrina, legislación y jurisprudencia. — 2. El proyecto de reforma del Dr. Ramón J. Cárcano. Breve examen. Nuestra opinión.

---

**SEGUNDA HIPÓTESIS:** Matrimonio celebrado en la República Argentina;

**CASO 1:** El divorcio se produce en país extranjero;

**PRIMER SUPUESTO:** El país extranjero admite el divorcio *a vinculo*;

**CUESTIÓN B:** Validez o nulidad ante nuestra ley de un nuevo matrimonio celebrado en país extranjero.

**FÓRMULA:** *¿Es válido ante nuestra legislación el matrimonio celebrado en país extranjero por un cónyuge proveniente de otro matrimonio efectuado en nuestro país y disuelto en un país extranjero que admite el divorcio a vinculo?*

1. Este caso se halla natural e íntimamente vinculado al anterior, en su posibilidad y en su solución misma.

Un nuevo matrimonio de cualquiera de los divorciados es, con frecuencia, el consiguiente natural si no el objeto de la disolución gestionada del vínculo anterior. Y en cuanto a la solución, es también evidente que ella surja de la que ha merecido la cuestión precedente.

Si, en efecto, la disolución en país extranjero de un matrimonio contraído en la República no puede producir en ésta los efectos de tal disolución; si solamente podría alcanzar a valer como una simple separación personal, no es posible sino concluir que los esposos se hallan inhabilitados para contraer un nuevo matrimonio.

Cuando en una de las situaciones anteriores nos ocupamos de la procedencia en nuestro país de la celebración de un nuevo matrimonio por cualquiera de los cónyuges de otro anterior celebrado y disuelto a *vinculo* en el extranjero, recordamos las fuentes del art. 165 de nuestro código civil, y al analizarlas observamos que en ellas se limitaba la inhabilidad de los divorciados para contraer nuevos matrimonios *en Chile* o *en el Imperio* (Brasil), debido a cuya limitación se concluía que ambas admitían implícitamente la validez de los contraídos en el extranjero. Un matrimonio, pues, celebrado en Chile o en el Brasil y disuelto en el extranjero habilitaba a los cónyuges para casarse fuera de Chile o del Brasil, respectivamente, según los mencionados textos.

Tratándose del caso que nos ocupa se ha pretendido interpretar el art. 7º de nuestra Ley actual en el sentido de las fuentes mencionadas y de la nota al aludido artículo 165 del código civil.

Entendemos que esta interpretación es inadmisibles, porque nada tiene ya que ver el nuevo art. 7º con el antiguo 165 y mucho menos el pensamiento inspirador de aquél a los legisladores de 1889 y el espíritu atribuido a éste por el autor del código civil.

De esta manera la solución es, a nuestro juicio, más sencilla que en los casos anteriores, y tenemos por indudable que la negativa se impone.

Nuestra Ley exige, para la validez de la disolución, la coincidencia de las leyes del lugar en que ésta se decreta y del lugar de la celebración del matrimonio. Así, un matrimonio contraído en la República no puede disolverse sino por la muerte de uno de los cónyuges (art. 81). Si la ley del país extranjero de la disolución admite otra causa distinta, el matrimonio, ante nuestra ley, no se considera disuelto. Luego, en el caso de nuestra hipótesis la disolución por divorcio pronunciada en país extranjero no tiene efectos de tal disolución en la República; lo cual importa decir que el segundo matrimonio celebrado por cualquiera de los cónyuges en el extranjero no podría ser reconocido como válido por nuestras leyes, en virtud de que, según el art. 2º, la validez del matrimonio se juzga por la ley del lugar de su celebración, no existiendo, entre otros, el impedimento consistente en “el matrimonio anterior mientras subsista.” (inc. 5º del art. 9).

La solución que da Machado a esta hipótesis es vaga y contradictoria. “Pensamos, dice, que los matrimonios celebrados en la República no pueden disolverse sino con arreglo a sus leyes y los cónyuges no pueden volver a casarse en ella; pero se reconocerá el contraído en otra nación si no tuviera los impedimentos del art. 9.” Esto está, en cierta forma, de acuerdo con lo dicho un poco antes: “Un matrimonio celebrado aquí y disuelto en Francia no autoriza a los cónyuges para volverse a casar en la Argentina, en lo cual hay lógica, porque nosotros no reconocemos la disolución del vínculo matrimonial; pero no podemos desconocer los matrimonios que ambos cónyuges hubieren contraído en Francia en virtud de una disolución que no admitimos, pues eso sería querernos sobreponer a las leyes de otra nación.

Debemos reconocer el hecho consumado, si no contra-  
ría la disposición del art. 9." (1)

¿Cuál es entonces la solución del caso propuesto, de acuerdo con esta opinión? ¿Es o nó válido el segundo matrimonio? ¿Existe o no existe alguno de los impedimentos del art. 9? Se reconoce, según se ha visto, que el nuevo matrimonio se considerará válido por nuestras leyes, aceptando *el hecho consumado*, siempre que no existiera alguno de los aludidos impedimentos; pero no se dice si existe, con lo cual la solución es incompleta y vaga. La hipótesis, sin embargo, se halla planteada en forma que ofrece todos los elementos de juicio necesarios. El resto del comentario del Dr. Ma-

(1) También el Dr. Machado,—en el mismo com. al artículo 7º,—da valor decisivo al elemento domicilio, de cuyo influencia nos ocupamos en el texto. Con tal criterio dice a continuación de lo transcripto: "Se trata de la capacidad de obrar, que según los artículos 6 y 7, debe ser juzgada con arreglo a las leyes del domicilio de las personas, y como las suponemos domiciliadas en Francia, han procedido a realizar los actos que sus leyes les autorizaban a ejercer. Otra cosa decidiríamos si, trasladándose a esa nación, conservarían su domicilio en la Argentina y verificasen actos que no podrían realizar aquí". Más adelante agrega: "Así, p. e., un matrimonio celebrado en la Argentina por individuos domiciliados en ella y que cambiándolo a Francia lo habrían disuelto allí, suponiendo que la mujer vuelva casada con otro y el que fué su marido vuelva soltero ¿cuál será la condición de ambos, si la mujer no pudo volverse a casar? ¿Sus hijos serían adulterinos y la ley argentina no reconocería los derechos del nuevo marido? Si su matrimonio es válido, como lo creemos y enseñamos, no habrá razón para impedir a su primer marido que vuelva a contraer nuevo matrimonio. En este caso debe autorizarse el matrimonio, como una excepción o considerar como naturales a los hijos que tenga el hombre en cualquier mujer soltera".

Consideramos fundamentalmente equivocados, tanto la solución, como el criterio que se adopta para formularla. Creemos demostrarlo en el texto.

chado deja sospechar que para sentar la solución es preciso averiguar dónde tienen su domicilio los esposos en el momento del divorcio y en el momento de la celebración del nuevo matrimonio. (1) Si al divorciarse se hallan domiciliados en el país cuya ley autoriza por ese medio la disolución del matrimonio, la nueva unión contraída por uno de los esposos es válida ante nuestro

(1) Esta doctrina, que nosotros consideramos no admitida por nuestros textos, y que por ello rechazamos, es la que informa la Jurisprudencia escocesa, inglesa y norteamericana. "Una persona domiciliada aquí (Escocia) no puede importar a este país una ley peculiar a su propio caso y en oposición a las grandes e importantes leyes públicas que se reputan relacionadas con los mejores intereses de la sociedad". (STORY, *op. cit.*, N<sup>o</sup> 224).—En el caso *Warrender v. Warrender*, "el punto directo que se decidió fué que las cortes de Escocia tenían por las leyes de Escocia una jurisdicción clara para decretar el divorcio en tal caso entre partes actualmente domiciliadas en Escocia, no obstante que el matrimonio se hubiere celebrado en Londres; y que la Cámara de los Lores, reunida como una Corte de Apelación en un caso que venía de Escocia, estaba obligada a administrar la ley de Escocia. La corte no decidió, sin embargo, qué efecto podría o debería tener ese divorcio en Inglaterra, si se llevase la cuestión ante una corte inglesa de Justicia..." (Id., núm. 226, b).—En cuanto a la jurisprudencia norteamericana, diversos casos exigieron la existencia del domicilio *bona fide* en el lugar del divorcio "en razón de que la ley del domicilio actual debe reglar el derecho". Story,—*op. y loc. cit.*,—analiza diversas resoluciones en tal sentido de los tribunales de Massachusetts y New York, siendo, en síntesis, la doctrina que "la ley del lugar del actual domicilio *bona fide* de las partes da jurisdicción a las cortes competentes para decretar un divorcio por cualquier causa permitida por la ley local, sin referencia alguna a la ley del lugar del matrimonio originario o al lugar donde la ofensa por la cual el divorcio es permitido se cometió". (Op. cit., núm. 230, a) En cuanto a los efectos de tales divorcios ante las leyes de los países de celebración del matrimonio, la jurisprudencia es, sin embargo, indecisa.

código; si el otro, trasladando su domicilio a la República, quisiera casarse nuevamente en ella, no podría hacerlo, porque la *capacidad de obrar*, según los artículos 6 y 7, se rige por la ley del domicilio y ésta, que es la argentina, lo prohíbe; pero en tal caso, según Machado, *debería autorizarse el matrimonio como una excepción o considerar como naturales a los hijos que tenga el hombre con cualquier mujer soltera.*

Sería ésta, a nuestro juicio, una solución absolutamente caprichosa, si no fuera netamente ilegal. El domicilio no tiene importancia alguna como factor de solución ni en cuanto a la validez o nulidad del matrimonio, ni en cuanto a la validez o nulidad del divorcio.

Es atributivo de jurisdicción, pero no determina la ley aplicable (1).

(1) Nuestros tribunales han resuelto que es incompetente el juez de la capital para entender en el divorcio si el demandado se encuentra domiciliado fuera de la República y el matrimonio fué contraído fuera de ella. He aquí un fallo, con los dictámenes fiscales precedentes:

#### Vista del Agente Fiscal

Señor Juez:

Habiéndose celebrado el matrimonio fuera de la República y no teniendo en ésta su domicilio el demandado, debe acreditarse previamente la competencia del Juzgado para intervenir en autos.

En cuanto al pedido segundo formulado en el escrito de demanda y ratificado en el que precede, opino debe desestimarse, por no ser en mi opinión el caso previsto en el artículo 80 del Código de Procedimientos, desde que del oficio de la Policía resulta que Guñazú está en el Brasil y se indica como recibe correspondencia. — Buenos Aires, junio 25 de 1918. — José Miguel Padilla.

Ya lo hemos dicho y demostrado. La capacidad para contraer el primero se rige por la ley del lugar de la celebración. En cuanto al divorcio, también predomina ésta sobre la del lugar en que él se gestione, si no ad-

### Auto de 1ª instancia

Buenos Aires, septiembre 6 de 1918.

Autos y Vistos: Y considerando:

Que con arreglo al artículo 4º del Código de Procedimientos, el Juez competente cuando se ejercitan acciones personales, es el del lugar convenido para el cumplimiento de la obligación, y a falta de éste, a elección del demandante, el del domicilio del demandado o el del lugar del contrato, con tal que el demandado se halle en él, aunque sea accidentalmente.

Que habiéndose celebrado el matrimonio de doña Gilda A. de Guiñazú con el señor Carlos Raúl Eustaquio Guiñazú, en San Sebastián, Provincia de Guipúzcoa, Reino de España, el Juez competente para conocer en el presente caso, sería en tal caso, a elección de la demandante, el del lugar del contrato de matrimonio, con tal que el demandado se halle en él, aunque sea accidentalmente, o el del domicilio del demandado, todo en arreglo a la disposición legal citada.

Que comprobado por la partida de fojas 2 que el matrimonio fué celebrado en España, pero resultando del informe de fojas 8 que Guiñazú se encuentra en la explotación de minas y que la correspondencia se le dirige a Caixa Postad No. 1332, Río Janeiro, es evidente entonces que este Juzgado es incompetente para conocer en el presente juicio de divorcio, por tratarse de una acción personal y no residir Guiñazú en la jurisdicción del Juzgado. (Jur. Civil, tomo 25, pág. 120; tomo 43, pág. 105).

Que para que los Tribunales de la Capital sean competentes para conocer en el presente juicio de divorcio, sería menester que en esta Capital se hubiera celebrado el matrimonio y que la esposa tuviera también su domicilio. (Jur. Civil, tomo 68, página 347).

Por ello y de conformidad con lo dictaminado por el Agente Fiscal a fs. 10 vuelta, declárase incompetente este Juzgado para entender en el presente juicio. — Fernando M. Colombres. — Ante mí: M. C. Pizarro.

mite las mismas causas que aquella para decretar la disolución del matrimonio.

Con criterio más exacto que nuestro comentarista, el señor E. Daireaux, ocupándose de la condición civil de los extranjeros en nuestro país, ha fundado su solución de la hipótesis que estudiamos, planteando ésta en los siguientes términos: “Un matrimonio celebrado en la República Argentina entre franceses o entre fran-

#### Dictamen del Fiscal de Cámara

Exema. Cámara:

Si bien la validez del matrimonio se juzga en general, por la ley del lugar en que fué celebrado, los derechos y obligaciones de los esposos se rigen por las leyes de la República mientras permanezcan en ella.

Se concilian así, las disposiciones comunes respecto de la competencia de los Jueces cuando se trata de acciones personales, con las inherentes a este contrato sepecialísimo que determina la formación de la familia legal.

El último domicilio conocido del demandado es el que aparece del informe corriente a fs. 8, que puede ya no subsistir desde que el cambio de domicilio se verifica por el hecho de la traslación con ánimo de no volver — pero hasta que sea conocido otro —, aquél debe prevalecer. (Artículos 1 a 3 de la ley de Matrimonio Civil; 97 a 99 del Código Civil).

De tal situación despréndese que la competencia del Juez no ha sido acreditada y resulta por tanto excluída la cuestión formulada en el precedente memorial. — Buenos Aires, septiembre 28 de 1918. — Jerónimo Balarino.

#### Auto de la Cámara Civil 1ª

Buenos Aires, marzo 20 de 1919.

Y Vistos: Atento lo dictaminado por el señor Fiscal de Cámara, y siendo arreglada a derecho, se confirma la resolución apelada de fs. 13. — Repetto. — Pera — de la Torre.

cés y argentina, ¿puede ser disuelto por los tribunales franceses en un fallo de divorcio? Una vez pronunciado el divorcio, ¿produce efectos en la República Argentina?" Su solución es como sigue: "Los esposos unidos en la República Argentina, divorciados en virtud de un fallo dado en país extranjero, no pueden casarse de nuevo en la República Argentina. Pueden, sin embargo, casarse fuera de su territorio, y particularmente en el país que ha decretado el divorcio; pero este segundo matrimonio, legalmente celebrado en el extranjero, no producirá efecto alguno en la Rep. Argentina." (1)

Esta solución concuerda en el fondo con la nuestra; y coincidiría por completo si no admitiese como una posibilidad legalmente aceptable, el casamiento fuera del país de cualquiera de los cónyuges divorciados. Si tal no fuera el carácter de la posibilidad a que alude, no la habría enunciado. No obstante, la sanción de nulidad que atribuye a nuestra ley para semejante nuevo matrimonio evidencia que no es una posibilidad legal sino una simple posibilidad material, lo que modificaría la solución en sentido de que "los casados en la República no pueden, por nuestra ley, divorciarse *a vinculo* en país extranjero, y que, divorciados, no puede ninguno de ellos volver a casarse en la República ni fuera de ella, pues el nuevo matrimonio, aunque legalmente contraído en el extranjero, no produce efecto alguno en la República."

No consideramos, pues, de ningún modo aceptable la opinión emitida por uno de los miembros de la Excma. Cámara en el caso judicial transcrito en nota en el capítulo anterior, cuando dice:

"Sobre el punto en debate, es decir, sobre los efectos de la disolución del vínculo decretada en país ex-

(1) *Courrier de la Plata*, Buenos Aires, 1898, art. *Divorce*, II.

tranjero, no encuentro otra excepción que la del art. 7º, que inhabilita a los cónyuges para contraer segundas nupcias cuando el matrimonio se ha celebrado en el país: y aún para este caso se ha sostenido con muy buenas razones que dicha prohibición debe entenderse limitada a la posibilidad de un nuevo matrimonio en la República, pero ello no obsta a que las personas casadas aquí y divorciadas en Francia, por ejemplo, vuelvan a casarse allí.”

No se dice cuáles son las *muy buenas razones* en que semejante opinión se apoya; pero, cualesquiera que ellas sean, no han de ser mejores que las que nosotros hemos rebatido tomándolas de quienes dicha solución sustentan, y demostrando que son absolutamente inadmisibles.

2.—El proyecto presentado a la Cámara de Diputados de la Nación en 1920 por el Dr. Ramón J. Cárcano, de reforma al art. 7º de nuestra Ley de Matrimonio, atribuyendo efectos civiles al matrimonio contraído en el extranjero por cualquiera de los cónyuges de otro anterior contraído en la República y disuelto en el extranjero, tenía por objeto convertir en precepto legal la interpretación del art. 7º que hemos combatido, es a saber, que la inhabilidad para casarse, que éste establece, se limita al territorio de la República, no existiendo fuera de ella. (1)

(1) Transcribimos a continuación los fundamentos aducidos por su autor en apoyo de la modificación proyectada:

“El artículo 7º establece:

“La disolución en país extranjero, de un matrimonio celebrado en la República Argentina, aunque sea de conformidad a las leyes de aquél, si no lo fuese a las de este código, no habilita a ninguno de los cónyuges para casarse”. (Art. 165 del código civil).

No habilita para casarse en la República, pero es claro

Según la opinión del autor del proyecto, el sentido de la disposición es que “*no habilita* para casarse en la República, pero que *habilita* para casarse en el mismo país en que se ha disuelto, o en cualquier otro donde rijan leyes análogas, y este matrimonio es válido entonces en la República.” Pero, no siendo, según él, esa la interpretación que se desprende de la opinión y prácticas legales de nuestro país, — pues los hechos pasan de otro modo en los casos ocurrentes, — propone él la aclaración del indicado precepto mediante el agregado de la siguiente cláusula: “Pero si lo hiciesen en otro país, de conformidad a sus leyes, estos matrimonios producirán en la República efectos civiles.”

que *habilita* para casarse en el mismo país en que se ha disuelto, o en cualquier otro donde rijan leyes análogas, y este matrimonio es válido entonces en la República. El artículo 2º confirma esta conclusión:

“La validez del matrimonio, no habiendo ninguno de los impedimentos establecidos en los incisos del artículo 9º, será juzgada en la República por la ley del lugar en que se haya celebrado, aunque los contrayentes hubiesen dejado su domicilio para no sujetarse a las formas y leyes que en él rigen”. (Art. 159 del código civil).

Cuando se trata del matrimonio válido, la legislación argentina lo reconoce cualquiera que sea el país donde se hubiese contraído; no lo discute, ni lo juzga. Cuando se trata de la disolución, no la reconoce, aunque sea admitida por las leyes del país donde se hubiese producido. Son dos principios distintos y concordantes dentro del régimen establecido. El uno ampara la libertad legal, religiosa y de conciencia de los contrayentes; el otro mantiene la indisolubilidad del vínculo contraído en uso de esa misma libertad.

Esta interpretación que se desprende de la doctrina y el texto del código y la ley, no es, sin embargo, el resultado de la opinión y prácticas legales de la Argentina. Los hechos pasan de otro modo en los casos ocurrentes.

Un matrimonio contraído en la república, se disuelve en país extranjero; los cónyuges vuelven a casarse de conformidad a las leyes del mismo país, y son consideradas en

Es indudable que esta reforma hubiera concluído con toda discusión; y aunque habría sido un paso dado en el sentido de una mayor liberalidad y una aproximación a la ley de divorcio, no habría resuelto sino una parte de las dificultades con que la aplicación de nuestros preceptos tropieza en la práctica internacional, dejando subsistentes otras aún mayores; por lo cual pensamos que la única solución de carácter general sólo puede hallarse en la sanción de la ley de divorcio absoluto.

la República como concubinarios adulterinos, y trasmiten este deshonor a sus hijos, quienes únicamente tienen el derecho de pedir alimentos hasta los 18 años. (Art. 342 M. C.; y 377 del código civil).

Los cónyuges han ejecutado actos positivos, libres y espontáneamente, han satisfecho su voluntad y creado un nuevo estado dentro de las leyes. Los hijos son víctimas de actos que en nada se les puede imputar; son víctimas creadas por la interpretación y prácticas legales. Aquéllos son concubinarios; éstos son adulterinos.

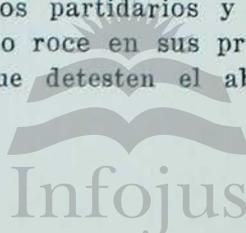
En este desequilibrio hállase la presión de los hechos vivientes y actuales.

Lo corrige la enmienda que propongo; más que una innovación, es una aclaración que suprime la anarquía de criterios, y puede sintetizarse en esta forma:

El matrimonio celebrado en la República Argentina y disuelto en país extranjero, cuyos cónyuges hayan vuelto a contraer enlace, de conformidad a las leyes del país en el cual lo verifiquen, producirá en la República efectos civiles.

Semejante reforma aclaratoria no afecta la indisolubilidad del matrimonio, que permanece intacto e inviolable, es la doctrina del código y de la ley, el corolario lógico del último artículo citado.

Pueden votarla los partidarios y adversarios del divorcio, sin que a ninguno roce en sus principios. Deben votarla todos los hombres que detesten el absurdo y amen la justicia.”



Infojus

SISTEMA ARGENTINO DE  
INFORMACIÓN JURÍDICA

\*  
\* \*

Una variante de la situación que acabamos de examinar podría encerrarse en el cuadro siguiente:

**SEGUNDA HIPÓTESIS:** Matrimonio celebrado en la República Argentina;

**CASO 1:** El divorcio se produce en país extranjero;

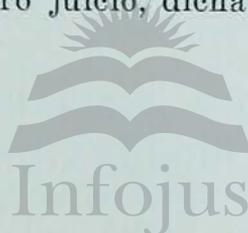
**PRIMER SUPUESTO:** El país extranjero admite la disolución por divorcio;

**CUESTIÓN B:** Validez o nulidad de un nuevo matrimonio en la República;

**FÓRMULA:** *¿Puede cualquiera de los cónyuges provenientes de un matrimonio celebrado en la República y disuelto en país extranjero contraer un nuevo matrimonio en la República?*

De acuerdo con el plan que trazamos al principio, el caso de esta hipótesis puede ser contemplado, sea ante las disposiciones de nuestra Ley de matrimonio, sea ante las cláusulas pertinentes del Tratado de Montevideo, según que el país extranjero en que tenga lugar la disolución del matrimonio se halle o no adherido a dicho Tratado.

En el capítulo final, al ocuparnos de la cuestión en el segundo caso mencionado, examinamos también el propuesto ahora; y en él puede hallar el lector la solución que, a nuestro juicio, dicha cuestión merece.





SISTEMA ARGENTINO DE  
INFORMACIÓN JURÍDICA

## CAPÍTULO TERCERO

---

### Efectos en la República del nuevo matrimonio en el extranjero

---

SUMARIO: 1. Los efectos en cuanto a la persona de los cónyuges. Examínase la posibilidad de una acción criminal. Aplicación del Tratado de Montevideo. — 2. Los efectos en cuanto a la persona de los hijos. Diversos puntos de vista y soluciones posibles. — 3. Los efectos en cuanto a los bienes, con relación a los cónyuges y a los hijos.

---

1. Los efectos a que alude el epígrafe de este capítulo pueden ser referidos:

- a) A la persona de los esposos;
- b) A la persona de los hijos;
- c) A los bienes.

#### I

#### *En cuanto a la persona de los esposos*

Supuesto el caso de un nuevo matrimonio contraído por alguno de los cónyuges en el mismo país de la disolución, ¿qué efectos en cuanto a la persona de los esposos producirá ante las leyes del nuestro? ¿podrá ser considerado por éstas como un matrimonio ilegal, sometido a la sanción que el código penal establece a su respecto?

La solución debe naturalmente buscarse por aplicación de las disposiciones pertinentes del Tratado de Montevideo, dada la hipótesis dentro de la cual el caso se plantea.

Observaremos, ante todo, que el código penal vigente ha fundado la sanción que establece para los matrimonios ilegales en un criterio diverso del que inspiraba la del código reformado. Este imponía la pena preceptuada “*al que contrajere matrimonio sabiendo que existe impedimento que cause su nulidad absoluta*” o “*al que, engañando a una persona, simulare matrimonio con ella*”. El nuevo código, considerando que no es lo mismo el matrimonio celebrado entre dos personas que conocen el impedimento, que aquel en que una de ellas lo ignora, ha reprimido a “*los que contrajeran matrimonio sabiendo ambos que existe impedimento que cause su nulidad absoluta*”; al que lo contrajere “*sabiendo que existe aquel impedimento y que ocultare aquella circunstancia al otro contrayente*”, y al que, “*engañando a una persona, simulase matrimonio con ella*”.

Supuesto, pues, un matrimonio contraído en alguna de las dos últimas hipótesis mencionadas, por uno de los cónyuges, cabría preguntar si asistiría al otro el derecho de acusarlo ante nuestros jueces por el delito de matrimonio ilegal.

Se ha sostenido la negativa, afirmándose que esa persecución es improcedente, porque no existe en el caso el delito que se menciona (1).

(1) En las *Nociones del derecho civil* ya citadas, del doctor E. Prayones, leemos: “¿Qué efectos producirá entre nosotros ese segundo matrimonio? ¿Sería un delito? Se produce una doble situación, según se consideren las personas o los bienes. En cuanto a las personas, la cuestión más importante es la de determinar si habrá o no delito de bigamia. Supongamos que sea el marido el que ha ido al Uruguay, ha obtenido el divorcio y, una vez casado nuevamente, ha vuelto a la República Argentina. La mujer, considerando que su marido no puede, a vista y paciencia suya, vivir con otra mujer como esposa, lo acusa por bigamia. El caso, aunque difícil, no constituye, a nuestro juicio, delito de bigamia. En

Queda dicho que el caso planteado se refiere a los efectos de un nuevo matrimonio contraído en la República del Uruguay; pero tratándose de un caso ocurrido fuera del radio de aplicación del Tratado de Montevideo, en nuestros tribunales se ha resuelto también negativamente, sentándose la conclusión de que (1) “*el de-*

primer lugar, porque los tribunales del crimen carecerían de jurisdicción sobre un acto que no se ha ejecutado dentro de sus límites territoriales. La jurisdicción criminal es exclusivamente territorial. Luego, según los principios del derecho internacional privado, incorporados al Tratado de Montevideo, “los hechos de carácter delictuoso perpetrados en un Estado, que serían justiciables por las autoridades de éste si en él produjeran sus efectos, pero que sólo dañan derechos o intereses garantidos por las leyes de otro Estado, serán juzgados por los tribunales y penados por las leyes de este último.” En el caso supuesto ocurre que el hecho en cuestión es autorizado por las leyes uruguayas, lo que significa que no puede constituir un delito que haya de ser castigado por nuestros jueces. No hay, pues, delito de bigamia. (*Derecho de familia*, 2ª ed., pág. 89.)

(1) He aquí una sentencia en ese sentido, que tomamos de la *Gaceta del Foro*, núm. 1394, de 5 de Noviembre de 1920:

#### Auto de 1ª instancia

Buenos Aires, Septiembre 3 de 1920.

Autos y vistos: El presente sumario seguido por el delito de matrimonio ilegal contra Manuel Félix Pérez, sin sobrenombre ni apodo, argentino, de 53 años de edad, casado, ingeniero maquinista de segunda (retirado) y domiciliado Paraguay 4692.

#### Y Considerando:

Que está probado que Manuel Félix Pérez casó en Londres (Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda) con María Helene Herrmann, en 28 de septiembre de 1912, (certificado de fs. 15 traducido a fs. 26), subsistiendo el matrimonio contraído en esta capital con Elisabeth Howard, en 8 de junio de 1908 (testimonio de partida de fs. 29 e informe policial de fs. 28). Este hecho,

*lito de matrimonio ilegal (bigamia en el caso) se inicia y se consuma cuando se celebra el segundo matrimonio subsistiendo el primero; y que habiéndose celebrado el segundo matrimonio fuera del territorio de la República y no rigiendo el Tratado de Montevideo sino para los delitos que, cometidos en el territorio de alguno de los países signatarios, produzcan sus efectos en alguno de los otros, debe sobreseerse definitivamente en la causa, por carecer las autoridades del país de jurisdicción para seguir su conocimiento.”*

efectuado en Londres y que constituye el delito de matrimonio ilegal, se encuentra igualmente probado por el certificado y testimonio de fojas 15 y 29, respectivamente, que acreditan la celebración de los referidos matrimonios.

Que en virtud del principio de la territorialidad de la ley penal, son las autoridades judiciales del Reino Unido las que tienen jurisdicción para juzgar al nombrado Pérez por el delito de matrimonio ilegal; su legislación represiva prevé y castiga ese delito en el Cap. 110 del Estat. 24 y 25 Viet. (Compilación general del derecho inglés, por A. García Moreno, páginas 736 y 737). No obstante, las autoridades de la República Argentina podrían juzgar al ciudadano Pérez si, iniciada la acción penal en el Reino Unido y solicitada su extradición, esas mismas autoridades se negaran a conceder la entrega de dicho ciudadano, ejercitando la facultad que le confiere el artículo 3º del Tratado de la materia (firmado y canjeado en Buenos Aires en 22 de mayo de 1889 y 15 de diciembre de 1893, respectivamente; y aprobado por ley núm. 3043).

Por otra parte, el delito de matrimonio ilegal, por su naturaleza, no es de aquellos que, preparados en un territorio, producen sus efectos en otro territorio: se inicia y termina, en la especie, cuando se celebra el segundo matrimonio subsistiendo el primero, en todos aquellos Estados que fundan la familia sobre el régimen monogámico. Y si hay Estados que castigan los delitos perpetrados por sus nacionales o entre sí o contra sus nacionales en el extranjero cuando se asilan en sus territorios, es en cumplimiento de disposiciones expresas contenidas en sus respectivas legislaciones represivas o a mérito de haberlo acordado así en los tratados sobre extradición.

Tratábase en este caso de una persona que, casada en nuestro país, había contraído, viviendo su cónyuge, un nuevo matrimonio en Inglaterra.

En cuanto a la tesis que sostiene el infrascripto, está ampliamente desarrollada por el Plenipotenciario doctor don Roque Sáenz Peña en el acta número 12 del Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado, en su carácter de miembro informante de la comisión de Derecho Penal (Edición Oficial de 1894). Dicho plenipotenciario, cuya autoridad merece consignarse por muchos conceptos, decía así: "En materia de jurisdicción, la comisión ha aceptado el principio de la ley territorial y la potestad de los jueces en cuyo territorio se consuman los actos delictuosos". (Págs. 147 y 148).

... "Afortunadamente, señores plenipotenciarios, el Derecho Internacional Privado, que no ha tomado carta de ciudadanía, ha resistido con previsión y con prudencia estas explosiones de vanagloria nacional y según él, el derecho de represión es privativo del Estado, cuyas leyes han sido violadas y cuya soberanía es ultrajada por el crimen mismo. Los Estados que sienten intactos sus derechos, que no han visto agredidos en sus territorios a sus residentes o a sus súbditos, no pueden ejercer la represión, porque no tienen interés en el castigo, porque no pueden invocar la defensa jurídica en nombre de la cual las sociedades ejercen la penalidad; y esa defensa jurídica no puede invocarla un Estado que no ha sido ofendido, porque la defensa supone ataque y agresión, y la que se ha llevado contra las leyes de una Nación no puede ser vengada por todas las otras, sin caer en el principio de la justicia universal y absoluta que la filosofía moderna ha venido desalojando de sus dominios teocráticos" (pág. 49)... "Cuando la Francia discutió su proyecto de Código de Instrucción Criminal, donde tantos y tan graves privilegios se reservaba la nacionalidad francesa, el jurisconsulto Ortolan, exclamaba, no satisfecho todavía: "Falta en este Código la protección que la Francia debe a sus súbditos en el extranjero, no se siente bastante la autoridad de la Nación sobre los franceses que viven en el territorio de los otros Estados." Se comprende, señores, la extrañeza con que tiene que recibirse esta lamentación impropia, nacida de una autoridad bajo todos conceptos respetable; y es sensible que ella nos obligue a reabrir los manuales que hemos dejado olvidados en las aulas, para recordar que esa autoridad, cuya ausencia deplo-

Estas dos situaciones reconocen como antecedente un primer matrimonio celebrado en la Argentina, que subsiste ante nuestra ley a la fecha de la celebración del

ra el sabio jurista francés, no puede consentirla dentro de su jurisdicción ningún Estado independiente; estoy obligado a recordar también, que el extranjero que llega a un territorio, acepta con el hecho la protección de sus leyes y la competencia de sus Tribunales, que hacen innecesaria e injuriosa toda otra protección o autoridad; estos son, señores, los principios elementales que han presidido a la constitución de los Estados y que consolidan en los tiempos modernos el alto principio de la soberanía; son también estas nociones de la ciencia internacional las que inspiran y confirman el principio que ha proclamado Fiore: "sea quién fuere el autor o la víctima de un crimen, su represión corresponde a los Tribunales y a las leyes que amparan el derecho violado". Es éste el principio que la comisión acepta en todas y cada una de sus conclusiones, y es ésta también la protección que ha debido recordar el jurisconsulto francés, antes de extender la autoridad y soberanía de la Francia, sobre las naciones que hospedan ciudadanos franceses en su suelo". (Pág. 151 y 152).

... "La historia de los procesos nos enseña que un delito puede perpetrarse en un Estado, afectando exclusivamente los derechos y los intereses de otro. ¿Cuál es el Tribunal competente para juzgar al culpable y cuáles las leyes aplicables al caso?"

"Desenvuelto el principio de la justicia relativa, pues consulta el interés de los Estados afectados por el crimen, es forzoso reconocer la jurisdicción del país exclusivamente damnificado, porque es el único que puede invocar la defensa jurídica, como base de la penalidad y razón del castigo; la falsificación de sellos y monedas por ejemplo, puede perpetrarse en un territorio distinto de aquél a cuyo gobierno pertenecen las monedas o los sellos. ¿Dónde debe ubicarse el interés de la represión, sino allí donde se sienten ultrajados los derechos de soberanía, y estafado el poder público en una de las facultades que le son privativas? No creo necesario insistir en este punto, en que se muestran conformes los autores y las legislaciones penales; la Comisión acepta la jurisdicción del país damnificado, y no cree en esto separarse del principio territorial, tal como lo ha entendido y explica en este informe; la jurisdicción del

segundo. No concebimos la posibilidad de una persecución criminal cuando ese primer matrimonio se ha celebrado en un país extranjero. Sin embargo, nuestra jurisprudencia registra un caso en que la querrela por

delito es la del país que ampara los derechos violados. Dada la redacción del artículo 2º, se me ha preguntado si este principio comprende solamente los delitos que afectan al Estado como colectividad política o si se extiende a los derechos particulares violados en las personas que habitan en países distintos al del culpable, es decir, distinto de aquel en que se preparó su crimen; la comisión ha sentado un principio amplio y general; entiende que los derechos de un Estado se menoscaban, no sólo por los delitos perpetrados contra su soberanía política, sino también por los atentados que comprometen personas, derechos e intereses colocados bajo la custodia de sus leyes; supóngase el caso de que se envíen de un territorio a otro alimentos envenenados, supóngase que en la frontera de un Estado se dispare un tiro de fusil que hiere o mata a la persona que se halla bajo la jurisdicción territorial de otra Nación; casos son éstos, que deben ser juzgados dónde cae la víctima, donde se produce el daño, donde se ha violado un derecho protegido por las leyes; en la residencia que tenía el agente al tiempo del delito hay, es cierto, un acto delictuoso, han tenido lugar los actos preparatorios, pero el delito está consumado en otra parte, y es en otro territorio también donde se produce el hecho grave que sirve a calificarlo; hay, repito, un acto criminoso que podría determinar la jurisdicción en que residía el delincuente; pero, de acuerdo con los principios que hemos desarrollado, debe prevalecer en el conflicto la jurisdicción que ampara los derechos violados en la persona de la víctima; allí está el daño, allí se ha consumado el crimen, allí hay un hecho jurídicamente cierto y no dudoso, como lo son siempre los actos preparatorios y en muchos casos la tentativa misma. Debo agregar, como ilustración a este principio, que la Corte de Casación de Francia se ha pronunciado en su favor, en el proceso *Marechaux*; el delito fué perparado en Londres, y produjo sus efectos en París; los Tribunales Británicos reclamaron para sí la jurisdicción del proceso, pero la Corte Francesa desconoció tal competencia, haciendo prevalecer la teoría que acabo de desarrollar, fundada en la jurisdicción del perjuicio, en la sobe-

bigamia se apoyaba en esa circunstancia, pues el actor accionaba contra su esposa en mérito de que, habiendo contraído enlace con la querellada en Francia, ella, después del divorcio decretado también en Francia, habíase casado en nuestro país. (1)

ranía vejada por el crimen, y en las leyes que amparan a la víctima: el culpable expió su crimen en las cárceles francesas''. (Pág. 153 y 154).

Por lo expuesto, no obstante lo dictaminado por el señor agente fiscal, en virtud de que la jurisdicción en materia criminal es improrrogable y afecta el orden público, resuelvo: Sobreseer definitivamente en esta causa, por carecer de jurisdicción el juzgado para seguir su conocimiento (art. 432, 443, inciso 1º, y 454 del Código de Procedimientos en lo Criminal). En consecuencia, diríjase oficio al señor jefe de policía para que deje sin efecto la orden de captura dictada en este sumario contra Manuel Félix Pérez... — Jaime Llavallol. — Ante mí: Severo Vera.

#### Sentencia de la Cámara en lo Criminal y Correccional

Buenos Aires, octubre 1º de 1920.

Y Vistos: Habiéndose cometido el delito fuera del Territorio de la República y no rigiendo el Tratado de Montevideo invocado por el agente fiscal sino para los delitos que, cometidos en el territorio de alguno de los países signatarios, produzcan sus efectos en alguno de los otros; se confirma el auto de fs. 36. — E. F. Newton. — Daniel J. Frías. — O. González Roura.

(1) La sentencia, en el caso aludido, es la que transcribimos a continuación. Como se verá en ella, parte de principios y llega a conclusiones con las que hemos manifestado nuestra fundamental disidencia.

Considerando:

Que la cuestión versa en si María Souberhié, casada en Francia en 1881 con Próspero Mathet y divorciada por sentencia de 1898, pasada en autoridad de cosa juzgada, puede casarse válidamente en la República, en virtud de la disolución del vínculo conyugal declarada por los tribunales franceses.

A nuestro modo de ver, la situación no varía, para la legislación argentina, sea que el caso imponga la aplicación del Tratado de Montevideo, sea que el segundo matrimonio se haya contraído en un país no signatario de aquél, siempre que el primero haya sido celebrado en nuestro país.

El delito de que se acusa es el prescripto y penado en el art. 153 del Cód. penal, que establece: Que el que contrajere matrimonio estando casado válidamente... será castigado con penitenciaría de tres a seis años.

La prueba del matrimonio, así como la del divorcio consecutivo y la del segundo matrimonio celebrado en esta capital el 8 de marzo del corriente año, corre en los autos principales.

I. El matrimonio, la más importante de las transacciones humanas, la base de la familia y de la sociedad civilizada, es algo tan respetable y sagrado, que las naciones, al legislar sobre él, ponen los mejores cuidados.

El divorcio, que es la separación personal de los esposos (*quoad thorum et cohabitationem*) según las leyes canónicas y las de los países donde predominan los dogmas del cristianismo, o la disolución completa del vínculo según el paganismo y los doctrinarios liberales de la época moderna, ha suscitado larguísima discusiones cuando en la ley se ha tratado de adoptar uno u otro sistema.

¿Cuál de estos dos sistemas es el que conviene más para la estabilidad de la familia, para la moral pública, para la efectividad de los derechos y deberes del hombre en sociedad? ¿Cuál el que se adapta mejor a las instituciones de un pueblo libre y católico como el nuestro?

No es el caso entrar a discutir estas cuestiones complejas: a nuestro objeto nos basta afirmar que por nuestra ley vigente el matrimonio válido no se disuelve sino por la muerte de uno de los cónyuges; ni el fallecimiento presunto de uno de ellos, que por la misma ley produce los efectos del real con relación a los bienes, autoriza al otro para celebrar un subsiguiente matrimonio. "Mientras no se pruebe el fallecimiento del cónyuge ausente o desaparecido, el matrimonio no se considera disuelto", dice el art. 83 de la Ley de Matrimonio. Tal es el absolutismo del sistema adoptado por nuestra ley en relación al vínculo creado por el matrimonio.

Hagamos por orden el análisis de las mismas.

Nosotros sostenemos que, en los casos de aplicación del art. 13 del Tratado de Montevideo los jueces orientales no pueden decretar el divorcio absoluto disolviendo un matrimonio contraído en nuestro país. Siendo así, es natural consecuencia sostener que los cónyuges provenientes de ese matrimonio se hallan inhabilitados para celebrar uno nuevo en la República Oriental. Si, no obstante ello, los jueces disuelven el matrimonio y los funcionarios del Registro civil autorizan el nuevo vínculo, es indudable que, del punto de vista internacional y ante las disposiciones del Tratado, ese matrimonio es ilegal, y la sanción consiguiente es el desconocimiento del mismo por los demás países signatarios, en uso del derecho que les acuerda el art. 11 del Tratado.

II. — Bajo el imperio de nuestro código civil la presente cuestión no podría promoverse; planteada, quedaba resuelta por la explícita disposición del art. 165, y la acusada estaría convicta y confesa de haber celebrado un matrimonio ilegal, por haberlo realizado a sabiendas mediando un impedimento dirimente; el matrimonio sería nulo de pleno derecho y ella pasible de pena por el delito de bigamia. Pero la ley de matrimonio civil sancionada el año 1888 y corregida al año siguiente, al secularizar el acto, ha introducido modificaciones relativas al hecho en cuestión, que si bien no estatuyen de una manera clara y terminante como lo hacía el codificador, deja a la hermenéutica legal la tarea de interpretar el espíritu, ya que la letra no es clara.

El juzgado, siguiendo la sabia regla de Zacharie y Aubry y Rau, interpretará el código por el código mismo, ya que en este caso carecemos de la interpretación pública, pues ni al legislador ha fundado especialmente la modificación al art. 165 del código, reemplazado por el 7º de la Ley, ni los tribunales se han pronunciado en un caso análogo.

El codificador argentino pone a la cabeza del título del matrimonio, como el mejor fundamento a las disposiciones proyectadas, unos párrafos de Lord Robertson sacados de sus notas a Ferguson; uno de esos párrafos dice: "Aunque un matri-

Hacemos naturalmente aquí implícita referencia a las condiciones dentro de las cuales ha de aplicarse la solución mencionada y que sentamos en capítulos posteriores.

En cuanto al orden privado de las relaciones matrimoniales, consideramos equivocada la opinión que, negando carácter delictuoso al hecho de que se trata, considera improcedente la persecución judicial.

monio que es contraído conforme a la *lex loci* puede ser válido en todas partes, sin embargo la ley pública del domicilio que es imperativa sobre todos los habitantes que están dentro de su jurisdicción, no puede ser afectada por la circunstancia de que el matrimonio fué celebrado en un país donde la ley era diferente, como sucede en los contratos, porque a un individuo que está domiciliado aquí no se le puede permitir que importe a este país una ley peculiar que se halle en oposición a las grandes e importantes leyes públicas que nuestra legislación ha juzgado esencialmente ligadas a los más grandes intereses de la sociedad”.

“Para el pueblo de la Nación Argentina, el matrimonio válido, ya se le considere como un contrato *sui generis*, ya como un sacramento, crea entre los esposos un vínculo que sólo se disuelve por la muerte de uno de ellos; así lo estableció nuestro código civil (art. 219); así lo establece la ley especial (art. 81) y así lo establecerá también nuestra legislación anterior al código: “Matrimonio es ayuntamiento de marido e de mulier, fecho con tal entención de venir siempre en uno e de non se departir; guardando lealtad cada uno dellos al otro, e non se ayuntando el varon a otra mulier nin ella a otro varon, viviendo ambos a dos...” (Ley I, tít. II, Part. IV).

Este es el principio social y político que informa nuestra legislación sobre materia tan trascendental, y toda interpretación que tienda a contrariarla debe ser desechada.

III. — En materia internacional, a falta de tratados, rige la reciprocidad, la *comitas gentium*; pero esa reciprocidad tiene sus límites; esos límites, por lo que a nuestro país respecta y en relación a las leyes y sentencias extranjeras, se encuentran estatuidos en los principios políticos de nuestra Carta fundamental y en el art. 14 del código civil, que establece las condiciones que deben llenar las leyes y sentencias extranjeras para que produzcan sus efectos en la República. Esta disposi-

La cita que se hace del art. 2º del Tratado de derecho penal no es suficiente. Dicha disposición se refiere, en efecto, a los hechos de carácter delictuoso que, perpetrados en un Estado, por cuyas autoridades serían justiciables si en él produjeran sus efectos, sólo dañan derechos o intereses garantidos por las leyes de otro Estado, determinándose que ellos serán juzgados por los tribunales y penados según las leyes de este último. De esta cita deducen *a contrario sensu*, los sostenedores de aquella opinión que, si no son justiciables por las leyes del Estado en que se cometen, no serán juzgados ni penados en el otro cuyas leyes garanten los derechos o intereses lesionados.

ción establece que: las leyes extranjeras (las sentencias son leyes en acción) no serán aplicables cuando su aplicación se oponga al derecho público o criminal de la República... o a la moral y buenas costumbres, o cuando su aplicación fuere incompatible con el espíritu de la legislación de este código.

La aplicación de la ley extranjera mediando tales circunstancias, importaría un atentado a la independencia y soberanía de la Nación que, por medio de sus representantes, proclamó en acto solemne su independencia y emancipación, notificando al mundo que una nueva nación entraba a formar parte del concierto de los pueblos civilizados de la tierra.

En el caso en discusión no sólo se encuentran comprometidos principios de derecho público, sino también principios de moral social y buenas costumbres.

La aplicación de los principios del derecho internacional tiene que ser subsidiaria de la legislación nacional: de lo contrario, un Estado tendría que abdicar en parte su derecho indiscutible e inalienable de darse sus propias leyes de acuerdo con sus principios políticos, sus costumbres, sus creencias religiosas y sus tradiciones. Así vemos que nuestro sabio codificador Doctor Vélez Sársfield, en pleno vigor de la doctrina internacional que establece que la disolución de un matrimonio de conformidad a la ley del país en que éste se celebró y donde las partes estaban domiciliadas debe tenerse por disuelto en todos los demás países, estableció: que el matrimonio disuelto en territorio extranjero de conformidad a las leyes del mismo

Es verdad que el Tratado de Montevideo ha adoptado, en materia de jurisdicción penal, el principio territorialista, que determina que “los crímenes y delitos, cualquiera que sea la nacionalidad del agente, de la víctima o del damnificado, se juzgan por los Tribunales y se pe- nan por las leyes de la nación en cuyo territorio se per- petran” (art. 1º); pero este principio, que importa re- conocer la acción del castigo dentro del territorio de cada nación y el imperio de la legislación penal como inherente a cada Estado en el orden interno, admite en el Tratado una natural adaptación a los casos en que

país, pero que no hubiera podido disolverse según las leyes de la República Argentina, no habilita para casarse a ninguno de los cónyuges, y que el matrimonio que puede disolverse según las leyes del país en que se hubiere celebrado no se disolverá en la República sino por muerte de uno de los esposos. (Arts. 165, 219 y 220 c. c.).

Esta es la doctrina internacional encarnada en el pueblo de la República Argentina: esta es la doctrina que ha echado raíces en nuestra sociabilidad; es la doctrina de nuestros abue- los, de los que formaron esta nacionalidad, de los que nos die- ron patria independiente y libre.

IV. — Se objeta que el art. 165 del código ha sido derogado por la Ley de Matrimonio, cuando simplemente ha sido modifi- cado y reemplazado por el 7º de ésta. Ese artículo del código establecía en términos absolutos que nosotros no podíamos acep- tar que disuelto un matrimonio según una ley extranjera, se casaran nuevamente, ya sea en la República o en el extran- jero, y que ese nuevo matrimonio fuera válido aquí; para nos- otros, a estar a la letra del artículo, un primer matrimonio celebrado de acuerdo con la *lex loci* o con las leyes de la Iglesia Católica era válido en la República (art. 164 c. c.) y no se le consideraba disuelto aunque lo hubiera sido según la ley ex- tranjera ; a tal punto que, probada (como en el caso *sub-judice*) la existencia anterior de un matrimonio válido, según nuestra opinión, — que viene a ser contraria a la contenida al final de esa nota del doctor Vélez al art. 165, — el nuevo matrimonio contraído por alguno de los primitivos esposos sería de ningún valor para nuestros tribunales, sería un simple concubinato; y

“las leyes penales y los procedimientos conducentes al castigo toman carácter internacional, por ser varios los Estados que pueden disputarse la jurisdicción del delito, sea con relación a la persona del reo, sea por el refugio que éste ha buscado después de delinquir, sea también por el interés que tengan en la represión varios Estados, o finalmente por la jurisdicción dudosa del delito, cuando los actos preparatorios se producen en un territorio y sus efectos han de sentirse en otro”.

el primer esposo tendría derecho para accionar en la República en ejercicio de los derechos que le acuerda la calidad de cónyuge divorciado. Este absolutismo de la disposición ha sido modificado por la nueva ley al establecer que sólo los matrimonios contraídos en la República y disueltos de conformidad a las leyes de otro país no habilita para casarse a ninguno de los cónyuges; pero los no celebrados en la República y disueltos en el extranjero habilitan a los esposos para contraer un nuevo matrimonio en el extranjero, y ese nuevo matrimonio debe ser reconocido por nuestros tribunales: esto no sucedería si los casados en la República se divorciaran en Francia o Escocia y contrajeran nuevo matrimonio en esos mismos países y regresarán a nuestro país; para nosotros, los últimos matrimonios serían nulos y el celebrado aquí continuaría en vigor, en mérito de la terminante disposición del art. 81 de la ley vigente, que establece: que el matrimonio válido no se disuelve sino por la muerte de uno de los esposos, y la del art. 7º de la misma ya citado.

La liberalidad de la nueva disposición consiste, como queda insinuado, en que antes se rechazaba en absoluto los matrimonios contraídos en virtud de la habilidad adquirida por la disolución por el divorcio de un primer matrimonio, ya hubiera sido éste contraído aquí o en el extranjero; mientras que ahora sólo se rechaza a los contraídos por disolución de los celebrados en la República.

V. — Sostener que por la ley vigente es permitido casarse nuevamente a los divorciados según la ley de un país extranjero, y que ese segundo matrimonio puede celebrarse válidamente en la República, es sostener la injusticia del legislador argentino, es sostener la iniquidad de la ley, es atentar contra el poder político de legislación de la República.

Para estas situaciones, rechazando las diversas escuelas de la jurisdicción universal, de la nacionalidad del agente o de la víctima, el Tratado aceptó y consagró la doctrina de que: *sea quien fuere el autor o la víctima de un crimen, su represión corresponde a los Tribunales y a las leyes que amparan el derecho violado...* De esta manera, el Tratado soluciona todos los casos por la aplicación combinada del principio de la territorialidad de la ley penal y el del interés de los Estados afectados por el delito mismo.

El legislador habría sido injusto, porque habría establecido en la ley mayor liberalidad para los extranjeros o argentinos que hubiesen despreciado sus instituciones, trasladándose a un país donde rige el divorcio *quoad vinculum*, casándose allí, divorciándose después y quedando hábiles para celebrar una unión posterior dentro de los límites territoriales de la República, lo que les es absolutamente prohibido a los argentinos o extranjeros que se casan en el país.

No puede concebirse que una ley nacional que estatuye sobre un acto tan trascendental como el matrimonio, sea más ventajosa y liberal para los súbditos extranjeros que para los suyos propios. Todas las naciones son egoístas al respecto, y la liberalidad de sus leyes llegan al más alto grado cuando conceden al extranjero, domiciliado o transeunte, iguales derechos que al nativo o naturalizado; pero no hay ejemplo de que las leyes de un país sean más liberales para con los extranjeros que para con los nacionales. Y ello se explica, porque esto sería la negación de la soberanía, la negación de la independencia, la negación de la existencia como pueblo libre.

“Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles de ciudadano... textar y casarse conforme a las leyes”, dice el art. 20 de la Const. Nacional.

VI. — Si bien es cierto que la Constitución Nacional establece que nadie puede ser privado de hacer lo que la ley no prohíbe, también es exacto que una prohibición implícita de la ley tiene fuerza en derecho civil. El art. 22 del código establece que lo que no está dicho explícita o *implícitamente* en ningún artículo del mismo no puede tener fuerza de ley en derecho civil; de donde surge la consecuencia de que una prohibición implícita como la que resulta de la aplicación combi-

Respondiendo a este criterio, la comisión respectiva había proyectado el art. 2º en los términos siguientes: “Las infracciones a la ley penal perpetradas en un Estado,

nada de los artículos 7, 81 y 82 de la ley especial, tiene fuerza de ley. El primer artículo establece que la disolución en país extranjero de un matrimonio celebrado en la República no habilita a ninguno de los cónyuges para casarse si esa disolución no es de conformidad con nuestras leyes; el segundo, que el matrimonio válido no se disuelve sino por muerte de uno de los esposos; y el tercero, que el matrimonio que puede disolverse según las leyes del país en que se hubiere celebrado, no se disolverá en la República sino de conformidad al artículo anterior.

El principio matriz de nuestra ley es, por consiguiente, que el matrimonio válido, ya sea celebrado en la República o en el extranjero, no se disuelve sino por muerte de uno de los esposos: la disolución en otro país de un matrimonio celebrado en el nuestro o en el extranjero, no habilita a ninguno de los cónyuges para casarse en la República.

“El matrimonio que puede disolverse según las leyes del país en que se hubiese celebrado no se disolverá en la República sino por la muerte de uno de los cónyuges”, estatuye la ley; y no reconociéndose la disolución por otras causas, no puede permitir que en su territorio se haga valer esa disolución para contraer un nuevo enlace válido.

La sentencia que declara el divorcio *quoad vinculo* en Francia no es un contrato, ni un acto que, celebrado de conformidad con la *lex loci*, debe tener fuerza y eficacia entre nosotros, de acuerdo con los principios generales: es el nuevo matrimonio contraído por la disolución del primero y de acuerdo con la ley del país de su celebración, el que puede y debe ser aceptado por nosotros, de acuerdo con el art. 2º de la ley especial y 950 del cód. civil. El divorcio decretado en Francia no tiene más alcance para la ley argentina que el que le da el art. 64 — la separación personal de los esposos — y sus efectos no pueden ser otros que los legislados en los artículos 72 al 80.

VII. — Por otra parte, podría objetarse que la ley autoriza la celebración de un nuevo matrimonio por haber sido disuelto el primero, en mérito de lo estatuido por el inciso 5º del art. 9, que establece que es impedimento dirimente para el matrimonio “el matrimonio anterior *mientras subsista*”; pero

pero que afectan exclusivamente derechos o intereses de otro, serán juzgados por los tribunales y penados por las leyes de este último''.

es que la ley en este punto no se refiere, porque no podría referirse, a la *disolución* sino a la *anulación* de un primer matrimonio; y esta interpretación está plenamente confirmada con lo establecido en el art. 1º del art. 19, donde, lejos de exigir como recaudo la sentencia que declare *disuelto* el matrimonio anterior, exige solamente copia legalizada de la sentencia ejecutoriada que hubiese declarado nulo el matrimonio anterior de uno o de ambos futuros esposos''.

Si la mente del legislador hubiese sido permitir que los divorciados en un país donde el divorcio disuelve el vínculo puedan casarse en la República, no puede uno explicarse cómo al exigir las formalidades indispensables que deben llenarse para que el oficial público celebre el matrimonio, — documentos, consentimiento de los padres, tutores o curadores, cuando alguno de los contrayentes es menor de edad o venia supletoria judicial y testigos, — no exija la sentencia legalizada que declare el divorcio *quoad vinculo*.

La misma actitud de la acusada ante el oficial público que celebró su matrimonio con D. José Ventura García hace presumir que no estaba convencida de la legalidad del acto que realizaba, pues en vez de declarar sinceramente que fué casada anteriormente con Próspero Mathet y que ese matrimonio fué disuelto en Francia por la sentencia de divorcio que ha acompañado al prestar su declaración ante el juzgado, ha silenciado esa circunstancia, manifestando que *era soltera* (test. de f. 1, causa principal).

VIII. — Saliendo del terreno del derecho civil, al cual ha sido indispensable penetrar por tratarse de un acto esencialmente civil y que sirvió de base a la acusación criminal, nos queda a establecer si el hecho acusado encuadra dentro de la prescripción del art. 143 del código Penal, única disposición aplicable al caso.

Sentadas las premisas de que el matrimonio de la Souberbié con José V. García no ha podido realizarse válidamente en la República, porque el divorcio francés no puede tener entre nosotros mayores efectos que el autorizado por nuestra ley, debemos concluir que él no ha podido realizarse por existir el impedimento dirimente a que se refiere el inc. 5º del art. 9 de

Dificultades de interpretación y de aplicación del artículo surgidas en el debate producido por el mismo, determinaron la suspensión del voto a su respecto y su mo-

la ley de matrimonio civil, exactamente como sucedería si un esposo divorciado por los tribunales argentinos se casara viviendo el otro cónyuge.

La Souberbié y Mathet han sido casados válidamente en Francia, y si bien ese matrimonio está disuelto para la ley francesa, no lo está para la Argentina, a los efectos de un subsiguiente matrimonio en este país. Lo mismo sucedería si un súbdito de un Estado en el cual la poligamia es permitida, viniese a la República con un cortejo de esposas legítimas y que alguna de éstas tuviese necesidad de accionar contra el marido por usar de mayores preferencias y distinciones con una o las demás esposas, por negarle el débito conyugal u otras causas; para los tribunales argentinos esas acciones serían improcedentes, porque por nuestra ley un hombre no puede tener más que una esposa, y no se podría permitir la importación de tal ley extranjera, que atentaría contra todos nuestros principios sobre el matrimonio. Esas uniones, aunque celebradas de acuerdo con la ley de la nacionalidad de los cónyuges, no podrían tener entre nosotros los efectos civiles del matrimonio monogámico.

La misión de las leyes es sostener y acrecentar el poder de las buenas costumbres y no enervarlas o corromperlas, como lo dice el Dr. Vélez Sársfield.

IX. — Pero si bien, como queda demostrado, la Souberbié no ha podido casarse válidamente en la República viviendo su primer esposo, Próspero Mathet y cometiendo con tal hecho el delito de bigamia ¿es ella responsable criminalmente por haber obrado con ánimo de delinquir?

En su declaración indagatoria manifiesta que ella se ha considerado soltera y hábil para contraer un nuevo enlace porque así lo han declarado los Tribunales de Francia a cuya nación pertenece, y porque así es la ley de su país; que ha estado muy lejos de su espíritu cometer delito alguno al unirse en matrimonio con su actual esposo, D. José Ventura García.

El art. 6 del cód. penal establece: que en la ejecución de hechos calificados de delitos se presume la voluntad criminal, a no ser que resulte una presunción contraria de las circunstancias particulares de la causa.

dificación ulterior, propuesta por la misma comisión, en los términos en que aparece en el Tratado: "Los hechos de carácter delictuoso perpetrados en un Estado, que se-

La circunstancia de tratarse en este caso de una mujer, en la cual, a diferencia del hombre, debemos suponer que no ha tenido intención de engañar o causar, con el matrimonio que podría declararse nulo, perjuicios irreparables, como sucedería si el cónyuge que estaba libre para casarse fuese una mujer honesta, debe tenerse muy en cuenta.

Por otra parte, entra en el espíritu de la ley y en la moral y buenas costumbres fomentar la celebración de matrimonios, y ese acto tan importante de la vida social sólo debe considerarse delictuoso cuando aparezca manifiesta la intención dolosa de uno o de ambos contrayentes.

Y por fin, la duda de la criminalidad del acto sería favorable a la acusada, en mérito de lo dispuesto en el art. 13 del cód. de proc. en lo criminal.

Por esto, fallo: haciendo lugar a la excepción opuesta (falta de acción), y de acuerdo con el art. 434, inc. 3º del cód. de proced. penales, mando sobreseer definitivamente en esta causa y respecto de doña María Souberbié, con la declaración del art. 437 de la misma ley. — D. M. Rodríguez Bustamante. — Ante mí: J. J. Raggio. — Mayo 10|1900.

### Dictamen fiscal

Exema. Cámara:

A juicio de este Ministerio, la señora María Souberbié, que siendo nacida y estando domiciliada en Francia, se casó en ese país y se divorció posteriormente, ha podido casarse válidamente en la Argentina, con arreglo a nuestra ley nacional. Según el art. 165 de leód. civil, este segundo matrimonio habría sido nulo; pero tan desacertada disposición ha sido corregida por la ley de matrimonio de noviembre 12 de 1888, por el mero hecho de no haber sido reproducida en ella, ya que es cosa admitida y así resulta del art. 118 de esa ley, que esta última ha venido a suplantar al título respectivo del cód. civil. Sobre este punto ninguna duda puede existir. Tampoco se oponen a mi tesis las disposiciones de los arts. 81 y 82 de la ley

rían justiciables por las autoridades de éste, si en él produjeran sus efectos, pero que sólo dañan derechos e intereses garantidos por las leyes de otro Estado, serán juzgados por los tribunales y penados según las leyes de este último”.

El alcance de la disposición quedó determinado por la misma comisión en el informe y en el debate: “dada la

aludida; porque cuando el primero de esos artículos dice que el *matrimonio no se disuelve sino por la muerte de uno de los esposos*, se refiere evidentemente a la disolución que se quiere hacer valer ante nuestros tribunales por los esposos residentes en la Argentina; la cual resulta con mayor claridad de lo prescripto en el art. 82 siguiente, según el cual el matrimonio que habría podido disolverse según la ley del domicilio matrimonial (Francia en nuestro caso) no se podría disolver en la República sino por la muerte de uno de los esposos. Pero el segundo matrimonio de la señora Souberbié no se halla regido por ninguno de esos artículos, porque el primer matrimonio ha sido disuelto, no por nuestras leyes ni por nuestros magistrados, sino por las leyes y magistrados de Francia, o sea del domicilio matrimonial. La disposición del art. 7º de la ley de matrimonio suministra un fuerte argumento en el sentido de mi tesis; pues si un matrimonio celebrado en la Argentina no habilita para volver a casar aquí cuando ha sido disuelto en el extranjero en desacuerdo con la ley argentina, ha de concluirse que cuando el primer matrimonio se celebró en un país extranjero y posteriormente fué disuelto con arreglo a la ley de ese país, los esposos quedan habilitados para volver a casarse segunda vez en la Argentina. Además, según el art. 9 de la ley, constituye impedimento para el casamiento el matrimonio anterior, pero sólo *mientras subsista*. La distinción que se trata de establecer diciendo que la señora Souberbié podía casarse válidamente en Francia, mas no en la Argentina es inaceptable, por ilógica; porque si el primer matrimonio se halla disuelto, a los ojos de nuestro legislador, debe habilitar a los esposos para casarse lo mismo aquí que en Francia; a no ser que un texto legal tan desacertado como el art. 165 del cód. civil, repugnase a esa lógica consecuencia. ¿Cómo ha de querer la ley argentina que una mujer libre no pueda casarse?

redacción del artículo, se dijo en el primero, (1) se me ha preguntado si este principio comprende solamente los delitos que afectan al Estado como colectividad política o si se extiende a los derechos particulares violados en las personas que habitan en país distinto al del culpable, es decir, distinto de aquel en que se preparó el delito. La comisión ha sentado un principio amplio y general: entiende que los derechos de un Estado se menoscaban, no sólo por los delitos perpetrados contra su soberanía política, sino también por los atentados que

El Fiscal, cree dejar bien establecida la validez del segundo matrimonio de la señora Souberbié, sin poder detenerse más sobre ese tópico, en razón de tener a despacho una enorme masa de expedientes acumulados durante la licencia que por enfermedad le fué concedida. Sírvase V. E. fallar definitivamente esta causa absolviendo a la procesada, en razón de que ella, lejos de cometer algún delito casándose por segunda vez, ha realizado un acto perfectamente lícito y arreglado a nuestra política y legislación.

Agosto, 1900.

L. Segovia.

#### Fallo de la Cámara

Septiembre 12 de 1900.

Y Vistos: siendo improcedente el recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado, desde que el juez *a quo* resolviendo la excepción de falta de acción opuesta por aquél, ha dictado auto de sobreseimiento definitivo, con la declaración del art. 437 del cód. de proc. en lo criminal; que es lo mismo que lo que aquél solicitó al promover la articulación, así se declara, e importando el precedente dictamen del Sr. Fiscal un desistimiento del recurso deducido por el Agente Fiscal a fs. 26, téngasele por desistido y devuélvase. — López Cabanillas — Pérez — Esteves — Saavedra — Ante mí: D. J. Frías.

(1) Actas, pág. 153, *in fine*.

comprometen personas, derechos o intereses colocados bajo la custodia de sus leyes." Confirmándose luego durante el debate este pensamiento, se dijo: "que el artículo comprendía tanto los delitos de carácter privado como los delitos contra el Estado en su carácter de persona jurídica". (1)

Ahora bien; esta disposición, cuyo alcance y significado han quedado tan bien definidos, se halla complementada en el Tratado por la del art. 6º, que integra la doctrina por el mismo consagrada.

Dicho artículo dispone: "Los hechos realizados en el territorio de un Estado, que no fueren pasibles de pena según sus leyes, pero que estuviesen penados por la nación en donde producen sus efectos, no podrán ser juzgados por ésta sino cuando el delincuente cayese bajo su jurisdicción. Rige la misma regla respecto de aquellos delitos que no autorizan la extradición de los reos."

Esta disposición es terminante; y en el caso supuesto, aún cuando los hechos no fueran pasibles de penalidad en la República del Uruguay, la competencia de nuestros tribunales y la aplicación de nuestras leyes, dentro de la condición establecida en el artículo, sería innegable.

Objétase, no obstante, esta conclusión diciendo que "el delito de matrimonio ilegal, por su naturaleza, no es de aquellos que, perpetrados en un territorio, producen sus efectos en otro territorio; se inicia y termina, en la especie, cuando se celebra el segundo matrimonio subsistiendo el primero, en todos aquellos Estados que fundan la familia sobre el régimen monogámico."

No estamos de acuerdo con este modo de ver. Consideramos poco amplio el criterio con que se aprecia el sentido y alcance de los *efectos* a que el precepto se refiere. Un hecho perpetrado en un Estado *produce sus efectos* en otro cuando asume ante las leyes de éste carácter de-

(1) Actas, pág. 191.

lictuoso. La ley violada por ese hecho le atribuye caracteres punibles; y tal es el *efecto* que aquél produce y a que el precepto alude: la violación de la ley, el atentado contra derechos o intereses colocados bajo el amparo y la custodia de esa ley.

La interpretación y alcance asignados a la disposición del art. 6º por sus propios autores, no deja dudas de que ella comprende los delitos que se refieren al estado civil de las personas; y creo que su objeto es “determinar la jurisdicción a cuyo imperio deben quedar sometidos los delitos que se relacionan *especialmente* con el estado civil de las eprsonas, por cuanto en lo concerniente a los crímenes comunes todas las legislaciones se hallan de acuerdo en lo referente a su penalidad, que, aunque en condiciones variables, dan acceso al recurso de extradición, sin excepción alguna.”

En este sentido, y comentando un artículo casi idéntico al que examinamos, propuesto en su *Proyecto de decisiones* (1), dice Vaca Guzmán que él tiene por objeto el más absoluto respeto de la jurisdicción de cada Estado, dejando que el derecho interno se desenvuelva libremente en los casos en que haya de ejercitarse, siendo este deslinde tanto más necesario si se tiene en consideración que la legislación penal es bien diferente en cada país, como que no es más que el resultado de su condición social y de sus necesidades peculiares. Y dice:

“Los pueblos de Oriente, por ejemplo, admiten la bigamia; la legislación americana no la admite. Un súbdito argentino, peruano o venezolano se vincula

(1) *Reglas de Derecho Penal Internacional*, art. 7º pág. 62. El texto de ese artículo es el siguiente: “Un hecho producido en el territorio de un Estado, que no fuese pasible de pena según sus leyes, pero que lo fuese en la nación en que el crimen produce sus efectos, sólo podrá ser juzgado por ésta cuando el delincuente cayese bajo su jurisdicción.”

fuera del país en que contrajo matrimonio; atendiendo a estas dos legislaciones, respecto de la una no hay delito, respecto de la otra lo hay. ¿Podrá éste al cual pertenece el bigamo o en el cual se crearon las relaciones conyugales lícitas, ejercer una acción represiva en el territorio donde contrajo nuevas nupcias? Como las leyes penales tienen efectos puramente territoriales, salvo los casos previstos en el artículo anterior, su acción no puede ejercerse más allá de su territorio. Pero como la infracción, cometida fuera de ese territorio, no por haberse perpetrado en el exterior, deja de revestir carácter punible respecto de las leyes violadas por el delincuente, ellas recobran su imperio en cuanto el infractor cae bajo su jurisdicción. Su aplicación no es más que una sanción necesaria y vigorosa a la que se hallan sometidos todos cuantos forman o han formado parte de una comunidad social o política, en la cual han creado relaciones estables.”

Nosotros adoptamos esta solución no solamente para los casos en que el segundo matrimonio se ha contraído en la República Oriental, sino también para aquellos en que el país de ese segundo matrimonio es cualquier otro extranjero. Si en tales casos no sería de rigurosa aplicación el Tratado de Montevideo, a la misma conclusión nos llevaría la de nuestro código penal, cuyo artículo 1º, al determinar la extensión de aplicación que a sus preceptos se le asigna, preceptúa que:

Este código se aplicará: 1º *Por delitos cometidos o cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación Argentina o en los lugares sometidos a su jurisdicción.*

En consecuencia, sin variación alguna, nos referimos a las consideraciones en que hemos apoyado nuestra anterior solución.

La cuestión referente a la jurisdicción se halla, pues, resuelta.

En cuanto a la existencia de los elementos constitutivos del hecho incriminado por nuestra ley, quedan en evidencia en el supuesto mismo: a) disolución del matrimonio no admitida ni por nuestra ley ni por el Tratado de Montevideo; luego, subsistencia del matrimonio anterior; b) celebración de un nuevo matrimonio, permitido por la ley de divorcio del Uruguay, pero implícitamente negado por el Tratado de Montevideo y expresamente por nuestra Ley de Matrimonio.

Dados los fundamentos de nuestra solución, natural es que no podamos aplicarla al caso en que el primer matrimonio haya sido celebrado fuera de la República, como en el que motivó la sentencia transcripta en nota del matrimonio celebrado y disuelto en Londres.

Creemos que se incurre en ella en el error que ya antes hemos señalado a otros comentaristas de no distinguir debidamente entre el alcance del actual art. 7º de la Ley de Matrimonio y del anterior 165 del código; y no podemos aceptar que:

“El principio matriz de nuestra ley es, por consiguiente, que el matrimonio válido, ya sea celebrado en la República o en el extranjero, no se disuelve sino por la muerte de uno de los esposos: la disolución en otro país de un matrimonio celebrado en la República o en el extranjero no habilita a ninguno de los cónyuges para casarse en la República.”

Para nosotros es incontestable ante nuestra ley la validez en el caso del segundo matrimonio, y la conclusión a que llega el Fiscal de Cámara doctor Segovia es una consecuencia lógica y legal, solicitando la absolución de la querellada:

“en razón de que ella, lejos de cometer un delito casándose por segunda vez, ha realizado un acto perfectamente lícito y arreglado a nuestra política y legislación.”

## II

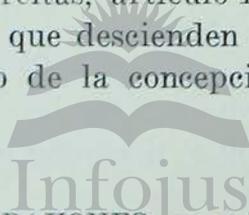
*En cuanto a la persona de los hijos*

En cuanto se refiere a la situación y condición de los hijos, la cuestión ofrece diversos puntos de vista.

Según la disposición del art. 338 del código civil, son hijos adulterinos los que proceden de la unión de dos personas que al momento de su concepción no podían contraer matrimonio porque uno de ellos o ambos estaban casados.

De acuerdo con este precepto y el del art. 81 de la ley de Matrimonio, se ha dicho (1) que “si nuestra ley sólo admite la disolución del matrimonio por muerte de uno de los esposos, el segundo matrimonio es para ella nulo, lo que quiere decir que la sociedad conyugal subsiste. La segunda esposa será una concubina. Los hijos de esta unión tendrán la calidad de adulterinos.”

Sin duda alguna, el segundo matrimonio contraído es ante nuestra ley *absolutamente nulo*, porque, según el art. 84 de la Ley, ese carácter tiene el celebrado con alguno de los impedimentos establecidos en los incisos 1, 2, 3, 5 y 6 del art. 9, siendo el 5º el referente al matrimonio anterior mientras subsista; pero es también indudable que el artículo 338 entiende aludir a los que viven ilícitamente unidos o a los casados de mala fe y no a los casados de buena fe siendo sólo, según el art. 89, el matrimonio contraído de mala fe por ambos cónyuges el que no produce efecto civil alguno. Por eso es más claro el texto de Freitas, artículo 172, al decir: “Son hijos adulterinos los que descienden de la unión de personas que, al tiempo de la concepción, eran casadas con



(1) Véase E. PRAYONES, *op. y loc. cit.*, pág. 91.

otras personas, ambas o solamente una de ellas; *salvo si esos hijos descendieren de matrimonio putativo.* (1)

De ahí que la segunda parte del art. 338 disponga que la buena fe del padre o de la madre, que vivían en adulterio sin saberlo, no muda la calidad de la filiación, y el hijo queda adulterino; pues se trata de uniones en que cada uno de los cónyuges cree al otro soltero; y, como dice Zacharie, (1) la ley ni la moral pueden admitir la buena fe en las uniones ilegítimas, y el matrimonio putativo es una excepción cuyo beneficio está reservado a las uniones legítimas.

Hay, pues, tres situaciones:

1ª Hijos habidos de matrimonio putativo, en que ambos cónyuges o uno de ellos es de buena fe;

2ª Hijos habidos de matrimonio contraído por cónyuges de mala fe;

3ª Hijos habidos fuera de matrimonio o en simple comercio carnal.

Nuestro código atribuye efectos distintos a cada una de estas situaciones, negando todo efecto a la segunda y tercera.

(1) *Esboço.* En la nota agrega: Si, al tiempo de la concepción, el padre y la madre no eran casados aún con otras personas, no obstante que se casaron en el tiempo medio entre la concepción y el parto, el hijo no será adulterino, sino natural. *Salvo si descendieran de matrimonio putativo:* si el padre y la madre se casaron de buena fe, suponiendo estar disuelto el primer matrimonio por muerte del marido o de la mujer. Si uno de los esposos se ha casado de buena fe, suponiendo que el otro era soltero. (Compárese con la nota al art. 155.) En tales casos el hijo no será adulterino sino legítimo.

(6) ZACHARIE: *Le droit civil français*, 1, sec. III, párrafo 172, pág. 336.—También DEMOLOMBE, *Cours de code Napoleon*, V, párrafo 558 bis y sig., pág. 596. — LLERENA, *Concor. y com.*, art. 230. — GUASTAVINO, *Notas*, III, número 429 y sig., pág. 246.

Ahora bien; la buena o mala fe de los cónyuges consiste en la ignorancia o en el conocimiento que hubieran tenido o debido tener, el día de la celebración del matrimonio, del impedimento que causa la nulidad. (1) Y esta disposición resuelve directamente la cuestión de saber en qué momento debe existir la buena fe: el día de la celebración del matrimonio; de modo que “la mala fe que perjudica es únicamente la que se tiene antes de la celebración del matrimonio, de lo cual se deduce que, habiendo buena fe en la celebración, el conocimiento que posteriormente tengan los casados del impedimento que causa nulidad no priva que el matrimonio surta efectos hasta el día que su nulidad sea judicialmente pronunciada.” (2)

Al aplicar ahora estos principios al caso internacional que nos ocupa, debemos concluir que la situación de los hijos dependerá de la calidad de la unión de que procedan:

- a) Serán hijos adulterinos si proceden de matrimonio contraído de mala fe por ambos cónyuges o de simple comercio carnal;
- b) Serán hijos legítimos si proceden de matrimonio que ambos cónyuges o uno de ellos contrajeron de buena fe, en los términos y condiciones que establece nuestra ley.

(1) Art. 90, Ley de Matrimonio.

(2) Basta, — dice MOURLON, I, 705, — que la buena fe haya existido en el momento en que el matrimonio ha sido contraído. Los esposos que, después de haberse casado de buena fe, descubren que su matrimonio es nulo, son bien excusables si no se separan inmediatamente. El temor de un escándalo, la esperanza legítima de que la nulidad se cubrirá o que no será descubierta, los desnuda de energía para romper una unión en la que hasta entonces han vivido honestamente. La ley ha debido tener en cuenta esta posición difícil y cubrirla con su indulgencia. — Véase MACHADO, *Exp. razonada*, com. al art. 90.

Es indudable que en los casos de matrimonios celebrados por persona o personas provenientes de uno o de diversos matrimonios celebrados antes en la República y disueltos en país extranjero, no pueden ellas alegar buena fe por ignorancia, pues tienen anticipadamente conocimiento de la circunstancia legal que causará nulidad. A lo sumo podrán pretender excusarse con un error de derecho, alegando que ignoraban que no podían contraer ese nuevo matrimonio; pero para esa hipótesis nuestra Ley declara que *no habrá buena fe por ignorancia o error de derecho* (art. 90). Y no debe olvidarse que para ella la mala fe consiste en el conocimiento que se haya tenido o *debido tener* del impedimento, lo que robustece el fundamento de la negativa que hemos expresado.

Creemos que este es uno de los casos especiales en que la buena fe no puede presumirse.

Un matrimonio contraído de mala fe por ambos cónyuges no produce efecto civil alguno, ni en cuanto a los contrayentes, ni en cuanto a los hijos. Unos y otros se hallan en la misma situación que tratándose de un simple comercio carnal, de una unión ilegítima. (1) Tampoco produce efectos en el orden criminal con relación a las mismas personas.

Cuando se trata de un matrimonio en que uno de los cónyuges es de buena fe, los hijos son para nuestra ley legítimos hasta el día en que se declare la nulidad de aquel. Si uno de los esposos proveniente de un matrimonio celebrado en la República contrajere nuevo matrimonio, luego de disuelto por divorcio el anterior, con otra a quien ocultare esta circunstancia, que ella además ignorase, dará lugar a la existencia de la situación contemplada por el art. 88 de la Ley de matrimonio y el

(1) Art. 89 de la Ley: los esposos son considerados concubinos y los hijos, ilegítimos adúlteros.

135 del código penal, dentro de las condiciones que ya quedaron analizadas en parágrafo anterior de este capítulo; siendo, además, de aplicación el art. 1316 del código civil, si el contrayente de buena fe fuese la mujer. (1)

Estudiada esta cuestión ante los preceptos del Tratado de Derecho civil de Montevideo, en el supuesto de que el segundo matrimonio se hubiese celebrado en la República del Uruguay, la solución se hallará en la aplicación combinada de los artículos pertinentes de los títulos IV y VI.

De acuerdo con el artículo 16, la ley que rige la celebración del matrimonio determina la filiación legítima. Según el siguiente, las cuestiones sobre legitimidad de la filiación, ajenas a la validez o nulidad del matrimonio, se rigen por la ley del domicilio conyugal en el momento del nacimiento del hijo; y los derechos y obligaciones concernientes a la filiación ilegítima, por la ley del Estado en el cual hayan de hacerse efectivos.

En presencia de estas cláusulas, la solución del caso tiene que ser contradictoria con la sentada en el parágrafo anterior, por aplicación de la ley uruguaya impuesta por el art. 16 mencionado, ley que, según el artículo 11 del Tratado, rige la capacidad de los contrayentes y la forma, existencia y validez del matrimonio.

(1) Art. 1316. Si ha habido bigamia, y en el segundo matrimonio aparente la mujer ha sido de buena fe, la esposa legítima tiene derecho a la mitad de los gananciales adquiridos hasta la disolución del matrimonio. La segunda mujer podrá repetir contra la parte de gananciales del bigamo y contra los bienes introducidos por él durante el matrimonio legítimo, los gananciales que le hubiesen correspondido durante su comunidad con él, si el matrimonio hubiese sido legítimo. Doctrina expuesta por DEMOLOMBE, III, N<sup>o</sup> 377. — AUBRY y RAU, párr. 460. — MARCADÉ, sobre el art. del cód. Francés, 202, N<sup>o</sup> 4.

La legislación uruguaya dispone que son hijos adúlteros los que proceden de la unión de personas que, al momento de la concepción, no podían contraer matrimonio porque una de ellas o ambas estaban casadas (art. 220); y no obstante la amplitud de los términos empleados en esta frase final, la interpretación del texto con ayuda de las disposiciones pertinentes de la Ley de Divorcio, conduce a la conclusión de que con respecto a los hijos del nuevo matrimonio del caso que estudiamos, la circunstancia apuntada por el art. 220 no existe para el código uruguayo, pues al nuevo matrimonio ha precedido la disolución del vínculo anterior.

Luego, para este código los mencionados hijos no son ilegítimos, sino legítimos, dentro de las exigencias de los artículos 189 y siguientes del mismo.

Pero este carácter atribuido por las leyes uruguayas a dichos hijos no tiene sino un valor puramente territorial; y los mismos jueces de la vecina República cuidan de expresarlo con relación al estado personal emergente de sus propias sentencias declaratorias de divorcio. Poco importa, dicen, <sup>(1)</sup> que el demandante, una vez obtenido el divorcio, revista la dualidad de divorciado en nuestro país y de casado, aunque separado personalmente, en la República Argentina, ya que la sentencia que se dicta no producirá efectos extraterritoriales, pues si bien esa circunstancia podrá importar una consideración personal para el demandante, no puede en cambio ser tenida como argumento legal que obste en forma alguna para que, a petición de parte, se declare el divorcio. Si el orden público en la República Argentina impone la indisolubilidad del vínculo matrimonial, ese mismo orden público impone en nuestro país su disolución, a pedido de las partes, en los casos determinados por las leyes de divorcio vigentes.

(1) Véase la sentencia inserta en nota en el capítulo correspondiente de la cuarta parte.

En capítulos posteriores nosotros criticamos y rechazamos este criterio judicial que anula principios explícitos del Tratado de Montevideo, cuya letra y cuyo espíritu no admiten el efecto territorial que aquellos jueces atribuyen a sus fallos.

Si, pues, tal es el alcance que la disolución del matrimonio anterior tiene en nuestro caso según la jurisprudencia uruguaya, igual debe ser el que tenga el carácter de la filiación proveniente de un nuevo matrimonio, pues ese carácter depende de la existencia del matrimonio anterior, regida también por la ley uruguaya, ley del lugar de la celebración.

Desde el punto de vista de nuestro país, la solución, por aplicación del Tratado, coincide con la que dimos en el párrafo anterior, siendo así que para sus leyes el matrimonio anterior subsiste (art. 11 del Tratado), la disolución no ha podido tener lugar y los hijos habidos después de ésta no tienen más derechos que los que nuestras leyes les acuerden. (Art. 18 del mismo, y 342 y 343 de nuestro código civil).

### III

#### *En cuanto a los bienes*

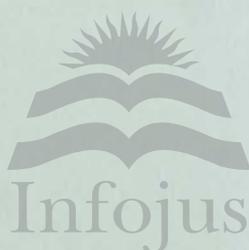
En cuanto a los bienes, los efectos se hallan determinados por las mismas disposiciones mencionadas en las soluciones precedentes, de las que aquéllos son una consecuencia necesaria.

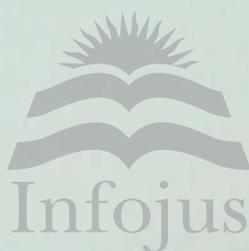
No pudiéndose disolver por divorcio el matrimonio celebrado en nuestro país, la sociedad conyugal subsiste, con todos los derechos y obligaciones que la integran; pues ella sólo se disuelve por la separación judicial de bienes, por declararse nulo el matrimonio o por la muerte de alguno de los cónyuges. (1)

(1) *Código civil*, artículo 1291.

Hemos dicho que en la hipótesis del matrimonio nulo a que aludimos no puede admitirse la posibilidad de que haya sido contraído de buena fe por ambos cónyuges, razón por la cual queda sin aplicación el inciso 2º del art. 87 de la Ley de matrimonio, y sólo procedería la del artículo 88 en cuanto favorece al cónyuge de buena fe y a los hijos.

En cuanto al derecho sucesorio, la disolución y el matrimonio posterior no pueden afectar el que tienen asegurado por nuestras leyes el cónyuge y los hijos del primer matrimonio celebrado en la República.



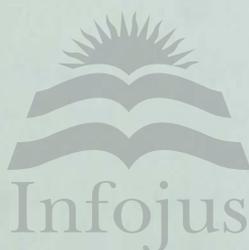


SISTEMA ARGENTINO DE  
INFORMACIÓN JURÍDICA

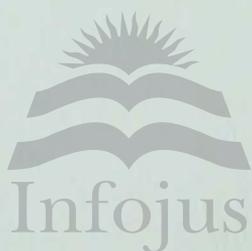
# CUARTA PARTE



## CASOS DE LA TERCERA HIPÓTESIS



SISTEMA ARGENTINO DE  
INFORMACIÓN JURÍDICA



SISTEMA ARGENTINO DE  
INFORMACIÓN JURÍDICA

## CAPITULO PRIMERO

---

### La ley de divorcio uruguayo

---

SUMARIO: I. Preliminar. — 2. La legislación de la República Oriental del Uruguay: a) Alcance del divorcio; b) Causales; c) Nuevo matrimonio; d) El divorcio por consentimiento mutuo o sola voluntad; e) Prescripción de la acción; f) Conversión de separación personal en divorcio; g) Jurisdicción.

---

1.—El examen de las situaciones comprendidas en esta tercera hipótesis alcanza a las que contempla y soluciona el Tratado de Montevideo, por referirse, sea a matrimonios celebrados, sea a divorcios gestionados o declarados en alguno de los países signatarios de aquel.

Pueden, pues, en este capítulo analizarse las mismas situaciones ya estudiadas en las dos hipótesis anteriores, y tal será nuestra tarea, previo el examen de las disposiciones pertinentes de las leyes vigentes en la República Oriental del Uruguay y del Tratado de Montevideo, dada la importancia de éste como factor de solución y en mérito de ser, por otra parte, aquélla el único de los países contratantes que admite en su legislación el divorcio *a vinculo* como medio de disolución del matrimonio.

2.—Tres leyes, dictadas en 1907, 1910 y 1913, integran en la vecina República la legislación sobre divorcio.

a) Según lo hicimos notar al principio, acepta la ley uruguayo el divorcio legalmente pronunciado como un medio de disolución del matrimonio y, al

mismo tiempo, la simple separación personal como un medio de producir la suspensión de la vida en común de los cónyuges. (1)

- b) Tanto el divorcio como la simple separación personal pueden solicitarse por causas determinadas; pero únicamente el primero admite las causales de mutuo consentimiento y de la sola voluntad de la mujer. (2)

(1) Artículo 1.º El matrimonio se disuelve:

- 1.º Por la muerte de uno de los cónyuges.
- 2.º Por el divorcio legalmente pronunciado.

Artículo 32. En todo lo que no se oponga a la presente Ley, la separación personal de los cónyuges se regirá por las disposiciones del capítulo V del libro primero del Código Civil.

Los cónyuges pueden pedir la separación personal por las mismas causas determinadas en los números 1.º, 2.º, 3.º, 4.º y 5.º del artículo 2.º para el divorcio y por las demás que establece el Código Civil.

Artículo 33. En las causas que sobre separación personal estén pendientes al promulgarse esta ley, la parte demandante podrá solicitar que la acción deducida sea convertida en acción de divorcio.

En los casos de sentencia ejecutoriada anteriormente a la vigencia de esta ley, el cónyuge que fué demandante también podrá pedir que la separación sea convertida en divorcio.

Para que sea admitida la solicitud, es necesario que la causa que motivó la separación haya sido de las comprendidas en el artículo 2.º

(2) Art. 2º El divorcio sólo puede pedirse:

- 1.º Por adulterio de la mujer, en todo caso; por adulterio del marido cuando lo cometa en la casa conyugal o cuando se produzca con escándalo público o tenga el marido concubina.
- 2.º Por tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro, pronunciada la sentencia criminal condenatoria.
- 3.º Por servicios o injurias graves de un cónyuge respecto del otro. Estas causales serán apreciadas por

## c) Los cónyuges divorciados quedan habilitados para

el juez teniendo en cuenta la educación y condición del cónyuge agraviado.

- 4.º Por la condenación de uno de los esposos a pena de penitenciaría por más de diez años.
- 5.º Por el abandono del hogar que haga uno de los cónyuges, siempre que haya durado más de tres años.
- 6.º Igualmente procederá el divorcio por mutuo consentimiento de los cónyuges.

En este caso será necesario que los cónyuges comparezcan personalmente en el mismo acto ante el Juez Letrado de su domicilio, a quien expondrán su deseo de separarse. El Juez propondrá los medios conciliatorios que crea convenientes, y si éstos no dieran resultado, decretará desde luego la separación provisoria de los cónyuges, procediendo en lo demás de acuerdo con lo dispuesto en esta ley.

De todo se labrará acta que firmará con las partes y al final de la que fijará nueva audiencia con plazo de seis meses a fin de que comparezcan nuevamente los cónyuges a manifestar que persisten en sus propósitos de divorcio. También se labrará acta de esta audiencia, y se citará nuevamente a las partes para que comparezcan en un nuevo plazo de seis meses, a fin de que hagan manifestación definitiva de su voluntad de divorciarse. Si así lo hicieren, se decretará éste en la forma prescripta por esta Ley; pero si los cónyuges no compareciesen a hacer la manifestación, se dará por terminado el procedimiento sin que pueda utilizarse ya dado caso de que con posterioridad insistiesen los interesados en sus propósitos de divorcio.

El divorcio por mutuo consentimiento sólo podrá solicitarse después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio.

- 7.º También procederá el divorcio por la sola voluntad de la mujer.

En este caso la solicitante deberá comparecer personalmente ante el Juez Letrado de su domicilio, a quien expondrá su deseo de disolver el matrimonio. El Juez hará constar en acta ese pedido y en el mismo acto fijará audiencia para celebrar un

volver a unirse entre sí, debiendo en tal caso ce-

comparendo entre los cónyuges, en el que se intentará la conciliación, y se resolverá la situación de los hijos si los hubiere, se fijará la pensión alimenticia que el marido debe suministrar a la mujer mientras no se decrete la disolución del vínculo y se resolverá sobre la situación provisoria de los bienes. Si no comparece el cónyuge contra quien se pide el divorcio, el Juez resolverá, oídas las explicaciones del compareciente, sobre la situación de los hijos y la pensión alimenticia, decretando, en todos los casos, la separación provisoria de los cónyuges y fijando nueva audiencia con plazo de seis meses, a fin de que comparezca la parte que solicita el divorcio a manifestar que persiste en sus propósitos. También se labrará acta de esta audiencia y se señalará una nueva con plazo de un año para que la peticionaria concurra a manifestar que insiste en su deseo de divorciarse.

En esta última audiencia el Juez citará a los cónyuges a un nuevo comparendo, e intentará de nuevo la conciliación entre ellos, y *comparezcan o no los citados*, decretará siempre el divorcio, en caso de no conciliarse, sea cual fuera la oposición del marido.

Siempre que la que inició el procedimiento dejara de concurrir a alguna de las audiencias o comparendos prescriptos por este inciso, se la tendrá por desistida y no podrá volver a intentar el divorcio sino por causa determinada o por mutuo consentimiento.

El divorcio por esta sola voluntad no podrá solicitarse sino después de haber transcurrido dos años de la celebración del matrimonio.

La mujer tendrá derecho, desde el momento que se decrete la separación provisoria de los cónyuges, de elegir libremente su domicilio.

Cuando al cónyuge que no ha pedido el divorcio no se le pudiera citar personalmente o estuviera ausente del país, el Juez lo citará por edictos, y si no compareciere, vencido el término del emplazamiento, se le nombrará defensor de oficio.

lebrar un nuevo matrimonio (1); y si, por una parte, la ley no limita el ejercicio del derecho de divorciarse, prescribe, por otra, que el cónyuge divorciado y vuelto a casar no puede deducir acción de divorcio fundada en una causa de la misma naturaleza que la que sirvió para decretar el divorcio anterior; (2)

- d) En cuanto al divorcio por mutuo consentimiento o por la sola voluntad de la mujer, prescribe la ley que sólo podrá solicitarse después de transcurridos dos años desde la celebración del matrimonio;
- e) Se determina la pérdida de la acción de divorcio fundada en el transcurso del tiempo, cumpliéndose la prescripción a los seis meses de conocer el cónyuge el hecho que da mérito a aquel o, en caso de ignorancia del mismo, a los tres años de producido; (3)

(1) Art. 5º—Disuelto legalmente el matrimonio, los cónyuges quedan facultados para contraer nueva unión.

Derógase el número 6 del artículo 93 del Código Civil en cuanto establece como impedimento dirimente para el matrimonio el adulterio precedente entre el culpable y su cómplice.

(2) Art. 6º—Los cónyuges divorciados podrán volver a unirse entre sí, celebrando nuevo matrimonio, pero una vez realizado éste, el cónyuge demandante en el primer matrimonio no podrá deducir acción de divorcio que se funde en una causa de la misma naturaleza de la que sirvió para decretar el divorcio anterior.

Art. 7º—Salvo el caso previsto por el artículo que antecede, la mujer divorciada no podrá contraer nueva unión si no después de transcurridos trescientos un días de la separación personal de los cónyuges, decretada judicialmente, bien que si hubiera quedado en cinta, podrá casarse después del alumbramiento.

(3) Art. 22.—La acción de divorcio y la de separación de cuerpos se prescriben a los seis meses de conocer el cón-

- f) La ley, además, admite que, transcurridos tres años de una sentencia de separación personal, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar la conversión en divorcio basándose en la sentencia; (1)
- g) En cuanto a la jurisdicción, el art. 4º establece que los juicios de divorcio deben iniciarse ante el Juzgado Letrado Departamental del domicilio del marido. Si se ignorase el domicilio de éste o no lo tuviese en la República, deberá iniciarse ante el Juzgado del último domicilio que se le hubiere conocido. (2)
- h) Para el caso de divorcio por la sola voluntad de la mujer dispuesto en la ley de 1913, el domicilio, a los efectos de la citación, es el de mujer.

Estas son las características más salientes de la ley uruguaya, y las disposiciones que las contienen, las de más frecuente aplicación en las cuestiones de orden internacional que tenemos que solucionar en esta parte de nuestro trabajo.

yuge el hecho que les da mérito; en caso de ignorancia, a los tres años de producido el hecho.

No están comprendidos en el inciso anterior aquellos casos en que las causales del divorcio hubieran tenido lugar antes de la vigencia de esta Ley; para estos casos el término de seis meses comenzará a correr desde la promulgación de la ley de divorcio.

(1) Art. 6º—(Ley de 1910).—Transcurridos tres años de una sentencia de separación personal, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar la conversión en divorcio basándose en la sentencia. Solicitada la conversión, debe concederla el Juez de plano, notificando la sentencia al otro cónyuge personalmente o por edicto en su caso.

(2) Ver los artículos 24 a 38 del código civil y 39, 51 y 52 del código de procedimientos civil, así como la declaración que respecto del derecho procesal común hizo el senador Areco en la sesión del 14 de Octubre de 1907.

## CAPITULO SEGUNDO

---

### El tratado de Montevideo

---

**SUMARIO:** 1.—Necesidad de deslindar el alcance y radio de aplicación del tratado y de las leyes internas de los países signatarios del mismo. — 2. Examinase el sentido antifibológico del vocablo *divorcio* y sus consecuencias en la aplicación del Tratado. — 3. Cláusulas y doctrina del Tratado de Montevideo. — 4. El Protocolo adicional. Examen comparativo de las cláusulas del Tratado y del Protocolo. — 5. Sentido de la expresión *domicilio matrimonial*. — 6. Se determina el verdadero radio de aplicación de las disposiciones del Tratado y del Protocolo.

---

#### I

##### *Las leyes internas y el Tratado de Montevideo*

Haremos notar, antes de entrar al examen de las disposiciones del Tratado de Montevideo, que no es injusto afirmar que en más de una oportunidad nuestros jueces y jueces extranjeros han apreciado equivocadamente su valor y su alcance, llegando al extremo de atribuirle el carácter de un factor decisivo de solución cuando carecía de él o a negarle todo valor cuando revestía precisamente el carácter de factor decisivo.

No puede discutirse, y casi es innecesario afirmarlo, que existiendo un tratado que directamente rige el caso, las leyes locales de los países signatarios sólo se aplican

como consecuencia de la aplicación de aquel y en cuanto los preceptos del mismo lo requieran. Pero, de la misma manera que no puede acordarse predominio a las leyes nacionales sobre el tratado internacional, no puede tampoco convertirse el tratado en instrumento para burlar la letra y el espíritu de las leyes locales, cuya armonía es precisamente la fundamental finalidad de aquel.

Si la relación jurídica de que se trata tiene alguno de los elementos o todos ellos dispersos entre los Estados signatarios del Tratado, afectando el dominio legal o jurídico de los mismos, es impropio someterla al régimen de la ley interna de cualquiera de dichos Estados sin consultar las cláusulas pertinentes o las reglas determinadas por el Tratado para la aplicación de la norma; tan impropio, como lo sería someter a esas reglas del Tratado el régimen de una relación jurídica cuya internacionalidad no derivara de la circunstancia antedicha, o sea, que no afectase con ninguno de sus elementos el dominio legal o jurídico de los Estados signatarios.

Sin embargo, ambos criterios se han adoptado con alarmante frecuencia; y del mismo modo que se ha juzgado por *aplicación del Tratado* en un caso del segundo grupo mencionado, se ha juzgado por *aplicación de la ley interna*, con prescindencia del Tratado, en otro del primer grupo.

Así, en el caso que motivó la sentencia que al principio hemos transcripto en nota y que luego comentaremos, caso de estricta aplicación del Tratado: "El proveyente piensa, dijo en el 2º considerando, que prescindiendo por completo del Tratado de Derecho Internacional Privado de Montevideo, invocado por el recurrente y por el señor agente fiscal, y asimismo, de la forma cómo los tratadistas citados por este último plantean el caso de autos, el propio texto legal nos suministra los datos necesarios para solucionar el punto."

Esto equivale, a nuestro juicio, a resolver fuera de la ley.

## II

*Sentido anfibológico del término 'divorcio'. Causales de disolución. Causales de divorcio*

La anfibología del término *divorcio* ha sido y sigue siendo causa de errores en la doctrina y en la jurisprudencia internacional y de confusiones en la interpretación de las disposiciones del Tratado de Montevideo, que alude a leyes de países signatarios en las cuales dicho vocablo tiene diferente significado.

Empleándose el término *divorcio* en las legislaciones para expresar indistintamente la simple separación personal y la disolución del matrimonio, su anfibológico sentido se ha extendido a las causales del divorcio, comprendiéndose en esa misma expresión las causales de separación y las de disolución del matrimonio.

Cuando se hallan, pues, frente a frente dos legislaciones de las cuales una sanciona la simple separación y otra el divorcio absoluto, la apuntada anfibología debe ser cuidadosamente eliminada, si se quiere dar a la dificultad una acertada solución.

La necesidad de observar este criterio se siente en todos los casos de aplicación del Tratado de Montevideo por los jueces orientales y argentinos, los cuales más de una vez han llegado a soluciones equivocadas por no haber salvado la apuntada confusión.

Estableciendo el art. 13 de dicho Tratado que la ley del domicilio matrimonial rige la disolubilidad del matrimonio, siempre que la *causal* alegada se halle admitida por la ley del lugar de la celebración, se examinan comparativamente el art. 67 de nuestro código civil y el art. 2º de la ley oriental de 1907 con las reformas de 1910 y 1913; lo cual significa que se agrupan en idéntica categoría las causas de *separación personal* que nues-

tra ley consagra con las causas de *divorcio absoluto* que establece la ley uruguaya. (1)

De la comparación de estas disposiciones deducen los que así discurren que en el caso del inciso 1º de nuestro artículo y el 1º de la ley uruguaya (ambos establecen el *adulterio*) es perfectamente procedente la demanda de divorcio en el Uruguay de un matrimonio celebrado aquí porque hay, como dice el Tratado, *coincidencia de la causal alegada*.

Si el vocablo *divorcio* tiene los dos sentidos que antes indicamos, provenientes del Derecho Romano el uno y del Derecho Canónico el otro, es natural que la expresión *causales de divorcio*, considerada en sí misma y sin referencia especial a ninguna legislación, comprende tanto las causales de simple separación personal como las de disolución del vínculo; pero, usada esa expresión con referencia a una legislación determinada, su sentido se define y especifica, reduciéndose a uno o a otro grupo de las indicadas causales.

No consideramos, pues, justificados argumentos como el siguiente:

“Dada la interpretación actual de algunos tratadistas

(1) Pueden citarse muchos fallos de jueces orientales, en los cuales se hace valer el argumento de la coincidencia de la causal alegada, confundiendo causal de separación con causal de divorcio. “Resultando también de una manera inequívoca que desde esa fecha hasta el presente han transcurrido más de tres años que exige la ley para que pueda prosperar la acción que se deduce; así como también que la causal que se invocó para obtener la aludida separación de cuerpos se halla comprendida en el artículo 2º de nuestra ley de divorcio. (Exp. Llamas Luis con Ana Arismendi, Sentencia del Juez F. Carbonell y Vives, 12 Febrero 1912. Lo mismo en el Exp. Lorenzo Yñurriagarro con Francisca Arechavala, Sentencia del mismo Juez, Marzo 12 de 1912. — Vé. *Ley de Divorcio sancionada por la Asam. de la Rep. O. del Uruguay, sus efectos en la Rep. Argentina*, M. Silva Bastós, pág. 28).

y de la jurisprudencia, tenemos que el divorcio está comprendido como una *causal* del mismo. ¿No significa esto confundir la causa con el efecto? En la acepción castellana de la palabra, *causal* es todo hecho o acto que por su naturaleza está destinado a producir efecto. En este caso, el efecto producido por las distintas causales que la ley enumera en el divorcio. ¿Cómo hemos de entender entonces comprendido en el término *causal* al divorcio, que es la consecuencia de aquellas?"

Al pretender con este argumento rechazar una confusión, se incurre en otra. Lo que los aludidos tratadistas entienden decir es que el divorcio produce en unos casos el efecto de disolver el vínculo matrimonial y en otros sólo el de suspender la vida común de los esposos; y es esta distinción precisamente la que no hace el autor del argumento.

Se ha sostenido también, dentro de este criterio interpretativo, que el acuerdo exigido por el art. 165 del código entre la ley del lugar de la disolución del matrimonio y de la República, para autorizar uno nuevo dentro del país se refiere, "y no puede ser de otro modo", a las causas de la disolución. Así, por ejemplo, si una persona divorciada en cualquier país en que se admite la disolución del matrimonio por mutuo consentimiento o por voluntad de una sola de las partes *o por otra causa cualquiera de las que no figuran en el art. 67 de la Ley de matrimonio civil* argentina pretendiera contraer matrimonio en nuestro país, pretextando haberse disuelto su anterior matrimonio en el extranjero por alguna de esas causas, se opondría a ello la disposición legal invocada. (1)

Estas interpretaciones son, a todas luces, inaceptables, porque importan una confusión fundamental que los mismos textos rechazan .

(1) Vé. el fallo del Dr. Zenón González, transcripto en nota de la pág. 50.

Si el Tratado habla en su artículo 13 de causal de *disolubilidad*, al exigir a su respecto la coincidencia de las leyes *fori* y *celebrationis*, no es posible referir dicha coincidencia a una causal que según la *lex fori* es de disolubilidad y según la *celebrationis* lo es de simple separación.

Ni siquiera necesitaríamos, para justificar nuestra opinión, recurrir a las palabras que en la discusión del Tratado precisaron definitivamente el sentido de la cláusula: “Además, como se ha establecido que la ley local debe ser al base que rija las relaciones matrimoniales y el vínculo mismo, si el matrimonio se celebra sobre la base de la indisolubilidad, es evidente que debe tenerse en cuenta la ley del lugar de su celebración cuando se trata de disolverlo.” Exígese, pues, coincidencia de causales de disolubilidad.

Pero, ¿no dice el art. 13 del Tratado que la ley del domicilio matrimonial rige la *disolubilidad* del matrimonio? ¿Y qué quiere ello decir? Por mucho que el vocablo propuesto por el Dr. Quintana en reemplazo del de *disolución* no es un término castizo, es, sin embargo, expresivo: es la calidad de disoluble del matrimonio, es *si puede o no disolverse* el matrimonio, lo que debe indicar la ley del domicilio, debiendo ella decretarse por una causa de disolución establecida simultáneamente en las leyes *fori* y *celebrationis*.

Lo mismo cabe decir del mencionado art. 165 del código, — correlativo del 70 de la Ley actual, — pues él expresamente alude a la *disolución* del matrimonio; y si acaso plantea, como se sostiene, el contraste entre *causales*, no entiende sin duda referirse a causales de *divorcio*, que es, según otros códigos, un medio de alcanzar la disolución, sino a las *causales de disolución*, que no admite sino de conformidad a nuestras leyes.

Y es tanto más necesario tener en cuenta la distinción que hacemos y tanto más inadmisibles la confusión que rechazamos, cuanto que nuestro código no legisla

tan sólo sobre separación personal de los esposos (*divorcio*), sino también sobre *disolución* del matrimonio, estableciendo, al tratar de ésta, como única causal, la muerte de uno de los esposos.

### III

#### *Cláusulas y doctrina del Tratado de Montevideo*

Hállanse legisladas por el Tratado de derecho civil de Montevideo las materias relativas al matrimonio y al divorcio en los artículos 11, 12 y 13 del Título IV, adoptando en ellos, respecto del segundo, el criterio de aplicación de la ley del domicilio matrimonial, en los siguientes términos:

“*La ley del domicilio matrimonial rige:*

- a) *La separación conyugal;*
- b) *La disolubilidad del matrimonio, siempre que la causal alegada sea admitida por la ley del lugar en el cual se celebró.*

Debe advertirse que el proyecto presentado al Congreso por la mayoría de la comisión, que fué el que se tomó de base para la discusión en particular, sólo decía:

*Art. 11. — La ley del domicilio matrimonial rige igualmente:*

- a) *La separación conyugal;*
- b) *La disolución del vínculo matrimonial (1).*

Al fundarlo, dijo el miembro informante, doctor Quintana: “Finalmente, en lo que atañe a la separación temporal de los esposos, debe ser regida por la ley del domi-

(1) Actas de las sesiones del Congreso Sud-americano de Derecho Internacional Privado, instalado en Montevideo el 25 de Agosto de 1888 y clausurado el 18 de Febrero de 1889. Public. ordenada por el Gobierno de la República Argentina, Buenos Aires, 1894, pág. 123.

cilio conyugal, a mérito de las mismas razones; mientras que la disolución del vínculo matrimonial sólo queda sujeta a la misma ley bajo la explícita condición de que la causal alegada para la disolución sea también autorizada por la que gobierna la validez del matrimonio, es decir, la ley que presidió su celebración'' (1).

Antes de la discusión en particular, la disposición fué modificada en la forma de la primera transcripción que dejamos hecha, explicándose el feliz agregado por el deseo evidente de los congresales de que el Tratado fuese en esta parte respetuoso de las leyes locales de los países contratantes.

La doctrina del Tratado es, pues, sencilla. La ley del domicilio conyugal determinará:

1º la procedencia, caracteres y causales, tanto de la simple separación personal de los esposos, como de la disolución del vínculo matrimonial; pero,

2º tratándose de ésta, dicha ley ha de establecer las mismas causas que la del lugar de la celebración.

En cuanto a la primera aplicación, la adopción de la ley del domicilio conyugal pone la disposición en armonía con el subsiguiente artículo 12, el cual preceptúa que "los derechos y deberes de los cónyuges, en todo cuanto afecta sus relaciones personales, se rigen por la ley del domicilio matrimonial." (2)

En cuanto a la segunda, nada más explícito y definitivo para explicarla que las propias palabras con que en

(1) Actas, pág. 404.

(2) Por lo que hace a las relaciones personales de los casados, se dijo en el informe, siendo las leyes que las establecen de verdadero orden público, en razón de los motivos de interés general que las animan, no pueden ser regidas por otra ley que por la del domicilio matrimonial, como lo serían también aunque no se tratase de leyes de orden público, en virtud de las razones expuestas acerca de la capacidad de las personas en general.

el Congreso lo fundara el representante de Bolivia, doctor Vaca Guzmán, miembro de la mayoría de la comisión: "La modificación consiste, dijo, en establecer que la disolución del matrimonio por el divorcio sólo podrá tener efecto cuando coincidan las leyes del país en el cual se celebró el matrimonio y de aquel en el cual se intenta la disolución. La razón que ha habido para ello es que, teniendo el marido la facultad de cambiar de domicilio, podría trasladarlo con objeto de producir la disolución del vínculo. Además, como se ha establecido que la ley local debe ser la base que rijan las relaciones matrimoniales y el vínculo mismo, si el matrimonio se celebra sobre la base de la indisolubilidad, es evidente que debe tenerse en cuenta la ley del lugar de su celebración cuando se trata de disolverlo." (1)

Alrededor de esta explicación del delegado doctor Vaca Guzmán se ha bordado el argumento, fundado en un nuevo juego de palabras, de que aquélla no armoniza con la letra ni con el espíritu del Tratado sobre el particular, desde que el recordado artículo 13 hace únicamente mención de la *causal* que pueda originar un divorcio ad-vinculum, en tanto que las palabras del delegado aludido se refieren a la coincidencia de la institución misma, dejando entender que el divorcio debe hallarse admitido en la ley del país de la celebración y en la del en que la disolución del matrimonio se gestione.

Esto, repetimos, no es sino producto de un equívoco, explotado a impulsos de un sentimiento partidista, muy respetable, pero muy inoportuno. Ya hemos dicho al principio por qué. Dicha observación no tiene otra mira que preparar la demostración de una tesis, que en páginas posteriores analizaremos y que implica la validez de las disoluciones decretadas por divorcio en la Repú-

(1) Actas, pág. 482.

blica Oriental del Uruguay de matrimonios celebrados en nuestro país.

El análisis del vocabio *divorcio* en su doble acepción desvirtúa en absoluto la mencionada observación.

Al exigirse las mismas causales de disolución, no se ha querido sino evitar que el cambio de domicilio del marido convierta un matrimonio *indisoluble* en matrimonio *disoluble*; ¿por qué medio? por medio del divorcio, y aque a él se ha hecho alusión y no a la muerte de uno de los esposos, o a la nulidad del matrimonio, que son los otros medios o causales de disolución.

Tal es el sentido único de la letra del art. 13: exigir la misma *causal* de *disolubilidad* del vínculo matrimonial equivale a exigir que en ambos países, el de celebración del matrimonio y el de gestión del divorcio, se atribuya a éste el efecto de disolver el matrimonio. Y tal es también el sentido de las palabras del doctor Vaca Guzmán.

No otra cosa dijo, por otra parte, en su informe el doctor Quintana, al manifestar que la disolución del vínculo matrimonial sólo queda sujeta a la misma ley (del domicilio matrimonial) bajo la explícita condición de que la causal alegada *para la disolución* sea también autorizada por la que gobierna la validez del matrimonio, es decir, la ley que presidió a su celebración.

Se trata de causal *para la disolución*, no de causal *para el divorcio*. El *divorcio* es un medio posible de *disolución*.

#### IV

##### *El Tratado y el Protocolo*

Examinadas las disposiciones del Tratado, debe, además advertirse que ellas se hallan complementadas por las cláusulas del protocolo adicional sancionado por el mismo Congreso, “penetrado de la conveniencia de fijar

reglas generales para la aplicación de las leyes de cualquiera de los Estados contratantes en el territorio de los otros, en los casos que determinen los tratados celebrados sobre las diversas materias del Derecho Internacional privado” (1).

Según el artículo 4º de este Protocolo, — cuyas disposiciones deben considerarse parte integrante de esos tratados concluídos, de acuerdo con el artículo 7º — *las leyes de los demás Estados jamás serán aplicadas contra las instituciones políticas, las leyes de orden público o las buenas costumbres del lugar del proceso.*

(1) Actas, ed., cit., pág. 636. El texto del protocolo es el siguiente:

Art. 1º Las leyes de los Estados contratantes serán aplicadas en los casos ocurientes, ya sean nacionales o extranjeras las personas interesadas en la relación jurídica de que se trata.

Art. 2º La aplicación será hecha de oficio por el juez de la causa, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley invocada.

Art. 3º Todos los recursos acordados por la ley de procedimientos del lugar del juicio para los casos resueltos según su propia legislación serán igualmente admitidos por los que se decidan aplicando las leyes de cualquiera de los otros Estados.

Art. 4º Las leyes de los demás Estados jamás serán aplicadas contra las instituciones políticas, las leyes de orden público o las buenas costumbres del lugar del proceso.

Art. 5º De acuerdo con lo estipulado en este Protocolo, los Gobiernos se obligan a transmitirse dos ejemplares auténticos de las leyes vigentes y de las que posteriormente se sancionen en sus respectivos países.

Art. 6º Los gobiernos de los Estados signatarios declararán, al aprobar los tratados celebrados, si aceptan la adhesión de las naciones no invitadas al Congreso en la misma forma que la de aquellas que, habiendo adherido a la idea del Congreso, no han tomado parte en sus deliberaciones.

Art. 7º Las disposiciones contenidas en los artículos que preceden se considerarán parte integrante de los tratados de su referencia y su duración será la de los mismos.

En fe de lo cual, etc.

Puestos frente a frente este artículo 4º y las disposiciones del Tratado que antes hemos transcrito, podría quizá pensarse que plantean una contradicción, cuya única solución posible sería la eliminación de las últimas en los casos que, por su naturaleza, pudieran imponer su aplicación. Este criterio importaría atribuir a los miembros del Congreso de Montevideo el pensamiento de proscribir la aplicación de las leyes extranjeras tratándose del divorcio, que no puede dejar de ser considerado como una institución de orden público, del mismo modo que las leyes que lo consagran; en otros términos, que el principio dominante en las cuestiones internacionales de divorcio es el de la aplicación estricta de la ley nacional, de la *lex fori*, por los jueces de cada país signatario.

Desgraciadamente, y por mucho que cueste aceptarlo como criterio jurídico, eso que conjeturamos por simple vía de hipótesis ha inspirado una interpretación ya vulgarizada, llegando a formar doctrina y hasta inspirado los fallos de algunos jueces de la República Oriental del Uruguay (1).

(1) Transcribimos, como ejemplo, la siguiente opinión del Dr. J. P. Varela, publicada en la Revista de Derecho, Historia y Letras, T. XLIX, p. 57, mes de septiembre 2, bajo el título **Disolución del matrimonio en el Uruguay:**

¿Puede disolverse en nuestro país un matrimonio celebrado en la República Argentina, en el supuesto de que el domicilio matrimonial esté en el país?

Si nos atuviéramos únicamente a la disposición del artículo 13 del tratado de derecho civil en vigencia entre nuestro país y la República Argentina, la respuesta tendría que ser negativa, desde que la legislación argentina no permite el divorcio. Efectivamente, ese artículo dice que: "La ley de domicilio matrimonial rige: a) la separación conyugal; b) la disolubilidad del matrimonio, siempre que la causal alegada sea admitida por la ley del lugar en el cual se celebró".

Ahora bien, de aquí resulta que es necesario el acuerdo entre las dos leyes, la del lugar de la celebración y la del domicilio matrimonial, para que el divorcio pueda realizarse.

Nosotros no podemos aceptarla. Considerámosla una interpretación sólo explicable por un deficiente análisis de las disposiciones y cláusulas recordadas.

¿Cómo puede concebirse que los congresales de Montevideo hayan anulado con un precepto del protocolo disposiciones sancionadas en el tratado de derecho civil? ¿Cómo puede concebirse que en éste hayan sus autores prescripto o admitido la aplicación de la ley extranjera del *domicilio matrimonial* a la separación personal y a la disolubilidad del vínculo matrimonial, y en el Protocolo la hayan proscripto o rechazado?

Esta interpretación está corroborada por las observaciones que el delegado de Bolivia, doctor Vaca Guzmán, hizo en el momento de discutirse en el seno del Congreso el artículo 13 a que nos referimos. En el proyecto de la Comisión de Derecho Civil se establecía simplemente que la ley del domicilio matrimonial regía la disolubilidad de matrimonio; pero el doctor Vaca Guzmán creyó que era necesario, en salvaguardia de los derechos de la mujer, agregar la parte que anteriormente he subrayado, y en esa forma fué sancionado el artículo por el Congreso. No deja de llamar la atención el olvido imperdonable en que incurrieron todos los miembros del Congreso al sancionar una disposición que contraría abiertamente, no sólo la doctrina territorial que sirvió de base y fundamento a las decisiones del Congreso, sino también las disposiciones que ya habían aceptado para regir especialmente los efectos del matrimonio. La única explicación que podemos encontrar a esa actitud es la de que la cuestión del divorcio no tenía, en aquellos momentos, para las potencias signatarias, ningún interés práctico, desde que ninguna de ellas lo había adoptado todavía.

Si la discusión se produjera ahora, que nuestro país ha aceptado la institución del divorcio, estamos seguros que el agregado propuesto por el doctor Vaca Guzmán no hubiera sido aceptado. Esa contemplación con respecto a la ley del lugar de la celebración del matrimonio, resulta sencillamente absurda y sólo se sostiene todavía por aquellos que no han podido desprenderse de los prejuicios religiosos. (Laurent).

Podría hacer muchas consideraciones para demostrar

Que para el congreso fuera el divorcio una institución de orden público, se desprende de las mismas palabras del miembro informante de la mayoría de la comisión, no objetadas ni contradichas por ninguno de los representantes, a punto de que deben considerarse incorporadas al espíritu de la disposición del Tratado que ahora nos ocupa. El doctor Quintana dijo: "Por lo que hace a las relaciones personales de los casados, siendo las leyes que las establecen de verdadero orden público, en razón de los motivos de interés general que las anima, no pue-

que la solución lógica y racional es la de someter la disolubilidad del matrimonio a la ley del domicilio como consecuencia del principio territorial; pero no lo hago, porque comprendo que son razones teóricas que nada valen en frente de una disposición clara y terminante como la del artículo 13.

¿La respuesta deberá, pues, ser negativa? Opinamos que no, fundándonos en una disposición del Protocolo Adicional (Actas del Congreso, pág. 992) que a nuestro juicio viene a salvar la situación permitiendo, aún en el caso del divorcio, la aplicación justa y racional del principio territorial y contemplando sin menoscabo las soberanías de los países afectados. Esa disposición es la del artículo 4º, que dice:

"Las leyes de los demás Estados jamás serán aplicadas contra las instituciones políticas, las leyes de orden público o las buenas costumbres del lugar del proceso". Esto quiere decir que las leyes de orden público o que afectan las buenas costumbres son absolutamente imperativas u obligatorias para los jueces, a pesar de las disposiciones de los tratados, desde que el artículo 7.º del mismo declara que el Protocolo Adicional forma parte integrante de ellos.

Para nuestro caso, pues, dependerá de la solución de esta otra cuestión: — ¿la institución del divorcio es o no de orden público, afecta o no las buenas costumbres? Si es de orden público, si afecta las buenas costumbres, los jueces no tienen más remedio que aplicarla a todos los individuos que están sometidos a la ley respectiva, es decir, según la doctrina territorial, a todos los que estén domiciliados en el país. Por el contrario, si no es de orden público, si no afecta las buenas costumbres, se aplicará la disposición del artículo 13 a que nos hemos ya referido.

den ser regidas por otra ley que por la del domicilio matrimonial, como lo sería también, aunque no se tratase de leyes de orden público, en virtud de las razones expuestas acerca de la capacidad de las personas en general. Finalmente, todo lo que atañe a la separación temporal de los esposos, debe ser regido por la ley del domicilio conyugal, *a mérito de las mismas razones*”, etc.

Que la ley del divorcio es una ley de orden público y que afecta las buenas costumbres es algo que me parece que no se presta a duda. Podrá creerse que el legislador ha estado equivocado al aceptar esa institución, pero nadie podrá negar que lo ha hecho teniendo en cuenta altas razones de moral, de política y de garantía social. Todo lo que atañe a la organización de la familia, que es la base fundamental de la sociedad humana, interesa directa y principalmente al orden público y a las buenas costumbres, y no se puede negar, como lo ha dicho la corte del Estado de Massachussets, que el divorcio tiende a suprimir la desorganización de la familia y a propender a la formación de otras uniones más armónicas. En apoyo de mi tesis voy a citar algunas opiniones de autores eminentes que opinan que la ley de divorcio debe considerarse incluida entre las leyes de orden público. No niego que podrían citarse opiniones contrarias; pero siempre serán de autores partidarios de la doctrina de la nacionalidad, que han tenido que crear un concepto de orden público *sui generis* para llegar a la aplicación de la ley nacional, en muchos casos que de otra manera se regirían por la ley territorial. Pero es claro que esas opiniones contrarias no tienen importancia para nosotros en el caso que estudiamos, desde que tratamos de interpretar una disposición de un tratado que prescindió por completo del principio de nacionalidad, para aplicar, en la gran mayoría de los casos, en forma neta y clara, el principio territorial.

Veamos esas opiniones. Asser, el conocido profesor de la Universidad de Amsterdam y Presidente del Congreso de La Haya, ocupándose de la cuestión que estudiamos, dice: “En los países donde ese medio de disolución (el divorcio) se admite, el legislador ha creído que sería contrario al orden público mantener un matrimonio cuya disolución se reclama en virtud de un motivo legal, y en ésto no se ha guiado so-

Es, pues, indudable que los miembros del congreso consideraban las leyes de matrimonio y divorcio como de *verdadero orden público*; y siendo así, y admitiendo que el artículo 4º del Protocolo se haya referido a ellas ¿cómo explicar la existencia de las disposiciones del tra-

lamente por el interés personal de los cónyuges, sino que se ha inspirado, ante todo, en consideraciones relativas al interés de las familias, al orden público y a las buenas costumbres". (Asser. Derecho Internacional Privado, pág. 141).

Westlake, el sabio profesor de la Universidad de Cambridge, dice ocupándose de lo mismo: "La dependencia completa en que se encuentra el divorcio respecto a la *lex fori*, resulta para nosotros en Inglaterra de la reserva que debe sobreentenderse en derecho internacional privado a favor de toda ley de estricta policía doméstica. (El concepto de *Policy* inglés equivale al nuestro de orden público). (J. Westlake. A treatise on Private International Law, pág. 91).

Savigny, cuya doctrina siguió casi por completo el Congreso de Montevideo, como lo declara el Dr. Gonzalo Ramírez, dice que la única jurisdicción competente para el divorcio es la del domicilio actual del marido, pues *considera la ley del divorcio como perteneciente a esa clase de leyes que corresponden a la policía pública de cada Estado, leyes que cada Estado dicta en consecuencia sin tener en consideración a los otros*, — citado por Phillimore en *International Law*, — vol. 4º, pág. 363.

El más notable de los internacionalistas alemanes modernos von Bar, comentando las observaciones que Pellicer hace a la opinión de Asser, expuesta más arriba, concluye diciendo: "El hecho es simplemente éste: la ley del divorcio depende sin duda del estatuto personal; pero al mismo tiempo pertenece incontestablemente al *orden público*... "Bar's Private International Law, — traducción al inglés "por G. F. Gilbespie — pág. 395".

Estos autores y otros atestiguan también que la jurisprudencia de los tribunales de los Estados Unidos e Inglaterra es casi unánime en el hecho de considerar la institución del divorcio como de la más estricta policía doméstica, o, en otros términos, de orden público. Así sucedió también en Francia antes de que la doctrina de la nacionalidad hiciera sentir sus efectos en la jurisprudencia. — Merlín, *Questions de Droit, divorce*. Dalloz *Repertoire, divorce*.

tado que consagran aquel pensamiento de sus autores? ¿qué papel pueden jugar la ley del domicilio matrimonial o la del nuevo domicilio, de que nos habla el artículo 12? ¿qué valor se ha atribuído como factores de solución a la misma ley del domicilio matrimonial y a la del lugar de la celebración, a que alude el artículo 13, si en ambos casos, dichas leyes son *leyes extranjeras*?

Creo, pues, que las consideraciones y opiniones anteriormente sentidas son plenamente suficientes para demostrar que la ley del divorcio es una ley estrictamente de orden público.

Por consiguiente, siendo así, los jueces orientales, en virtud de lo dispuesto por el precitado artículo 4.º del Protocolo Adicional, están en la estricta obligación de aplicarla a todas las personas que se encuentren sometidas a la jurisdicción de la ley oriental, a pesar de la disposición del artículo 13 del tratado de Derecho Civil.

Es claro que el divorcio declarado en estas circunstancias no producirá efectos extraterritoriales, al menos entre las naciones signatarias del tratado, lo que traerá como consecuencia que las mismas personas tengan el estado de divorciadas en la República y el de casados en la República Argentina. Se dirá que esta solución es por esa razón ilógica y contraria a la comunidad de derecho que debe existir entre las sociedades modernas; pero esas inconveniencias tendrán necesariamente que existir mientras las naciones no se ciñan a fórmulas terminantes y no unifiquen su concepto del orden público.

En el caso que estudiamos el orden público argentino impone el mantenimiento del vínculo matrimonial, mientras que el orden público oriental obliga a los jueces del país a la sanción del rompimiento del vínculo. En esta circunstancia extrema no cabe más que una sola solución: cada uno impone su ley en su casa. Tal es la solución que ha aceptado el Congreso de La Haya después de varias conferencias en una materia semejante. No pudiendo llegar a un acuerdo entre el orden público del lugar de la celebración del matrimonio y el orden público de la ley nacional de los contrayentes, optaron por sancionar en el artículo 3.º una disposición por la cual se permite aplicar la primera de esas leyes, sin que los demás Estados queden obligados a reconocer la

Nosotros no admitimos la contradicción que se denuncia, y creemos que tanto las disposiciones del *Tratado*, como la recordada cláusula del *Protocolo*, tienen su respectivo radio de aplicación.

## V

### *Domicilio matrimonial*

Prescribe el *Tratado*, según se ha visto, la aplicación de la ley del *domicilio matrimonial*. Conviene, pues, dejar bien establecido cuál es el significado de esta expresión o, mejor aún, cuál es el sentido con que en el *Tratado* se la emplea; pues natural es que las soluciones varíen según que por aquélla deba entenderse el domicilio del marido a la época de la celebración del matrimonio o simplemente el domicilio actual de los esposos, el que tienen en el momento de gestionar la separación o el divorcio absoluto. Tanta importancia tiene el fijar este sentido que, como luego se verá, según sea él, procederá en algunos casos aplicar el *Protocolo* y en otros el *Tratado*, o se aplicará sólo éste siempre y en todos los casos ocurrentes.

existencia y validez de ese matrimonio. De aquí que dos austriacos católicos podrán celebrar un matrimonio Civil en Francia, pero la existencia del contrato no será reconocida en Austria, porque según su legislación debieron casarse religiosamente. Sin embargo, esta solución, que desconoce la comunidad de derecho, ha sido ya aceptada en un tratado que es hoy ley para Alemania, Austria, Bélgica, España, Francia, Holanda, Italia, Luxemburgo, Portugal, Rumanía, Suecia y Suiza. Como se ve, estamos bien acompañados cuando preconizamos para el caso consultado, una solución que trae como consecuencia la aplicación de la ley respectiva en cada país".

En efecto:

A) Si se cree que por domicilio matrimonial debe entenderse *el domicilio del marido a la época del matrimonio*, variará el criterio de solución según se trate de alguno de estos casos:

1º Que el domicilio matrimonial se halle en el lugar mismo del proceso, caso en que la ley del domicilio se confundirá con la *lex fori*, con la ley nacional del juez, con la ley territorial;

2º Que el domicilio matrimonial se halle en otro país contratante, caso en el cual la ley del domicilio será una ley extranjera, siendo sobreentendido que dicho país no es el de la celebración del matrimonio.

En el primero habrá dos leyes que consultar: la del domicilio matrimonial (*lex fori*) y la del lugar de la celebración. En el segundo habrá tres: la del domicilio actual (*lex fori*), la del domicilio matrimonial y la del lugar de la celebración.

Tanto en uno como en otro caso, la aplicación de la ley del domicilio matrimonial es limitada: en el primero, por la circunstancia especificada en el inciso b) del mismo artículo 13; en el segundo, además, por la posibilidad prevista en el artículo 4º del Protocolo que no alcanza al caso anterior, por no tratarse en él de aplicación de ley extranjera. En el primero, el juez aplicará la ley del domicilio matrimonial *si la causal de disolución alegada es admitida por la ley del lugar de la celebración del matrimonio*; en el segundo, la aplicará si, aun existiendo esa coincidencia, *dicha ley no pugna con el orden público local*.

B) Si, en cambio, se considera que la expresión *domicilio matrimonial* tiene en el Tratado un sentido equivalente a domicilio actual de los esposos, entonces *en ningún caso*, con excepción de aquellos en que el divorcio sea solicitado por la mujer, podrá solucionarse la cuestión por aplicación del art. 4º del Protocolo, porque por razones de jurisdicción, en todos los casos de divorcio pe-

dido por el marido, la ley del domicilio matrimonial será la *lex fori*, la ley nacional, la ley territorial, la ley del *lugar del proceso*, sea que los jueces orientales se atengan al texto de su ley de divorcio, sea que se atengan al tratado de Montevideo.

La primera establece, en efecto, que “los juicios de divorcio deben iniciarse ante el juzgado letrado departamental del domicilio del marido. Si se ignorase el domicilio de éste, o no lo tuviere en la República, deberá iniciarse ante el juzgado del último domicilio que se le hubiere conocido”, (art. 4º, ley de 1907). Debe, además, tenerse en cuenta que, de acuerdo con el art. 31 del código civil “la mera residencia hará las veces de domicilio, respecto de las personas que no lo tuvieran en otra parte”. Y, por lo que al caso se refiere directamente, el art. 33 en cuanto declara que “la mujer casada no divorciada sigue el domicilio del marido, mientras éste reside en la República”.

En cuanto al Tratado de Montevideo, su artículo 62 del título xiv sobre jurisdicción establece que “el juicio sobre nulidad del matrimonio, divorcio, disolución y, en general, todas las cuestiones que afectan las relaciones personales de los esposos, se iniciarán ante los jueces del domicilio conyugal”; debiendo tenerse presente que “el domicilio de los cónyuges es el que tiene constituido el matrimonio y, en defecto de éste, se reputa por tal el del marido”, (artículo 8º).

Dentro de esta hipótesis, pues, como los jueces orientales no pueden conocer de un caso de divorcio si no se halla en su país el domicilio conyugal o el del marido, lejos de estar “en la estricta obligación de aplicar la ley de divorcio a todas las personas que se encuentran sometidas a la jurisdicción de la ley oriental, en virtud de lo dispuesto en el artículo 4º del Protocolo”, están inhibidos de aplicarla precisamente en virtud de ese artículo 4º, que supone, según ha quedado demostrado, que la ley del *domicilio conyugal sea la de alguno de los demás Estados signatarios*.

Ahora bien.

¿Cuál de los dos sentidos analizados tiene la expresión en el Tratado? Confesamos que la cuestión es embarazosa.

El doctor Quintana usa en su informe, según se ha visto, la expresión *domicilio conyugal*. ¿Es que tienen el mismo sentido? El artículo 12 habla de *cambio de domicilio*, y las palabras transcriptas del doctor Vaca Guzmán aluden a la posibilidad de que lo efectúe el marido, al solo efecto de producir la disolución del vínculo.

¿Son, pues, equivalentes para el Tratado las expresiones *domicilio matrimonial* y *domicilio conyugal*, debiendo entenderse por tales el *domicilio actual* de los cónyuges?

¿O debe entenderse por el primero el que tenía el marido a la época de la celebración del matrimonio y por el segundo, el domicilio actual de ambos esposos?

Me inclino a pensar que los autores del tratado emplearon con igual alcance las dos expresiones, dando a ambas el sentido de domicilio actual. El fundamento suministrado por el doctor Vaca Guzmán al agregado del art. 13 lo demuestra, pues si al imponer la ley del domicilio *matrimonial* hubiera entendido el Tratado referirse a la del primer asiento del matrimonio, el temor manifestado por el establecimiento de un nuevo domicilio no habría podido existir, desde que la disposición no alude a éste y la misma ley del primer domicilio habría seguido a los esposos a todas partes.

En cuanto al artículo 12, si bien es cierto que se coloca en la hipótesis de que los cónyuges *mudaren de domicilio*, — lo cual no habría sido necesario si al imponer la ley del domicilio *matrimonial* hubieran entendido aludir al de la época de la celebración, — el informe del doctor Quintana sobre el particular desvanece la duda al justificar el principio adoptado por consideraciones de orden público local, dando a entender que los de-

rechos y deberes de los esposos se rigen por la ley del país en que se hallan domiciliados. “Por lo que hace a las relaciones personales de los casados, dijo, siendo las leyes que las establecen de verdadero orden público, en razón de los motivos de interés general que las animan, no pueden ser regidas por otra ley que por la del domicilio matrimonial, como lo serían también aunque no se tratase de leyes de orden público, en virtud de las razones expuestas acerca de la capacidad de las personas en general.”

Estas últimas palabras confirman la interpretación que las primeras nos sugieren, y alejan la posibilidad de aplicación de una ley extraña a la del domicilio actual a las relaciones que contempla el artículo 12.

En armonía con el espíritu que informa el artículo 13, dispuso el artículo 11 del mismo Tratado, después de establecer el régimen de la ley del lugar de la celebración para la capacidad, forma, existencia y validez del matrimonio: “Sin embargo, los Estados signatarios no quedan obligados a reconocer el matrimonio que se hubiese celebrado en uno de ellos cuando se halle afectado de uno de los siguientes impedimentos”:

e) *El matrimonio anterior no disuelto legalmente.*

De acuerdo con estas disposiciones puede concluirse:

1º Que el Tratado de Montevideo ha modificado el sistema adoptado por la ley argentina de matrimonio, en cuanto ha dispuesto la aplicación de la ley personal del domicilio en substitución de la ley territorial.

2º Que, no obstante esta modificación, el Tratado respeta el principio de la indisolubilidad del vínculo matrimonial consagrado por nuestra ley.



## VI

*Nuestra interpretación*

Veamos ahora cuál es, a nuestro juicio, el verdadero radio de aplicación de los artículos mencionados del Tratado y del Protocolo.

Desde luego, rechazamos el criterio interpretativo que hace depender la aplicación alternativa del Protocolo o del Tratado de que se admita o no que la institución del divorcio sea de orden público o afecte las buenas costumbres. “Si es de orden público, — se dice, — si afecta las buenas costumbres, los jueces no tienen más remedio que aplicarla a todos los individuos que están sometidos a la ley respectiva, es decir, según la doctrina territorial, a todos los que están domiciliados en el país; por el contrario, si no es de orden público, si no afecta las buenas costumbres, se aplicará la disposición del artículo 13, a que nos hemos ya referido”.

Si así fuera, comprobado como queda que, según el espíritu que informa al Tratado en esta parte, el divorcio, como el matrimonio, es una institución de orden público, y teniendo además tal carácter en el espíritu de las legislaciones de todos los países signatarios en que dicho tratado es ley, la conclusión sería la aplicación exclusiva del principio territorial, con eliminación definitiva del artículo 13.

Nosotros decimos: no basta que la ley sobre divorcio sea de orden público para que los jueces orientales deban aplicarla siempre en casos regidos por el Tratado; la aplicarán *si la ley que éste prescribe como aplicable por el juez oriental es una ley de otro país signatario*; si la ley que él impone es, para el juez oriental, una *ley extranjera*, y si, en fin, esa ley extranjera, aplicable según el Tratado, es contraria a la ley interna, a la ley del lugar del proceso, a la ley oriental. Entre ésta y la

*ley extranjera* contraria, el juez oriental optará por aquella, aun cuando el Tratado imponga la aplicación de ésta.

“Los jueces orientales, se ha dicho, en virtud de lo dispuesto en el art. 4º del Protocolo, están en la estricta obligación de aplicar la ley uruguaya a todas las personas que se encuentran sometidas a la jurisdicción de la ley oriental, a pesar del art. 13 del Tratado.”

Esto evidentemente no es exacto. El artículo 4º del Protocolo no impone semejante obligación a los jueces orientales. Dicho artículo no hace otra cosa que *autorizar al juez oriental a aplicar la propia ley cuando la del domicilio matrimonial*, que señala el art. 13 del Tratado, *fuera una ley extranjera contraria a las instituciones políticas, al orden público o a las buenas costumbres de su propio país*; no cuando esa ley aplicable por el art. 13 resultara ser la misma ley del lugar del proceso.

Sostener aquella conclusión equivale a suprimir el Tratado. Como equivale también a suprimirlo el agregar que “el divorcio declarado en esas circunstancias no producirá efectos extraterritoriales (1), al menos entre las naciones signatarias del Tratado, lo que traerá como consecuencia que las mismas personas tengan el estado de divorciadas en la República y el de casadas en la Argentina”.

(1) En este sentido, la sentencia que transcribimos en seguida, precedida del dictamen fiscal:

**JUICIO: Deloupy de Celesia Luisa Eleonor.**

#### DICTAMEN FISCAL

Señor Juez: Si bien es cierto que el artículo 54 de la Ley de Registro Civil establece en su inciso 4º, que se inscribirán en el libro de matrimonios las sentencias ejecutoriadas en que se declare la nulidad del matrimonio o se decrete el di-

Importa un contrasentido una solución *territorial* alcanzada por aplicación de un tratado internacional, pues es contradictoria con el propósito de armonía que justifica y legitima las normas colectivamente sancionadas por los Estados signatarios.

Semejante solución sólo podría aplicarse en ausencia del tratado internacional o por una expresa disposición

vorcio, entiendo que el texto legal, sólo se refiere a los divorcios decretados por los Jueces de la República, como lo comprueba el artículo 59 que establece: "Los Jueces civiles y "eclesiásticos remitirán para su inscripción al Jefe del Registro, dentro de veinticuatro horas después de ejecutoriada, copia de toda sentencia que declare la nulidad de los matrimonios o decrete el divorcio", artículo que es correlativo al 105 de la ley posterior, de Matrimonio Civil.

Por otra parte, la inscripción del divorcio que se solicita, dictado por un Juez de un país que reconoce el divorcio absoluto, no puede tener valor agregada a la partida de un matrimonio celebrado en la República, cuyas leyes sólo autorizan el divorcio consistente en la separación personal, de los esposos, y no en la disolución del vínculo matrimonial, pues tal divorcio se halla comprendido en la disposición del artículo 7.º de la Ley de Matrimonio, que estatuye: "La disolución en país extranjero de un matrimonio celebrado en la República Argentina aunque sea de conformidad a las leyes de aquél, si no lo fuere a las de este Código, no habilita a ninguno de los cónyuges para casarse".

Pero habría otro motivo aún más, si no fueran tan terminantes los anteriores, para oponerse a la inscripción solicitada, y es el que el divorcio absoluto decretado en la República Oriental, respecto a un matrimonio celebrado en nuestra República es contrario a lo resuelto en el tratado de Derecho Internacional de Montevideo, pues cuando la unión se ha contraído en alguno de los países signatarios, debe aplicarse el artículo 13, que si bien establece que la ley del domicilio matrimonial rige la disolubilidad del matrimonio, agrega en su inciso b): "siempre que la causal alegada sea admitida por la ley del lugar en el cual se celebró".

Por todo lo expuesto, entiendo que no debe V. S. hacer lugar a lo solicitado.—Gastón Federico Tobal.

del mismo. Por eso es inconsistente el fundamento que pretende hallarse a la interpretación excluyente que combatimos en análogas conclusiones de la Conferencia de La Haya, afirmándose que “no pudiendo llegarse en ella a un acuerdo entre el orden público del lugar de la celebración del matrimonio y el orden público de la ley nacional de los contrayentes, optaron por sancionar en el artículo 3° una disposición por la cual se permite aplicar la primera de estas leyes, sin que los demás Estados queden obligados a reconocer la existencia y validez de ese matrimonio.”

#### SENTENCIA DE 1ª INSTANCIA

Buenos Aires, julio 25 de 1918.

Y Vistos: para resolver la oposición deducida por el Ministerio Fiscal a la inscripción en el Registro Civil de la sentencia de divorcio dictada por el Tribunal Civil de Montevideo, oída la parte recurrente a fs. 9,

*Y Considerando:*

#### I

Que del testimonio acompañado, debidamente legalizado, surge que la sentencia ha sido pronunciada por el Tribunal Civil de Primera Instancia de la Ciudad de Montevideo (República Oriental del Uruguay), ante el cual se instauró una acción personal como es la de divorcio; que han concurrido ambas partes litigantes; que el divorcio, causa de la ejecutoria, es una institución jurídica válida ante nuestra Ley de Matrimonio Civil, la cual legisla sobre él, autorizando únicamente la separación personal de los esposos, sin que se disuelva el vínculo matrimonial — divorcio “quo ad torum”— y, finalmente, que la sentencia cuyo cumplimiento se gestiona, reúne los caracteres de la ejecutoria según se desprende del certificado glosado a fs. 13. (Tratado de Montevideo: artículos 5.º, 8.º, 12 y 62 de Derecho Civil; 4.º y 5.º de Derecho Procesal; 67, inciso 7.º, 64, 3.º y 104 de la Ley de Matrimonio Civil; 90 inciso 9.º, del Código Civil; 559 del Código de Procedimientos, y 2 del Decreto de Mayo 20 de 1885).

Y bien, ¿qué se infiere de este antecedente? ¿Se infiere acaso que, mediando un tratado internacional, pueden los Estados contratantes adoptar soluciones que lo suprimen? ¿O se infiere, por el contrario, que sólo la existencia en él de una cláusula expresa puede permitir la reserva de una solución puramente territorial?

## II

Que doña Luisa Eleonor Deloupy de Celesia solicita el cumplimiento de la sentencia de divorcio de referencia, sólo en cuanto se relaciona a su inscripción en el Registro Civil de esta Capital, lugar de la celebración del matrimonio, con los efectos legales acordados por la Ley Argentina, es decir, con la restricción especificada en el artículo 7.º de la Ley de Matrimonio Civil, y el Ministerio Fiscal deduce a ello oposición fundamentada en las disposiciones de los artículos 7.º de la Ley citada, 12 inciso b) del Tratado de Derecho Civil celebrado en 1889 en la ciudad de Montevideo, y 59 de la Ley de Registro Civil. Dada la forma en que la cuestión ha sido planteada, el Juzgado debe estudiarla a la luz de los principios que informan la ejecución de sentencias dictadas en países extranjeros; porque si bien la sentencia se ha presentado al solo objeto de su inscripción en el Registro Civil, sin embargo el darle curso importa atribuirle a la misma fuerza jurídica dentro del territorio de la Nación.

## III

Que el precepto contenido en el art. 7.º de la Ley de Matrimonio Civil reconoce el divorcio "ad vinculum" decretado por un Tribunal extranjero de los matrimonios celebrados en la República Argentina, desde que legisla sobre él y establece sus efectos en el territorio de la Nación, teniendo en cuenta la situación de hecho creada con arreglo a la "*lex fori*" del domicilio de los cónyuges, pero en manera alguna declara nula tal sentencia; al contrario, distingue en ella con precisión doctrinaria la autoridad de la misma en lo que se refiere a la "cosa juzgada", respetando así el principio de que el estado y la capacidad de las personas fijados por fallo del Tribunal de su domicilio, crean situaciones civiles irrevocables (Weiss-Zeballos, Manual de D. I. P., II págs. 193

La respuesta huelga. El Tratado de Montevideo no contiene disposición análoga, en el principio que proclama, al mencionado art. 3 de La Haya de 1900, que dice: "La ley del lugar de la celebración puede permitir el matrimonio de extranjeros, no obstante las prohibiciones de la ley indicada en el art. 2º, cuando esas prohibiciones se hallan exclusivamente fundadas en motivos de orden religioso. Los otros Estados tienen el derecho de no reconocer como válido el matrimonio celebrado en tales condiciones."

in fine y 194), y su autoridad como "título habilitante" para legitimar los actos consiguientes, sin otras limitaciones que las impuestas por motivos de orden o derecho público (artículo 14, Código Civil), como es la que consigna de "no habilitar a ninguno de los cónyuges para casarse"; no permitiendo así que legislaciones extranjeras imperen en el territorio de la República, dando efectos civiles al nuevo matrimonio, que no podría concertarse por los esposos divorciados según la ley del lugar de la celebración del anterior, porque de lo contrario tendríamos a una ley extranjera haciendo regir en la República una institución jurídica en una extensión que nuestra ley civil no reconoce a los matrimonios celebrados en el país y aún prohíbe: el divorcio "ad vinculum".

La objeción del Ministerio Fiscal de que la inscripción que se solicita de la sentencia no puede tener efecto por haberse dictado bajo el imperio de la "*lex fori*", que consagra el divorcio "ad vinculum", tampoco la encuentra el Juzgado aceptable porque es de buena doctrina que el derecho y el orden público de un Estado no pueden considerarse lesionados sino cuando "las consecuencias" que se quieran deducir de la cosa juzgada en el extranjero o "los hechos" a que se quiere que dé origen dicha ejecución están en abierta oposición con los principios de orden y de derecho público, y no cuando "la regla de derecho" que el Juez extranjero haya aplicado al dictar el fallo, sea contraria a una ley de orden público del Estado en que se la quiere hacer valer. (Fiore, Ejecución de las sentencias extranjeras, pág. 84).

Así, es un hecho jurídico perfectamente legal el divorcio

No. No es esa la conclusión racional; no es esa la solución que una sana crítica o un ponderado examen de la cuestión sugieren.

de que esa situación la contempla la ley argentina; como lo es también la consecuencia que de él se solicita, su inscripción en el Registro Civil con la limitación de que se ha hecho mérito.

La sentencia de divorcio ha sido pronunciada por el Tribunal competente con arreglo a los principios de Derecho Internacional Privado que sobre la materia consagra nuestra Ley de Matrimonio Civil en sus artículos 3 y 104 (artículos 89, 90, inciso 9.º y 100 del Código Civil).—Asser y Rivier, D. I. P., pág. 140, y GACETA DEL FORO, de marzo 27 de 1917, pág. 179, fallo de la Excm. Cámara 1ª, registrado bajo el núm. 208).

Es el principio del domicilio conyugal el establecido para juzgar de los derechos y obligaciones de los cónyuges, con prescindencia de las leyes del lugar de la celebración; que en el "sub lite" es esa la ley que decide si procede el divorcio y en virtud de qué causas; y sus efectos se extienden aún fuera del domicilio, pero sometidos naturalmente a las limitaciones de orden o de derecho público que establece la Ley argentina, como es la del artículo 7.º.

#### IV

Que, conforme a lo dispuesto en el artículo 62 del Tratado de Derecho Civil Internacional sancionado por el Congreso Sud Americano reunido en la Ciudad de Montevideo, es el Juez del domicilio conyugal el competente para conocer en el juicio de divorcio y es la "lex fori" (artículo 13), la que rige: a) la separación conyugal — divorcio "quo ad thorum" — y b) la disolubilidad del matrimonio, siempre que la causal alegada sea admitida por la ley del lugar en el cual se celebró el matrimonio".

Fundando esta aplicación de la ley del domicilio matrimonial decía el doctor Manuel Quintana, miembro informante de la Comisión de Derecho Civil en mayoría, que todo lo que atañe a la separación temporal de los esposos debe ser regido por la ley del domicilio conyugal, porque las leyes que establecen las relaciones personales de los casados son

Observemos, ante todo, que, según el artículo 4º del Protocolo adicional, las disposiciones contenidas en sus artículos se considerarán parte integrante de los Tratados de su referencia. En tal concepto, debemos considerar dichas disposiciones, no como derogatorias, sino como complementarias, explicativas o aclaratorias de las cláusulas de los aludidos tratados.

de verdadero orden público, en razón de los motivos de interés general que las animan y no pueden ser regidos por otra que la del domicilio matrimonial; mientras que la disolución del vínculo matrimonial sólo queda sujeta a la misma ley, bajo la explícita condición de que la causal alegada para la disolución sea también autorizada por la que gobierna la validez del matrimonio, es decir, la ley que presidió a su celebración.

Este concepto fué nuevamente fijado en la discusión en particular por el señor Plenipotenciario de Bolivia, doctor Vaca Guzmán, quien agregó: La razón que ha habido para ello es que teniendo el marido la facultad de cambiar de domicilio, podría trasladarlo con el objeto de producir la disolución del vínculo.

Además, como se ha establecido que la ley local debe ser la base que rija las relaciones matrimoniales y el vínculo mismo, si el matrimonio se celebra sobre la base de la indisolubilidad, es evidente, que debe tenerse en cuenta "la ley del lugar de su celebración", cuando se trata de disolverlo. (Actas de las sesiones del Congreso, págs. 402 y 474).

Ahora bien, esta vinculación de la ley del país en el cual se celebró el matrimonio y la de aquel en el cual se intenta la disolución, ¿es de aplicación rigurosa para los Tribunales de Justicia de los Estados signatarios del Tratado de referencia?

La aplicación de las leyes de cualquiera de los Estados contratantes en los territorios de los otros se ha establecido, dentro de reglas generales, en el Protocolo Adicional para aquellos casos que determinen los Tratados celebrados sobre las diversas materias del Derecho Internacional Privado y que se considera parte integrante de los Tratados de su referencia, según reza el artículo 7.º del citado Protocolo.

¿A qué fin, en efecto, se convienen los artículos del Protocolo? Según la declaración preliminar, a fin de fijar reglas generales de *aplicación de las leyes de cualquiera de los Estados contratantes en los territorios de los otros, en los casos que determinan los tratados celebrados.*

La única limitación pactada a esta aplicación de oficio de la ley extranjera — que adquiere el carácter de propia en virtud de los Tratados, — requerida por la naturaleza jurídica de la relación, es la que resulta de las instituciones políticas, “leyes de orden público o buenas costumbres” del país donde se discuta su aplicabilidad, en cuyos casos jamás será aplicada. (Artículo 4.º del Protocolo Adicional y Actas del Congreso, pág. 617).

No existe criterio absoluto para determinar las reglas de orden público internacional; su carácter se revela por el estudio del “pensamiento” del legislador y de los “principios generales sancionados” expresa e implícitamente en cada país por la Constitución, las leyes y las costumbres. (Torres Campos: Elementos de D. I. P., pág. 117).

El matrimonio es siempre la única base digna de la familia, como la familia es la única base sólida de la sociedad, lo que basta, — decía el doctor Quintana en el informe citado, página 399, — para explicar la atención solícita que el legislador le ha dispensado, las garantías especiales de que ha querido rodearlo y “la estabilidad”, por lo menos relativa, que nunca ha dejado de acordarle. Estas palabras, como los fundamentos aducidos con relación a las leyes que debían regir el divorcio, demuestran que hubo unanimidad en el “pensamiento” de los señores Plenipotenciarios reunidos en Montevideo para considerar el divorcio como una institución de orden público, tanto más cuando las Naciones del Continente Sud Americano tenían intereses comunes, instituciones análogas y “las mismas bases en su legislación civil”, como lo había recordado en sesiones anteriores el señor Plenipotenciario del Perú, doctor Gálvez. (Actas del Congreso, pág. 295). Esta tendencia se confirma con los preceptos que sobre la materia se consagraron en los artículos 13, inciso b, y 9, segunda parte, del Tratado de Derecho Civil, que evidentemente tiende a hacer primar la ley nacional de los Estados signatarios, en todo lo referente al régimen del matrimonio.

He ahí la clave de una interpretación racional. Ninguna cláusula del Protocolo podrá regir sino cuando se trate de aplicar la ley de un Estado contratante en territorio de otro. Fuera de estos casos, sus reglas carecen de valor.

No cabe, pues, duda alguna que la institución jurídica del divorcio afecta el orden público o buenas costumbres de un país.

Y así enseña Asser (obra citada, pág. 141), que el Juez de un país donde el divorcio esté admitido, no podría rechazar la demanda so pretexto de que en el lugar de la celebración del matrimonio o del primer domicilio conyugal, o en el país de donde es originario el marido, el divorcio no exista o no pueda ser decretado por el motivo que se invoca. En los países donde ese medio de disolución se admite, ha creído el legislador que sería contrario al orden público mantener un matrimonio cuya disolución se reclama en virtud de un motivo legal; y en esto no se ha guiado solamente por el interés personal de los cónyuges, sino que se ha inspirado, ante todo, en consideraciones relativas al interés de la familia, al orden público y a las buenas costumbres.

De suerte entonces que la disolución decretada por el Tribunal Civil de la Ciudad de Montevideo del matrimonio celebrado en la República, no contraría a lo resuelto en el Tratado de Derecho Civil desde que por precepto expreso contenido en el Protocolo Adicional corresponde a los Tribunales de Justicia de los Estados signatarios la facultad de pronunciar sus fallos prescindiendo de las leyes de los mismos requerida por la relación jurídica cuando ellas contraríen las leyes de orden público o las buenas costumbres del lugar del proceso; facilitando así la evolución de las instituciones de los Estados signatarios, sin necesidad de llegar a la denuncia de los Tratados celebrados.

La situación jurídica creada a los Estados signatarios por la sentencia de divorcio "ad vinculum" dictada por el Tribunal Civil de la Ciudad de Montevideo, se encuentra estudiada en sus consecuencias por los mismos Tratados, a saber: a) *En cuanto a la celebración de un nuevo matrimonio por los divorciados:* Si bien la existencia y validez del matrimonio, se rigen por la "ley del lugar" en que se celebra, sin embargo, los Estados signatarios no quedan obligados a

El artículo 4º del Protocolo establece una regla general de aplicación de leyes extranjeras; pero como, según aquella declaración, ha de referirse a algún caso determinado por cualquiera de los Tratados, será sólo la ley que ese Tratado, y *en ese caso*, determina la que no se aplicará en el lugar del proceso contra sus instituciones políticas, sus leyes de orden público o sus buenas costumbres.

reconocer el celebrado en uno de ellos cuando el anterior no hubiese sido "disuelto legalmente", (artículo 11, inciso e, Tratado de Derecho Civil), es decir, de acuerdo a la ley del lugar donde el matrimonio se había celebrado, respetando así el "principio de la ley nacional" consagrado en el Congreso, como base del régimen matrimonial, y b) *En cuanto a la fuerza jurídica de la sentencia que decreta el divorcio "ad vinculum"*: Las sentencias dictadas en asuntos civiles en uno de los Estados isgnatarios tienen en los territorios de los demás "la misma fuerza" que en el país en que se han pronunciado si reúnen los requisitos apuntados en el artículo 5.º del Tratado de Derecho Procesal. Entre ellos, el enumerado en el inciso e, tiene en el caso "sub lite" grande importancia porque fija el alcance de la fuerza extraterritorial de las sentencias como es: "que no se oponga a las leyes de orden público del país de su ejecución".

Esta calidad esencial en toda sentencia extranjera no importa una restricción al principio extra-territorial que se consagra en el artículo 5.º del Tratado citado, en honor de la justicia; sino una garantía en favor de los interesados en el litigio y resguardo de la soberanía del territorio en que se pide la ejecución de la sentencia. (Actas del Congreso, pág. 295).

La sentencia de divorcio "ad vinculum" presentada no puede tener en el país todos sus efectos, porque conforme a las reglas consagradas en el artículo 14 del Código Civil, se opone al orden público desde que el divorcio "ad vinculum" no ha sido aceptado por nuestro codificador y contraería el espíritu de nuestra legislación civil. De ahí que la sentencia de más fuerza jurídica en el territorio de la Nación que la fijada en el considerando III conforme a las reglas de Derecho Internacional Privado incorporadas en nuestra

Quiere decir, entonces, que el art. 4º del Protocolo importa una limitación, pero no una exclusión del artículo 13 del Tratado.

Importa una limitación, porque la ley del domicilio conyugal indicada en el artículo 13, siendo una ley extranjera, no podrá aplicarse cuando sea contraria a las instituciones políticas o al orden público del país en que, según él, deba aplicarse. La *ley extranjera del domicilio*

legislación y que tienen por fundamento la moral y la justicia.

Que la comunicación de la sentencia sobre divorcio o nulidad de matrimonio al Oficial Público encargado del Registro Civil debe ser hecha por el Juez a quien corresponda ordenar y presidir su ejecución o cumplimiento. (Artículos 59, Ley de Registro Civil, y 104 y 105, Ley de Matrimonio Civil).

Que el Juzgado es competente para entender en la inscripción de la sentencia de referencia y, establecida en los considerandos precedentes la validez y alcance de la misma ante la Ley Argentina, ella es perfectamente procedente desde el momento que la ordena el proveyente, Juez de la Nación. (Artículos 87, 88 y 89, Ley de Registro Civil, y 560 del Código de Procedimientos).

## VI

Por estos fundamentos y no obstante lo dictaminado por el Agente Fiscal, resuelvo: mandar inscribir en el Registro Civil de esta Ciudad la sentencia de divorcio de los cónyuges don Mariano Guillermo Celesia y doña Luisa Eleonor Deloupy, pronunciada por el Tribunal Civil de la Ciudad de Montevideo el día veinte de abril de mil novecientos diez y siete, de que instruye el testimonio glosado a fs. 1, con la limitación de que no habilita a ninguno de los cónyuges para casarse .

Ejecutoriada que sea: líbrese oficio al señor Jefe del Registro Civil, con copia de esta resolución y sentencia de fs. 1, a los fines de la inscripción ordenada por el artículo 62 de la Ley núm. 1565.—Juan Carlos Lagos.—Ante mí: Argentino G. Barraquero.

*matrimonial* halla, pues, un límite a su aplicación en el orden público territorial que el art. 4° del Protocolo ampara.

Sin duda, uno de los errores que conduce a la interpretación que rechazamos deriva de dar al artículo 13 un sentido o un alcance que no tiene. Supónese que, al imponer dicho artículo la condición de coincidencia de la ley del domicilio matrimonial y de la del lugar de la celebración en cuanto a la causal alegada, plantea un conflicto de concurrencia de leyes, o de aplicación alternativa, cuya solución habría de inspirarse en la opción judicial justificada. Sólo bajo este supuesto puede hacerse *predominar* la ley del domicilio sobre la *loci celebrationis* (1), y en ello advertimos el error inicial.

(1) He aquí una sentencia dictada por el juez departamental de Tacuarembó, doctor Llovet, en 1911, en que se incurre en el error que comentamos:

Vistos: estos autos seguidos por don... solicitando la conversión en divorcio de la sentencia de separación de cuerpos dictada en Buenos Aires por el señor juez de primera instancia en lo civil en los autos seguidos por doña... contra don... sobre divorcio;

Resultando:: 1° Que, como se desprende de la sentencia testimoniada de fs. 2 v. y siguientes, con fecha 19 de febrero de 1903, fué decretado el divorcio de los cónyuges... fundándose el fallo en las causales de adulterio público y abandono del hogar por más de diez años por parte del marido;

2.° Que del certificado de fs. 7 resulta que dicha sentencia fué consentida por ambas partes, recibiendo por tanto, autoridad de cosa juzgada;

3.° Que a fs. 10 don... fundándose en los recaudos relacionados y amparándose en el art. 6 de la ley de Julio 11 de 1910, solicita se decrete la conversión en divorcio absoluto;

4.° Que oído el representante del Ministerio Público, dicho funcionario, manifestó no tener reparo alguno que oponer a lo solicitado,

El artículo 13 determina la aplicación de la *ley del domicilio matrimonial*, y no otra. El exigir que con ella coincida la del lugar de la celebración del matrimonio, *en cuanto a la causal alegada*, no desnaturaliza el criterio legal, expreso y decisivo. Es la *ley del domicilio matrimonial* la que decide si el matrimonio se disuelve o no por divorcio: y éste se decreta o no se decreta, según que se satisfaga o no el requisito de la coincidencia mencionada, con la limitación aludida del Protocolo.

Considerando: 1.º Que pueden reducirse a tres las cuestiones legales que se plantean en el caso sub-judice, a saber: a) Si puede prescindirse del juicio previo de exequatur; b) Si tratándose de un matrimonio celebrado en la República Argentina, cuya legislación sólo consagra el divorcio bajo la forma de separación de cuerpos, puede el marido domiciliado en el país solicitar se convierta en divorcio absoluto la sentencia de separación personal dictada por las autoridades argentinas; c) Caso de resolverse las dos cuestiones antedichas en sentido afirmativo, determinar si la sentencia que decretó la separación de los cónyuges... reúne las condiciones exigidas por el art. 33 de la ley de 26 de Octubre de 1907, modificado en parte por el art. 6 de la ley de 11 de Julio de 1910;

2.º Que, con respecto al primer punto, el juzgado acepta en un todo la doctrina sustentada por el postulante a fs. 10 y siguientes. Reproduciendo en este lugar los fundamentos aducidos por el proveyente en la resolución de un caso análogo, puede decirse que el señor... no presenta la sentencia de separación de cuerpos a efecto de ejecutoria, pues dicha sentencia ha sido plenamente cumplida en cuanto a su objeto, o sea, a la separación de los cónyuges. Lo que el postulante pretende es que se convierta su estado de separación en divorcio absoluto, lo que no supone en forma alguna, ejecutar la sentencia extranjera que decretó la separación personal, sino el ejercicio de un derecho acordado por la ley nacional a cualquiera de los cónyuges domiciliados en el país que hayan obtenido sentencia de separación personal y que, como tal, pueden hacerlo valer a su arbitrio. Quien instaura acción de conversión sólo está obligado a probar un hecho principal, esto es, que por sentencia ejecutoriada, ha sido de-

Por el art. 13 no se trata de *elegir* entre dos leyes, ni de preferir entre dos *órdenes públicos*, y es una pura fantasía argumentar diciendo que en el caso "el orden público argentino impone el mantenimiento del vínculo matrimonial, mientras que el orden público oriental obliga a los jueces del país a la sanción del rompimiento del vínculo"; y que "en esta circunstancia extrema no cabe más que una sola solución: cada uno impone su ley en su casa".

cretada la separación de cuerpos entre él y su cónyuge. Dicha prueba la ha producido el peticionante acompañando un testimonio debidamente legalizado de la sentencia dictada en Buenos Aires por el juez de primera instancia en lo civil y acreditando por certificado especial que dicha sentencia pasó en autoridad de cosa juzgada. La sentencia extranjera sólo constituye, pues, en el caso *sub-judice*, un instrumento probatorio, con todo el valor del acto auténtico, reuniendo los requisitos determinados en el artículo 357 del código de procedimientos civil y 1553 del código civil. Invocada la sentencia extranjera como *res judicata*, el juzgado debe aceptarla como tal, por las razones expuestas, sin que el postulante haya obtenido previamente una declaración de exequatur. Este criterio se ajusta a la doctrina sustentada por los tratadistas Weiss, Gabba, Fiore y otros autores, quienes sostienen que sólo debe exigirse el juicio previo de exequatur cuando se trata de la ejecución de la sentencia extranjera, pero no cuando se presenta por vía de prueba, para la constatación de un hecho cualquiera, como ser la capacidad o estado de un individuo. De acuerdo con lo expuesto, el juzgado acepta de plano la sentencia extranjera, y estudiando su valor con arreglo a nuestra legislación no trepida en tenerla como cosa juzgada y como prueba irrecusable del estado que invoca don...

3º Que, en cuanto a la segunda cuestión que se plantea, debe resolverse afirmativamente. De acuerdo con los principios de la doctrina territorial, doctrina aceptada por nuestra jurisprudencia, es la ley del lugar del domicilio de los cónyuges la que debe regir la disolución del matrimonio. Y no puede ser de otra manera, pues de aceptarse como regla la ley del lugar de la celebración del contrato matrimo-

Partiendo del enunciado indiscutible de que en los casos de divorcio, para decidir acerca de la separación personal o de la disolubilidad del matrimonio, el artículo 13 del Tratado establece la aplicación de la ley del domicilio matrimonial, decimos que, para que proceda la li-

nial, se conspiraría contra los principios en que están interesados el orden público y las buenas costumbres. A pesar de esto, la solución tendría que ser negativa si se tuviera solamente en cuenta el art. 13 del Tratado de Derecho Civil Internacional celebrado entre nuestro país y la República Argentina, según el cual la ley del domicilio matrimonial rige: a) La separación conyugal; b) la disolubilidad del matrimonio, siempre que la causal alegada sea admitida por la ley del lugar en el cual se celebró. De acuerdo, pues, con esta disposición, no podría decretarse el divorcio en el caso *sub-judice*, por cuanto la ley vigente en el domicilio matrimonial admite el divorcio absoluto, en tanto que la del lugar de la celebración del matrimonio sólo lo admite bajo la forma restringida, o sea, la separación de cuerpos. Esto no obstante, el juez de sentencia entiende de su deber acceder a lo solicitado, sin incurrir en transgresiones legales, fundándose en lo dispuesto por el art. 4 del Protocolo adicional, inspirado en los verdaderos principios de la doctrina territorial, según la cual "las leyes de los demás Estados jamás serán aplicadas contra las instituciones políticas, las leyes de orden público o las buenas costumbres del lugar del proceso"; siendo de hacer constar que las disposiciones del Protocolo Adicional forman parte integrante de los tratados celebrados entre las potencias signatarias, según se consigna en su art. 7º En consecuencia, si se admite que la institución del divorcio, es de orden público, no sería admisible la aplicación en el caso *sub-judice* de lo dispuesto por el artículo 13 del Tratado de Derecho Civil Internacional, porque de hacerlo se atentaría contra una ley de orden público en nuestro país, cuyo caso está expresamente exceptuado en su aplicación por el citado artículo 4º del Protocolo Adicional. Ahora bien: es incuestionable que la institución del divorcio debe ser considerada entre las instituciones que por su esencia son de orden público, pues su creación responde a altas razones de moralidad y afecta directamente las normas que rigen la constitución de la familia, base de la organización

mitación consagrada en el artículo 4º del Protocolo, esa ley del domicilio matrimonial, impuesta por el artículo 13, ha de ser *una ley extranjera*, una ley de cualquiera de los demás estados contratantes. Si no lo es, será inaplicable el artículo 4º. Querría entonces decir que en virtud de este artículo, *jamás se aplicará esa ley extranjera del domicilio matrimonial en el lugar del proceso, cuando se halle en contra de una ley de orden público de ese lugar*. Eso significa el art. 4º del Protocolo.

social. En este sentido, su calificación ha sido generalmente admitida por la jurisprudencia y sostenida por la doctrina de eminentes tratadistas, por lo cual se hace innecesario extenderse en consideraciones al respecto, pudiendo verse sobre el particular la luminosa consulta evacuada por el doctor José Pedro Varela, publicada en "El País", en Septiembre del año próximo pasado, cuyas conclusiones son las consignadas en esta sentencia. Siendo, pues, de orden público la institución del divorcio, la ley que la rige, como toda ley de orden público, debe ser aplicada por los jueces con carácter preceptivo a todos los cónyuges domiciliados en el país que piden acogerse a sus beneficios, sea cual sea su nacionalidad o la ley del lugar de la celebración del matrimonio. Poco importa que el señor... una vez obtenido el divorcio, revista la dualidad de divorciado en nuestro país y de casado, aunque separado personalmente, en la República Argentina, ya que la sentencia que se dicta no producirá efectos extraterritoriales, pues si bien esa circunstancia podrá importar una consideración personal para el señor... no puede ser, en cambio, tenida como argumento legal que obste en forma alguna para que, a petición de parte, se decrete el divorcio. Si el orden público en la República Argentina impone la indisolubilidad del vínculo matrimonial, ese mismo orden público impone en nuestro país su disolución a pedido de parte en los casos determinados por las leyes de divorcio vigentes.

4.º Que resta únicamente el examinar si el señor... se halla en las condiciones que prescriben los artículos 33 y 6 de las leyes de 28 de Octubre de 1907 y de 11 de Julio de 1910. Dos son los extremos requeridos para que pueda convertirse en divorcio una sentencia de separación personal:

Dentro de este criterio, pueden conceptuarse exactas las siguientes conclusiones de uno de los fallos insertos en notas precedentes:

“De suerte entonces que la disolución dictada por el tribunal civil de la ciudad de Montevideo del matrimonio celebrado en la República no contraría lo dispuesto en el Tratado de derecho civil, desde que por precepto expreso contenido en el protocolo adicional, corresponde a los tribunales de justicia de los Estados signatarios la facultad de pronunciar sus fallos prescindiendo de las leyes de los mismos, requerida por la relación jurídica, cuando ellos contraríen las leyes de orden público o las buenas costumbres del lugar del proceso; facilitando así la evolución de las instituciones de los Estados signatarios, sin necesidad de llegar a la denuncia de los tratados celebrados.” (1).

Como síntesis doctrinaria, estas conclusiones coinciden con nuestra interpretación, y las aceptamos sólo en cuanto coincidan, vale decir, en tanto admitan la fundamental distinción que hemos sentado.

a) que las causas que motivaron la separación sean de las comprendidas en el art. 2 de la ley primeramente citada; y b) que hayan transcurrido tres años de estar ejecutoriada la sentencia. Ambos extremos concurren en este caso, pues en cuanto al primero la separación está fundada en las causas de adulterio y abandono, previstas en los incisos 1 y 5 del citado artículo 2; y, en cuanto al segundo, han transcurrido más de ocho años desde que quedó ejecutoriada la sentencia de separación.

Por estos fundamentos, fallo: declarando procedente la acción deducida y decretando la conversión en divorcio de la separación de los cónyuges..., separación decretada por los tribunales Argentinos con fecha 19 de Febrero del año 1903.

(1) Fallo del Dr. J. C. Lagos, transcripto en la nota anterior.

Ahora bien, ¿cuándo la ley del domicilio matrimonial impuesta por el art. 13 será una ley extranjera?

Depende la respuesta del sentido con que dicha expresión se interprete.

Si se la toma *strictu sensu*, la ley del domicilio matrimonial coincidirá ordinariamente con la *lex loci celebrationis*, y en el caso analizado será, también ordinariamente, una ley extranjera.

Si, en cambio, se la interpreta en el sentido de que es equivalente a ley del domicilio conyugal, sólo dejará éste de coincidir con la *lex fori* en los casos en que el divorcio sea solicitado por la sola voluntad de la mujer, en cuyo caso el domicilio, a los efectos de la jurisdicción, será el de la mujer, pudiendo hallarse en otro país el domicilio del marido, que determina el domicilio conyugal.

De acuerdo con este criterio interpretativo, la primera cuestión que ha de proponerse el juez se encierra en este interrogante:

¿Cuál es el país del domicilio matrimonial?

Si el domicilio matrimonial se halla en otro país signatario, la ley a aplicar será para el juez una *ley extranjera*. En tal caso sólo la aplicará si ella no ofende el orden público del propio país. (Art. 4º del Protocolo).

Si el domicilio matrimonial se halla en el propio país del juez, la ley a aplicar se confundirá con la *lex fori*. En tal caso la aplicará si la causal que se alega para disolver el matrimonio se halla admitida por la ley del lugar de la celebración. (Art. 13 del Tratado).

Y hé aquí cómo, mediante la estricta aplicación del Tratado de Montevideo, los jueces orientales, en la inmensa mayoría de los casos, a la inversa de lo que en la práctica ocurre, debieran dictar sentencia negándose a decretar los divorcios solicitados por cónyuges de matrimonios celebrados en nuestro país y aun a convertir en divorcios absolutos las separaciones personales decretadas por los jueces argentinos.



SISTEMA ARGENTINO DE  
INFORMACIÓN JURÍDICA

# CAPÍTULO TERCERO

---

## Las soluciones

---

SUMARIO: 1. Dilucidación de los casos de la tercera hipótesis. — Demanda de disolución ante nuestros tribunales. Disolución en país extranjero signatario. Conversión de la separación personal en divorcio absoluto. Primer matrimonio y disolución en país extranjero: nuevo matrimonio en la República. Primer matrimonio en otro país signatario o en la República. — 2. Notificación e inscripción en la República de las sentencias de divorcio dictadas en la República Oriental del Uruguay. — 3. Nuestra opinión.

### I

Expuestas y analizadas las diversas reglas de interpretación y aplicación que, a nuestro juicio, integran la doctrina incorporada al Tratado de Montevideo, dedicaremos este capítulo a la dilucidación de los mismos casos anteriormente propuestos, pero considerados desde el punto de vista de la tercera hipótesis .

- A) ¿Puede cualquiera de los cónyuges de un matrimonio celebrado en uno de los países contratantes, cuyas leyes admiten el divorcio absoluto, obtenerlo en otro que sólo admite la separación personal?

Este supuesto sería el de un matrimonio celebrado en la República Oriental y cuya disolución por divorcio se gestionara ante nuestros jueces.

Por aplicación de nuestra Ley de Matrimonio, la solución que anteriormente dimos a este caso, dentro de la *primera hipótesis*, fué negativa.

En virtud ahora del art. 13 del Tratado, y para la aplicación de la ley que él preceptúa, el caso supuesto implica estas posibilidades:

- a) Que el domicilio matrimonial se halle establecido en la República Argentina;
- b) Que se halle en otro cualquiera de los Estados signatarios.

1. Si el domicilio matrimonial se supone en la República Argentina, la ley a aplicarse sería la *lex fori*, nuestra ley de matrimonio, y la disolución del vínculo matrimonial no podría acordarse, en virtud de que la única causal que ella admite para la disolución es la muerte de alguno de los cónyuges (Art. 81).

2. Si el domicilio matrimonial se halla en cualquier Estado signatario, siendo entonces caso de aplicar una ley extranjera, su aplicación sólo procederá si dicha ley no pugna con nuestro orden público (Protocolo, artículo 4º), como ocurriría si el domicilio se hallase en la misma República Oriental.

\*  
\* \*

El caso inverso del que acabamos de plantear es, sin duda, más interesante y también más complejo, por suponer la gestión del divorcio absoluto ante los jueces de un país que lo admite como medio de disolución del matrimonio.

La fórmula sería la siguiente:

- B) ¿Pueden los jueces de un país signatario que acepte el divorcio absoluto declarar la disolución del vínculo de un matrimonio celebrado en otro que sólo admite la simple separación personal?

La solución de este supuesto se halla contenida en la del que más adelante analizamos bajo la letra H.).

Alude ella a los casos más frecuentes de aplicación de los principios y reglas legales y convencionales que en el capítulo precedente analizamos. (1)

(1) La tramitación de divorcios absolutos o de conversión en divorcios absolutos de separaciones personales ante los jueces de la vecina República ha llegado a constituir una especialidad profesional, como lo demuestra el anuncio que, a título de verdadera curiosidad, transcribimos a continuación. Los fundamentos que, en apoyo de nuestro modo de ver, hemos expuesto en el texto demuestran que estamos muy lejos de adherir a las aseeraciones jurídicas e interpretaciones legales que el documento contiene. Alude éste a una **Oficina Jurídica Uruguaya**, de Montevideo, fundada en el año 1912, que *se dedica especialmente a la tramitación rápida de divorcios absolutos*, sucursal en Buenos Aires, calle Libertad 264, Unión Telefónica 3540 Libertad. Horas de oficina de 9 a 11 y 3 a 6 p. m.', conteniendo las indicaciones siguientes:

#### Documentos necesarios

1º — Partida de casamiento y datos personales, profesionales, etc. de los cónyuges, legalizada ante el Ministerio de Relaciones Exteriores y el Cónsul del Uruguay en la Rep. Argentina. Si la persona que solicita el divorcio hubiera contraído enlace fuera de la Capital Federal, deberá previamente legalizarla ante las autoridades o representantes de ese punto. Estos trámites debe hacerlos la parte interesada pudiendo también hacerlos nosotros, por su cuenta y orden.

2º — Nombre, edad, nacionalidad y profesión de los hijos si los hubiere.

3º — Detalle de los bienes y su pertenencia.

4º — Una memoria detallada de los hechos, causas, relatadas en forma histórica, que dan lugar al divorcio.

#### Gastos y costas del Juicio

5º — Además de nuestros honorarios, para poder tramitar el divorcio hay que efectuar los siguientes gastos: poder, legalización en Montevideo, edictos, papeles sellados, citaciones,

Nuestra opinión se inclina sin reservas hacia la negativa, analizada la cuestión ante las disposiciones del Tratado de Montevideo; y con cierta limitación, examinada ante los preceptos de nuestra Ley de Matrimonio. Hemos fundado antes nuestra opinión.

y costas judiciales, pues es sabido que en la Rep. del Uruguay hay que pagar las "Costas de justicia" y si uno de los cónyuges no se presenta, el Juez le nombra un *Defensor de Oficio* al que también hay que pagar sus honorarios. Todos estos gastos nosotros los ajustamos por una suma determinada con nuestros clientes y conjuntamente con nuestros honorarios que fijamos en cada caso.

#### Facilidades de Pago

6º — También damos facilidades para el pago de Gastos, Costas y Honorarios, pudiendo abonarse en pequeñas cuotas mensuales siempre que se nos ofrezca garantía satisfactoria.

#### Duración del Juicio

7º — El juicio puede durar noventa o más días a contar desde su iniciación. Esto depende de la causal del mismo y de las incidencias que se produzcan.

#### Consultas gratis

8º — Las consultas anteriores a la iniciación del juicio serán evacuadas por el representante de la "Oficina Jurídica Uruguaya" en Buenos Aires gratuitamente. Las que se hagan por carta deben ser acompañadas de franqueo para la respuesta.

9º — El marido por sí solo o la esposa por sí sola pueden solicitar el divorcio, también los dos juntos, es decir, "por mutuo consentimiento", pero en este último caso es mucho más larga la tramitación, por lo que aconsejamos que sea uno solo de los cónyuges el que lo solicite

#### Divorcio decretado en la República Argentina

10. — Puede fácilmente convertirse un divorcio Argentino o separación de cuerpos como comunmente se le llama, en *Divorcio Absoluto*, siempre que hayan transcurrido tres años de dictada la sentencia por los tribunales Argentinos. Para esto son necesarios los documentos indicados en el art. 1º y copia de la sentencia debidamente legalizada.

La solución afirmativa ha sido defendida en algún caso resuelto por un juez argentino, quien ha coincidido así en el criterio con que los de la República Oriental dictan sus fallos declaratorios de divorcio, relativos a matrimonios contraídos en nuestro país.

En algún otro caso esa coincidencia no es más que aparente, pues, no obstante aceptar la validez del divor-

### Datos importantes

Desde Noviembre de 1912 hasta Marzo de 1918, hemos tramitado 418 casos de divorcio a personas que viven en la Rep. Argentina y tenemos 416 casos favorables, 2 desfavorables, de los cuales 137 pedidos por el esposo, 209 por la esposa y 17 de común acuerdo.

De los demás 41 están en trámite y 12 no se terminaron por resolución de los interesados.

Entre otros muchos casos que prueban la eficacia del divorcio absoluto que existe en la vecina Rep. del Uruguay, y a más de los 317 fallos favorables, *de los cuales han vuelto a casarse 224 de los que hemos tramitado*, recordaremos como ejemplo al conocido barítono Sagi Barba, divorciado en Montevideo. Su primera esposa quiso proceder contra él, en España, amparada por la Ley de Garantías Papales, que rige en aquella nación, y nada pudo hacer.

Aquí otra señora muy conocida como oradora, la señora B. de S., divorciada en Montevideo, pidió al Juez de esta, venia para disponer de sus bienes y a raíz del fallo de divorcio le fué concedida en la forma solicitada.

El fallo del Juez doctor Zenón González, de Rosario de Santa Fe, que dictó sentencia en un asunto de un divorciado que quiso casarse nuevamente en aquella ciudad, dando permiso a que lo hiciera, declarando "que cuando las causas para el divorcio son de las reconocidas por el Código Civil Argentino, toda persona casada en la Argentina y divorciada en el Uruguay, se halla en condiciones de contraer nuevo matrimonio en nuestro país".

La acordada del 23 de Marzo 1917, de la Excm. Cámara Civil de la Capital Federal ordenando al Registro Civil la inscripción del nuevo matrimonio de un divorciado en Montevideo, ha sentado jurisprudencia, despejando toda duda al respecto.

cio declarado, se ha concluído asignando a la sentencia el alcance restringido que nuestras leyes le acuerdan.

Creemos haber demostrado que el Tratado de Montevideo no autoriza esas disoluciones por aplicación directa de la ley uruguaya; y consideramos que, desde el punto de vista de nuestra legislación, importa una aventura jurídica y una herejía legal sostener la afirmativa.

Se ha dicho (1) que "el precepto contenido en el art. 7º de la Ley de Matrimonio Civil reconoce el divorcio *ad vinculum* decretado por un Tribunal extranjero de los matrimonios celebrados en la República Argen-

#### Sección Informes Judiciales

Con buen éxito hemos inaugurado la sección *Informes Judiciales* cuyo fin principal es el de tener al corriente a los interesados de la marcha de toda clase de asuntos judiciales cuya tramitación hubiere sido encomendada a personas ajenas a la Oficina Jurídica Uruguaya.

Esta iniciativa es debida a que numerosas personas han sido víctimas de "Aves Negras" que "dicen" ocuparse de la tramitación de divorcios absolutos, u otros asuntos y que en la realidad lo que tramitan es la explotación de los que tienen la desgracia de caer en sus garras, quienes además de perder su dinero, pierden su tiempo villanamente engañados".

(1) Causa *María Eleonor Deloupy de Celesia*, solicitando inscripción de sentencia en el Registro Civil de la capital. *Gaceta del Foro*, núm. 728, de 27 de Julio de 1918. — Debemos hacer presente que, no obstante el alcance limitado de la demanda "inscripción en el Registro civil de nuestra capital de la sentencia de divorcio dictada por un Tribunal de Montevideo", el juez entendió que debía encarar la cuestión "a la luz de los principios que informan la ejecución de sentencias dictadas en países extranjeros, porque si bien la sentencia se ha presentado al solo objeto de su inscripción en el Registro Civil, sin embargo el darle curso importa atribuirle a la misma fuerza jurídica dentro del territorio de la Nación".

Nosotros pensamos que el pedido de inscripción de la demanda no importa una ejecución de ésta. La misma Resolución lo demuestra.

tina, desde que legisla sobre él y establece sus efectos en el territorio de la Nación, teniendo en cuenta la situación de hecho creada con arreglo a la *lex fori* del domicilio de los cónyuges; pero en manera alguna declara nula tal sentencia, al contrario distingue en ella con precisión doctrinaria la autoridad de la misma en lo que se refiere a la *cosa juzgada*, respetando así el principio de que el estado y la capacidad de las personas fijados por el fallo del Tribunal de su domicilio crean situaciones civiles irrevocables, y su autoridad como *título habilitante* para legitimar los actos consiguientes, sin otras limitaciones que las impuestas por motivos de orden o de derecho público, como es la que consigna de *no habilitar a ninguno de los cónyuges para casarse*; no permitiendo así que legislaciones extrañas imperen en el territorio de la República dando efectos civiles al nuevo matrimonio que no podría concertarse por los esposos divorciados según la ley del lugar de la celebración anterior, porque de lo contrario tendríamos a una ley extranjera haciendo regir en la República una institución jurídica que nuestra ley no reconoce a los matrimonios celebrados en el país y aún prohíbe: el divorcio *ad-vinculum*" (1).

Nos permitimos señalar manifiestas contradicciones en el desarrollo de esta argumentación; pues no es posible afirmar que la ley argentina "reconoce el divorcio *ad vinculum* decretado por un juez extranjero de un matrimonio celebrado en la República", si se afirma que en el mismo precepto "no habilita a los cónyuges para casarse"; y tampoco es posible atribuir a la Ley el propósito de evitar que "legislaciones extranjeras imperen en el territorio de la República" si se admite que ella "reconoce el divorcio *ad vinculum* decretado por

(1) En nota de un capítulo anterior se halla transcrita esta resolución del juez de lo civil Dr. J. C. Lagos.

un Tribunal extranjero de un matrimonio celebrado en la República.” Por otra parte, es indudable que la misma apuntada distinción atribuída a la Ley entre *cosa juzgada* y *título habilitante* conduce a la opuesta solución de que si niega al divorcio *ad vinculum* decretado por el Tribunal extranjero la autoridad de título habilitante para contraer nuevo matrimonio, es precisamente porque le niega autoridad de cosa juzgada sobre el nuevo estado personal declarado por la sentencia.

¿Y cuál es la conclusión a que quiere llegarse con el razonamiento transcripto?

Quiere llegarse y se llega a esta conclusión: que “los efectos del divorcio *ad vinculum* decretado se extienden aún fuera del domicilio, pero sometidos naturalmente a las limitaciones de orden o de derecho público que establece la Ley Argentina, como es la del art. 7º” (1).

En otros términos: ante nuestra Ley de Matrimonio (art. 7º) el divorcio *ad vinculum* decretado por juez extranjero, de un matrimonio celebrado en la República, produce en ésta los efectos de una simple separación de cuerpos.

Tal conclusión nos sugiere tres observaciones fundamentales .

Es la primera, que ella implícitamente contiene nuestra solución en el sentido de que no puede legalmente *disolverse* en la República Oriental un matrimonio celebrado en nuestro país.

A este respecto ya se ha declarado por nuestros Tribunales (2) la doctrina que sostenemos, en los términos siguientes:

“Como el señor juez “a quo” cita en su resolución el Tratado de Derecho Civil Internacional firmado en 1889

(1) Vé. párrafo final del considerando III de la resolución mencionada.

(2) Vé. la sentencia en nota del capítulo II, parte 2ª.

en Montevideo, quiero dejar constancia de que si el primer matrimonio se hubiese contraído en alguna de las naciones signatarias del mismo, la solución sería distinta, porque respecto de ellas rige el artículo 13 del Tratado, que en el inciso b) dice: "La disolubilidad matrimonial, siempre que la causal alegada sea admitida por la ley del lugar en el cual se celebró."

"Ante un texto tan expreso, es claro que todos los matrimonios celebrados en la Argentina que se trasladan a Montevideo para obtener el divorcio, atribuyéndole al mismo un efecto no autorizado por nuestras leyes, realizan un acto nulo, y lo que más llama la atención es que encuentren amparo en jueces de derecho, que comprometen así la fe de las naciones, faltando abiertamente a lo pactado."

La segunda observación es que la conclusión mencionada no podría ser sino parcialmente aceptable, a saber, *sólo en los casos en que el divorcio ad vinculum hubiera sido declarado por alguna de las causales consignadas en el art. 67 de nuestra Ley de Matrimonio.*

Esto, bien entendido, en el supuesto de que la solución se adopte juzgando el caso ante las disposiciones de la mencionada Ley, y de que no corresponda juzgarlo ante las del Tratado de Montevideo.

Sabemos ya que, de acuerdo con la ley uruguaya de divorcio, la disolución del matrimonio puede pronunciarse también por *mutuo consentimiento* o por *la sola voluntad de la mujer*; y si se aceptara sin limitación, con los efectos expresados, el divorcio absoluto obtenido por estas causales, se habría permitido lo que la misma Resolución Judicial examinada afirma que debe evitarse, vale decir, "que una ley extranjera hiciera regir en la República una institución jurídica con una extensión que nuestra ley civil no reconoce a los matrimonios celebrados en el país."

Es la tercera, en fin, que si bien a esta solución se ha llegado por aplicación de nuestra Ley de Matrimonio,

no es ella la que autorizan las cláusulas del Tratado de Montevideo, según ya lo hemos demostrado: siendo de advertir que en el caso aludido por la Resolución Judicial es este Tratado y no aquélla ley la que corresponde aplicar, según surge del primer considerando de la misma, en que recuerda “que del testimonio acompañado, debidamente legalizado, surge que la sentencia ha sido pronunciada por el Tribunal Civil de Primera Instancia de la Ciudad de Montevideo (República Oriental del Uruguay), ante el cual se instauró una acción personal como es la de divorcio:” y dice luego que Doña L. E. D. de C. “solicita el cumplimiento de la sentencia de divorcio de referencia, sólo en cuanto se relaciona a su inscripción en el Registro Civil de esta Capital, lugar de la celebración del matrimonio, con los efectos legales acordados por la Ley Argentina, es decir, con la restricción especificada en el artículo 7º de la Ley de Matrimonio Civil, y el Ministerio Fiscal deduce a ello oposición fundamentada en las disposiciones de los artículos 7º de la Ley citada, 13 inciso b) del Tratado de Derecho Civil celebrado en 1889 en la ciudad de Montevideo, y 59 de la Ley de Registro Civil.”

No cabe, pues, duda de que la solución debe buscarse en el Tratado y no en la Ley de Matrimonio.

\*  
\* \*

**C) ¿Pueden los jueces de un país signatario que admite el divorcio absoluto convertir en éste una separación personal decretada por los de otro país signatario que no admite la disolución del matrimonio por divorcio?**

A nuestro juicio, no hay fundamental diferencia entre este caso y el anterior; y si alguna hubiere, debida a la existencia de una declaración judicial de sepa-

ración, ella no serviría sino para reforzar el fundamento de la misma solución negativa.

En una sentencia que hemos transcripto en nota anteriormente dijo un juez oriental, después de plantear la cuestión que nos ocupa, que ella debía ser resuelta afirmativamente, en mérito de las consideraciones siguientes:

“De acuerdo con los principios de la doctrina territorial, doctrina aceptada por nuestra jurisprudencia, es la ley del lugar del domicilio de los cónyuges la que debe regir la disolución del matrimonio. Y no puede ser de otra manera, pues de aceptarse como regla la ley del lugar de la celebración del contrato matrimonial, se conspiraría contra los principios en que están interesados el orden público y las buenas costumbres. A pesar de esto, la solución tendría que ser negativa si se tuviera solamente en cuenta el art. 13 del Tratado de Derecho Civil Internacional celebrado entre nuestro país y la República Argentina, según el cual la ley del domicilio matrimonial rige: a) La separación conyugal; b) la disolubilidad del matrimonio, siempre que la causal alegada sea admitida por la ley del lugar en el cual se celebró. De acuerdo, pues, con esta disposición, no podría decretarse el divorcio en el caso *sub-judice*, por cuanto la ley vigente en el domicilio matrimonial admite el divorcio absoluto, en tanto que la del lugar de la celebración del matrimonio sólo lo admite bajo la forma restringida, o sea, la separación de cuerpos. Esto no obstante, el juez de sentencia entiende de su deber acceder a lo solicitado, sin incurrir en transgresiones legales, fundándose en lo dispuesto por el art. 4 del Protocolo adicional, inspirado en los verdaderos principios de la doctrina territorial, según la cual “las leyes de los demás Estados jamás serán aplicadas contra las instituciones políticas, las leyes de orden público o las buenas costumbres del lugar del proceso”; siendo de hacer constar que las disposiciones del Proto-

colo adicional forman parte integrante de los tratados celebrados entre las potencias signatarias, según se consigna en su art. 7º. En consecuencia, si se admite que la institución del divorcio es de orden público, no sería admisible la aplicación en el caso *sub-judice* de lo dispuesto por el art. 13 del Tratado de Derecho Civil Internacional, porque de hacerlo se atentaría contra una ley de orden público en nuestro país, cuyo caso está expresamente exceptuado en su aplicación por el citado artículo 4º del Protocolo Adicional. Ahora bien: es incuestionable que la institución del divorcio debe ser considerada entre las instituciones que por su esencia son de orden público, pues su creación responde a altas razones de moralidad y afecta directamente las normas que rigen la constitución de la familia, base de la organización social. En este sentido, su calificación ha sido generalmente admitida por la jurisprudencia y sostenida por la doctrina de eminentes tratadistas, por lo cual se hace innecesario extenderse en consideraciones al respecto, pudiendo verse sobre el particular la luminosa consulta evacuada por el doctor José Pedro Varela, publicada en *El País*, en Septiembre del año próximo pasado, cuyas conclusiones son las consignadas en esta sentencia. Siendo, pues, de orden público la institución del divorcio, la ley que la rige, como toda ley de orden público, debe ser aplicada por los jueces con carácter preceptivo a todos los cónyuges domiciliados en el país que piden acogerse a sus beneficios, sea cual sea su nacionalidad o la ley del lugar de la celebración del matrimonio. Poco importa que el señor . . . ., una vez obtenido el divorcio, revista la dualidad de divorciado en nuestro país y de casado, aunque separado personalmente, en la República Argentina, ya que la sentencia que se dicta no producirá efectos extraterritoriales, pues si bien esa circunstancia podrá importar una consideración personal para el señor . . . ., no puede ser, en cambio, tenida como argumento legal que obste en forma algu-

na para que, a petición de parte, se decrete el divorcio. Si el orden público en la República Argentina impone la indisolubilidad del vínculo matrimonial, ese mismo orden público impone en nuestro país su disolución a pedido de parte en los casos determinados por las leyes de divorcio vigentes.”

En las páginas y capítulos anteriores hemos analizado y refutado los argumentos transcriptos, y no creemos necesario insistir en nuestra refutación.

\*  
\* \*

- D) ¿Puede cualquiera de los cónyuges de un matrimonio celebrado y disuelto en el mismo país signatario que acepta el divorcio absoluto contraer un nuevo matrimonio en otro también signatario que sólo admite la separación personal?

Este supuesto equivale al de un matrimonio celebrado y disuelto en la República del Uruguay y cuyos cónyuges, o cualquiera de ellos, pretendan contraer nuevo matrimonio en nuestro país.

De acuerdo con el art. 11 del Tratado, (1) la ley del

(1) Artículo 11. La capacidad de las personas para contraer matrimonio, la forma del acto y la existencia y validez del mismo se rigen por la ley del lugar en que se celebra.

Sin embargo, los estados signatarios no quedan obligados a reconocer el matrimonio que se celebre en uno de ellos cuando se halle afectado de alguno de los siguientes impedimentos:

a) Falta de edad de alguno de los contrayentes, requiriéndose como mínimo catorce años cumplidos en el varón y doce en la mujer;

b) Parentesco en línea recta por consanguinidad o afinidad, sea legítimo o ilegítimo;

lugar de la celebración del matrimonio rige la capacidad para contraerlo, su forma, su existencia y su validez.

Celebrado y disuelto legalmente en el mismo país signatario que admite el divorcio absoluto como causal de disolución, el matrimonio deja de constituir el obstáculo consagrado en el inciso e) del mencionado artículo, pues según aquél, la misma ley del país de celebración declara su *inexistencia*, ley que en el caso coincide con la que preside su disolución.

Luego, *disuelto legalmente el matrimonio*, cualquiera de los cónyuges puede contraer uno nuevo en nuestro país, y los demás Estados signatarios estarán obligados a reconocer su validez, en virtud del artículo mencionado.

\*  
\* \*

- E) **¿Puede contraer nuevo matrimonio en la Argentina cualquiera de los cónyuges de un matrimonio celebrado en un país signatario que no admite el divorcio absoluto y disuelto por divorcio en otro que lo sanciona?**

Este, como el anterior supuesto B), se halla vinculado al que luego examinaremos bajo la letra H).

- c) Parentesco entre hermanos legítimos o ilegítimos;  
d) Haber dado muerte a uno de los cónyuges, ya sea como autor principal o como cómplice, para casarse con el cónyuge superviviente;  
e) El matrimonio anterior no disuelto legalmente.

- F) ¿Es válido ante nuestras leyes el nuevo matrimonio celebrado en el país de la disolución por un cónyuge proveniente de otro anterior celebrado y disuelto en un país signatario que admite la disolución por divorcio?

Las mismas razones que permiten concluir afirmativamente en la hipótesis C) nos conducen a igual solución en la presente, pues si los cónyuges del matrimonio disuelto pueden contraer uno nuevo en cualquier otro de los países contratantes, incluso la República Argentina, natural es que ello implique el reconocimiento del mismo por todos los Estados signatarios.

En realidad, esta solución va implícita en la anterior aludida.

\*  
\* \*

- G) ¿Es válido ante nuestras leyes el matrimonio celebrado en uno de los países signatarios por un cónyuge proveniente de otro matrimonio anterior contraído en país que sólo admite la separación y disuelto en un país signatario que admite la disolución por divorcio?

La solución dada en el caso examinado a continuación, comprende el que queda planteado.

\*  
\* \*

- H) ¿Puede contraer nuevo matrimonio en nuestro país el cónyuge proveniente de otro matrimonio anterior contraído en la República y disuelto por divorcio en un país signatario que admite el divorcio absoluto?

Vale decir, que se trataría de un matrimonio celebrado en nuestro país y disuelto por divorcio en la República Oriental, debiéndose resolver si cualquiera de

los cónyuges puede casarse nuevamente en la República Argentina.

Es, sin duda, el caso de mayor trascendencia y, al mismo tiempo, de solución más sencilla, no obstante su complicada apariencia. Nos bastará aplicar los principios antes desarrollados en nuestra interpretación de las cláusulas del Tratado y del Protocolo.

Natural es que el caso planteado debe resolverse por aplicación exclusiva del Tratado, contemplándolo en los dos aspectos siguientes, que implican dos cuestiones fundamentales:

1º *En cuanto se refiere a la disolución del vínculo matrimonial.*

¿Autoriza el Tratado esta disolución?

De acuerdo con el artículo 13, ella debe regirse por la ley del domicilio matrimonial, siendo entendido que sólo podrá aquella disolución decretarse si la causal alegada de disolubilidad es admitida igualmente por la ley del lugar de la celebración. Se impone, pues, en el caso consultar ambas leyes, al sólo efecto de averiguar si coinciden en la causal de disolubilidad que se alega.

a) Si el domicilio matrimonial es la República Argentina, — lugar de la celebración en la hipótesis, — la disolución no puede ser decretada en la República Oriental por medio del divorcio, en virtud de que la ley argentina del domicilio matrimonial no permite ni admite que un matrimonio se disuelva sino por la muerte de cualquiera de los cónyuges (art. 81) y el divorcio no tiene más alcance que producir la separación personal de los esposos (art. 64).

Pero siendo así que para tal solución el juez oriental debería aplicar una *ley extranjera* que, por su espíritu, sería contraria a su propia legislación nacional, y tratándose de una institución de orden público como es el divorcio, el artículo 4º del Protocolo le autoriza a no aplicarla y adoptar la solución que la ley uruguaya determina. En el caso, pues, acordaría la disolución solicitada.

Ya hemos dicho anteriormente que esta situación, de acuerdo con la misma ley uruguaya, puede presentarse cuando se trata de aplicaciones de la ley de 1913 que acuerda el derecho de solicitar el divorcio por la sola voluntad de la mujer.

b) Si el domicilio matrimonial se halla en la República Oriental, país en que la disolución se gestiona, la ley a aplicarse en virtud del art. 13 del Tratado será la *lex fori*. No será, pues, una *ley extranjera*, y como el juez sólo puede aplicarla si la causal de disolubilidad alegada se halla admitida por la ley argentina, país de la celebración del matrimonio, no podrá decretar la disolución del vínculo, porque en nuestra legislación el divorcio no produce el efecto de disolver el matrimonio.

Si quisiera aplicarse en ambos casos el art. 4º del Protocolo adicional, se negaría indudablemente todo valor a las leyes extranjeras del domicilio matrimonial y del lugar de la celebración, declarándose la disolución del matrimonio por aplicación directa de la ley local, que habría de ser la del domicilio actual de los esposos. Pero entonces, por la misma razón aducida en el artículo mencionado, se negaría en la República Argentina todo valor a la ley extranjera que se invocase para pretender disuelto el matrimonio en ella celebrado, y por aplicación directa de la ley argentina dicho matrimonio se consideraría subsistente.

## 2. *En cuanto a la celebración del matrimonio en la República.*

Es de toda evidencia que siendo nula ante la ley argentina la disolución del primer matrimonio declarada en otro país contratante, no procede el nuevo matrimonio en el nuestro.

A tal pretensión se opondría la nulidad de la disolución, que, según hemos visto, no puede producir efectos civiles ante nuestra ley; ello equivaldría a oponer el impedimento del inc. 5º del artículo 9 de la misma: el matrimonio anterior, mientras subsista.

¿Qué ley, en efecto, indica, según el Tratado la *existencia* del matrimonio? La ley del lugar en que se celebra. Luego, habiéndose celebrado en la Argentina, y existiendo según ella el matrimonio en tanto perdure la vida de los cónyuges, debe resolverse, por aplicación directa del mismo Tratado, que el impedimento mencionado es viable.

Más aún: el matrimonio que, en contra de tales disposiciones, se celebrara en la República, no sería necesariamente reconocido en los demás países signatarios, pues de tal obligación los releva el artículo 11 respecto del matrimonio que, celebrado en alguno de ellos, se hallase afectado del impedimento consistente en “el matrimonio anterior no disuelto legalmente.”

Se ha preguntado (1) a qué disoluciones se refiere esta cláusula; “si se refiere exclusivamente a la disolución legal del matrimonio en el país de su celebración, o también a la disolución según el concepto de las leyes de los países signatarios.” No creemos justificado el interrogante. Cuando el Tratado exige que el matrimonio

(1) WEISS-ZEBALLOS, op. cit., nota de la página 123. Rectificaremos, de paso, la cita de la opinión del jurista Vaca Guzmán, delegado de Bolivia, que en esta misma nota se hace, atribuyéndole un criterio que no es el propio. Cuando dice Vaca Guzmán: “el Estado no tiene derecho para impedir la celebración de un matrimonio en el cual uno de los cónyuges proceda de un consorcio anterior, disuelto por divorcio en otro Estado, por cuanto el nuevo se rige por las leyes patrias de los contrayentes, y su ley autoriza tales vinculaciones”, refiérese a una aplicación práctica del proyecto de la minoría de la comisión de Derecho Civil, cuya crítica está haciendo. Por eso agrega: “pero, contra lo establecido en el artículo citado, el artículo 12, en su 2º inciso, establece que el matrimonio disuelto en uno de los Estados signatarios no habilita a ninguno de los cónyuges para contraer matrimonio en otro en que no habría podido disolverse”. Los artículos citados corresponden al proyecto de referencia, presentado en disidencia con el que él firmara conjuntamente con el delegado argentino.

anterior haya sido disuelto *legalmente* no puede entender referirse sino a la disolución decretada de conformidad al art. 12, vale decir, por aplicación de la ley del domicilio matrimonial y respetando las causales impuestas por la ley del lugar de la celebración del matrimonio. Un matrimonio que no se disuelve de conformidad con tales leyes, no se considera disuelto *legalmente*.

¿Podría acaso pretenderse que el matrimonio se habría disuelto *legalmente* por la aplicación exclusiva de la ley local del domicilio, en virtud del art. 4º del Protocolo que no permite tener en cuenta las leyes extranjeras que pugnan con disposiciones de orden público? Ya hemos dicho que, dentro de ese criterio, desvirtuadas las cláusulas del Tratado en cuanto se refieren al matrimonio y al divorcio, las leyes locales readquirirían su independencia y su valor exclusivo; y por la misma razón de orden público, prevalecería contra disposiciones divergentes u opuestas de las leyes extranjeras. Cada país entonces juzgaría, por aplicación de la propia ley, la validez o *legalidad* de la disolución producida, y en consecuencia, la existencia misma del matrimonio; y ya ha quedado demostrado cuál es, en el caso, la solución que la ley argentina ha consagrado.

## II

### Inscripción y notificación de sentencias

Como una consecuencia del divorcio o de la conversión en divorcio decretados por jueces uruguayos se ha originado una nueva cuestión relativa a la procedencia o improcedencia de la notificación de las sentencias dictadas en Montevideo sobre tales divorcios al cónyuge domiciliado en nuestro país, o su inscripción en nuestro Registro Civil.

En un caso (1) en que se solicitaba el cumplimiento de un exhorto por el que se pedía la notificación de una sentencia de conversión, (2) el juez de primera instancia en lo civil, de acuerdo con los fundamentos aducidos por el señor Agente Fiscal, resolvió no hacer lugar de diligenciamiento del exhorto (3), por entender que la sentencia a notificar afectaba el alcance de otra pro-

1) Vé. *Gaceta del Foro*, núm. 1188, pág. 325, causa *Briand G. v. E. Dartevelle*.

(2) La sentencia de 1ª instancia era la siguiente:

Montevideo, diciembre 3 de 1919. — Vistos estos autos seguidos por don Gastón Briand contra doña Eugenia Dartevelle, sobre conversión al divorcio de la sentencia de separación. Resultando que el actor manifestó a fs. 11: que acompaña debidamente legalizada copia de la sentencia dictada el 29 de agosto de 1916, por el señor Juez de 1ª Instancia de lo Civil en Buenos Aires, por la cual se decreta la separación personal de los cónyuges, en el juicio de divorcio seguido con su esposa. Que la sentencia está ejecutoriada y han transecurrido tres años que establece la ley (art. 185 del C. C.) y pide la conversión al divorcio, de la referida sentencia.

Considerando: Que el Ministerio Público está de acuerdo con la solicitud y atento lo dispuesto en los arts. 185, 186 y 187 del C. Civil. Por esos fundamentos, juzgando en definitiva, fallo: Declarando convertida al divorcio la sentencia de separación de don Gastón Briand y doña Eugenia Dartevelle, quedando disuelto su matrimonio por las causales del art. 148, 3º y 8º del C. C. Notifíquese esta sentencia a la demandada por edictos, si no se conociere su domicilio, y agregados los diarios respectivos comuníquese a la Dirección del R. de Estado Civil y a la H. Junta Económico-Administrativa a los efectos del artículo 193 del C. C., previa tasación y pago de las costas. — Manuel F. Silva. — Ante mí: Eduardo Routin.

(3) Buenos Aires, Febrero 19 de 1920. Autos y Vistos: Por los fundamentos del dictamen del señor Agente Fiscal, que el Juzgado hace suyos y considera suficientemente explicativos, no ha lugar al diligenciamiento del presente exhorto y devuélvase con oficio. Uladislao F. Padilla. Ante mí: Dámaso E. Palacio.

nunciada por los tribunales argentinos, pasada en autoridad de cosa juzgada (1).

1) El dictamen del señor Agente Fiscal es el que a continuación transcribimos:

Señor Juez:

Las autoridades judiciales de la República Oriental del Uruguay exhortan a V. S. para que se sirva notificar una sentencia de divorcio dictada en Montevideo. Los cónyuges, con domicilio en esta ciudad de Buenos Aires, tramitaron ante los Jueces de ella su divorcio, el que fué decretado, con el alcance exclusivo de la ley argentina de matrimonio civil. En mérito a que el artículo 185 del Código Civil uruguayo autoriza a convertir en divorcio absoluto la separación de cuerpos, una vez que hayan transcurrido tres años, a contar de que la separación haya sido resuelta por sentencia firme, el Juez exhortante ha pronunciado sentencia de divorcio absoluto. Esa sentencia es la que se pide a V. E. que notifique a la esposa, quien continúa teniendo su domicilio en esta capital. El subscripto, en desempeño del Ministerio Público, considera que no puede darse trámite a la rogatoria referida y funda su opinión en las breves consideraciones siguientes:

## I

Lo que la ley argentina llama divorcio, es lo que en la legislación general se conoce con el nombre simple de separación de cuerpos. Excusado parece recordar que el vínculo del matrimonio no es susceptible de disolución sino por la muerte de uno de los esposos (art. 81 de la Ley de Matrimonio Civil).

Cuando se ha dictado, pues, por un Juez de la República una sentencia de divorcio, o sea, de separación de cuerpos, esa sentencia no puede ser revisada, completada, ni ampliada por ningún Tribunal, ni dentro de la República, ni fuera de ella.

Las sentencias constituyen cosa juzgada. Y bien: para la ley argentina, cuando sus Jueces ordenan la separación de cuerpos, los esposos quedan sujetos a las disposiciones sobre efectos del divorcio que la ley prevé, pero no a modificación alguna en cuanto a sus relaciones como cónyuges. Si ningún Tribunal del país, puede rever una sentencia de divorcio, no es admisible considerar que un Tribunal de otra nación pueda hacerlo. Desde luego, el subscripto se refiere sólo a los efectos dentro de la Re-

En otro caso, en que se trataba de una demanda de inscripción en el Registro Civil de la Capital de una sentencia dictada en Montevideo decretando el divorcio por

pública de una sentencia extranjera de divorcio absoluto, que modifique los efectos de una sentencia argentina de separación de cuerpos. No entra para nada a considerar los efectos de aquella resolución en el país donde se dictó. Es obvio que la República oriental del Uruguay, como nación soberana, puede establecer el régimen legal que sus poderes de gobierno estimen conveniente, sin sujetarse a la legislación extranjera. Pero, a pesar de ello, sus leyes no pueden ser obligatorias en todo su alcance en la República Argentina, en casos como el que motiva este dictamen. Nuestra propia legislación está afectada, y cuando aparecen comprometidas dos soberanías, debe primar necesariamente la soberanía nacional.

## II

La validez del matrimonio y los derechos y deberes de los esposos son regidos por las leyes de la República mientras permanezcan en ella, y cualquiera sea el país en que hubiera contraído matrimonio (art. 3 de la Ley de Matrimonio). Cuando el matrimonio se haya celebrado en la República, con mayor razón aún el régimen del matrimonio está sujeto a sus leyes. En mérito a estos principios fué pronunciada sentencia de divorcio, o sea, repito, de separación de cuerpos, por un Juez de la República. Uno de los cónyuges, una vez desaparecido el hogar conyugal, como lo sancionó la sentencia, continuó residiendo en la República (art. 72 de la Ley de Matrimonio Civil). En esas condiciones, el simple traslado del esposo al extranjero, no puede cambiar, — en cuanto a nuestra legislación, — el régimen de leyes que concierne al matrimonio. Ese matrimonio es, para la ley argentina, indisoluble.

Las disposiciones legales citadas anteriormente así lo establecen. Pero hay aún una disposición legal más clara y terminante. El artículo 7 de la Ley de Matrimonio Civil preceptúa: “La disolución en país extranjero, de un matrimonio celebrado en la República Argentina, aunque sea de conformidad a las leyes de aquél, si no lo fuera a las de este Código, no habilita a ninguno de los cónyuges para casarse”. Este artículo no deja lugar a dudas en cuanto a que, para la República Argentina, el matri-

mutuo consentimiento de un matrimonio celebrado en nuestro país, el juez Dr. Lagos, no obstante el dictamen adverso del señor Fiscal Dr. Vedia y Mitre, que reiteró

monio de personas sujetas a su jurisdicción sólo se disuelve por la muerte. El divorcio de los cónyuges no tiene más alcance que el que fija la Ley de Matrimonio Civil. El Juez de la República que dictó la sentencia de divorcio, dijo la última palabra al respecto. Después de ella sólo la reconciliación era posible: nunca el divorcio absoluto. (Véase: Machado, Exposición y Comentario del Código Civil, tomo I, nota al artículo citado).

### III

El Código Civil contiene disposiciones que, aunque no estrictamente ajustadas al caso de autos, contienen los principios generales acerca de la aplicación de las leyes extranjeras en la República. Así dice, por ejemplo, el art. 14: "Las leyes extranjeras no serán aplicables: inc. 2º: Cuando su aplicación fuere incompatible con el espíritu de la legislación de este Código". Podría aducirse que, en este caso, se trata hasta de la letra misma de la ley, que no sólo de su espíritu. Pero, para no incurrir en repeticiones de argumentos ya expuestos, corresponde sólo decir que todo el espíritu de la legislación argentina prefija el principio de que sus leyes no se derogan, sino por otras leyes de la República (art. 17); que el régimen de la familia está sujeto exclusivamente a lo dispuesto por el Código Civil; que no pueden las leyes extranjeras tener preeminencia sobre las leyes nacionales, y que aplicarlas o admitir su aplicación respecto a personas, domiciliadas en la República, es afectar la soberanía nacional.

### IV

Por estas razones, someramente expuestas, este Ministerio considera que no puede darse trámite al exhorto que motiva este dictamen. Podría pensarse que ese trámite en nada compromete el vigor de las leyes argentinas, y que la parte afectada podrá en todo caso, deducir las acciones a que tenga derecho. No son, sin embargo, los intereses de las partes lo que está en cuestión: son la autoridad y el alcance de las leyes nacionales. Los jueces de la República no pueden notificar sentencias extranjeras que anulan una sentencia nacional: y lo que es más, que anulan o

el presentado anteriormente, resolvió mandar inscribir dicha sentencia (1).

disuelven una institución social que sólo se rige por las leyes de la República. En tal concepto, las partes pasan, puede decirse, a segundo plano. En este caso, en cambio, es parte fundamental la República misma, representada por el Ministerio Público.

Deja así el subscripto fundado su dictamen. — Despacho, enero 28 de 1920. — Mariano de Vedia y Mitre.

(1) La resolución Judicial mencionada es la siguiente:

Considerando:

1º Que el señor H. M. se ha presentado al sólo efecto de inscribir en el Registro Civil de esta capital la sentencia de divorcio de que informa el testimonio de fs. 4 sin más alcance que el que legítimamente puedan darle las disposiciones pertinentes de la Legislación Argentina;

2º Que el divorcio es una institución incorporada a nuestra Ley de Matrimonio al solo efecto de la separación de cuerpos, quedando subsistente, en consecuencia, el vínculo matrimonial, como impedimento de ulteriores nupcias y por razones de orden social;

3º Que la situación personal del peticionante, divorciado ante la ley uruguaya, que admite el divorcio *ad vinculum*, no hace incompatible su pedido con los efectos de la ley argentina, como claramente se desprende del art. 7º de la Ley de Matrimonio, que sólo “inhabilita a los cónyuges para casarse”;

4º Que, por tanto, la oposición deducida por el Ministerio Fiscal no puede sustentarse en el precepto del art. 2 de la Ley de Matrimonio Civil, por no hallarse en tela de juicio la disolución del vínculo matrimonial, sino simplemente la “inscripción” en el Registro Civil de la declaratoria de separación de los esposos conforme a nuestra ley;

5º Que, por otra parte, el divorcio decretado por el Tribunal de Montevideo, domicilio de los cónyuges, es un hecho jurídico que la Ley argentina contempla, y la consecuencia que de ello resulta lógicamente, esto es, la inscripción que se pide, es sin disputa procedente, con la limitación ya expresada;

6º Que, además, el caso *sub-judice* ha sido estudiado y resuelto ya por el Tribunal en el pedido análogo formulado por Dña. Luisa Eleonor Deloupy de Celesia, en el que fundó el proveyente la procedencia de la inscripción solicitada, por lo que, sin necesidad de repetirlos, reproduce aquí los mismos argumentos y principios legales invocados allí.

La Resolución recaída en esta demanda hizo mérito de otra anterior dictada en un caso análogo, en que el mismo juez mandó inscribir la sentencia extranjera, no obstante la oposición del señor Agente Fiscal, Dr. Tobal, (1) y, estudiando la cuestión como un caso de ejecución de sentencia extranjera, trató también del efecto extraterritorial del divorcio declarado en ella, llegando a la conclusión de que “los Tribunales de la República del Uruguay — no obstante lo dispuesto en el Tratado de Montevideo — son competentes para decretar el divorcio “ad vinculum” de matrimonios celebrados en la Argentina, siempre que los cónyuges hubieran fijado su domicilio en jurisdicción uruguaya, pues es la ley del domicilio conyugal la que rige los derechos y obligaciones de los cónyuges con prescindencia de la del lugar de su celebración, conforme a los principios de Derecho Internacional Privado que sobre la materia consagran los arts. 3 y 104 de la Ley de Matrimonio Civil.

“El divorcio decretado en tales condiciones debe ser admitido en la República como separación personal de los divorciados, sin que habilite a éstos para contraer nuevas nupcias, de acuerdo con el art. 7º de la ley citada” (1).

En los diversos casos que motivaron las resoluciones judiciales anteriores, el matrimonio civil había sido ce-

En consecuencia, y no obstante el dictamen fiscal de fs. 8, se ordena la inscripción en el Registro Civil de la Capital de la sentencia de divorcio de los cónyuges Dn. H. N. y Dña. S. A. R. pronunciada en Montevideo a 8 días de julio de 1919, y de que instruye el testimonio corriente a fs. 4, con la expresa limitación del art. 7 de la Ley de Matrimonio Civil, que no habilita a ninguno de los cónyuges para casarse. Líbrese oficio al Registro a los fines indicados. Art. 62, Ley 1565. Rep. en fs. 7, fecha. Archívese. — J. C. Lagos. — Ante mi M. Beretervide.

(1) El texto de la sentencia aludida ha sido transcripto en nota, en un capítulo de la **Tercera parte** y se refiere al caso de Luisa Eleonor Deloupy de Celesia.

lebrado en nuestro país; pero ha habido también alguno en que, no obstante haber tenido lugar la celebración en un país extranjero, se ha solicitado igualmente la inscripción de la correspondiente sentencia en nuestro Registro Civil (1).

(1) Tal es el que motivó las actuaciones siguientes, *Gaceta del Foro*, núm. 1901, de 30 de Julio de 1922:

#### Vista del Agente Fiscal

Señor Juez:

No corresponde proveer de conformidad.

El interesado se casó y divorció fuera de la jurisdicción de la República. La inscripción de la sentencia de divorcio dictada en tales condiciones no procede ser inscripta en el Registro Civil, como no se inscriben en él las partidas de nacimiento o de matrimonio otorgadas fuera de la República.

En el art. 54 de la Ley de Registro Civil que se invoca, se refiere exclusivamente a las sentencias dictadas por los jueces de la República, que declaren el divorcio o la nulidad de un matrimonio. — M. de Vedia y Mitre.

#### Auto de 1ª instancia

Buenos Aires, mayo 12 de 1922.

Desprendiéndose de los documentos acompañados que tanto el matrimonio como el divorcio del recurrente se han realizado en el extranjero, la medida solicitada es improcedente, a mérito de las disposiciones contenidas en los artículos 8 y 12 del Código Civil, no siendo de aplicación el art. 54 de la Ley de Matrimonio, como se pretende, por cuanto sólo rige para los celebrados en la República o para los casos de disolución decretada por los jueces nacionales. Por ello: no ha lugar a lo solicitado. — J. C. Lagos. — Ante mí: A. Pallejá.

#### Dictamen del Fiscal de Cámara

Exema. Cámara:

Se pide la inscripción en el Registro Civil de una sentencia de divorcio dictada en el extranjero. El "a quo", de conformidad con la opinión del Agente Fiscal, denegó la petición.

La resolución dictada fué en el sentido de que “no procede la inscripción en el Registro Civil de una sentencia de divorcio dictada en el extranjero, si el matrimonio se había también celebrado fuera del país.”

Independientemente de que no se han llenado en el caso *sub judice* los trámites legales previos exigidos para la declaración de la admisibilidad de la inscripción de la sentencia, la petición formulada, que implica ya en sí misma un comienzo de ejecución, es improcedente.

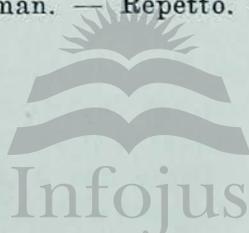
Se trata de un matrimonio celebrado y disuelto en el extranjero, respecto del cual no existe constancia alguna en nuestro Registro Civil. Las inscripciones en el libro de matrimonio, de “las sentencias ejecutoriadas en que se declare la nulidad del matrimonio o se decrete el divorcio”, autorizadas por el inciso 4º del art. 54, invocado por el peticionante, son de las que dictaren los jueces de nuestro territorio y con respecto a matrimonios celebrados en el país; por eso el art. 105 de la ley de Matrimonio Civil, al imponer a los jueces la obligación de comunicar las sentencias de divorcio y nulidad de matrimonio al Oficial público encargado del Registro Civil, establece expresamente su objetivo: “para que se anote al margen del acta del matrimonio.” Esa anotación, hecha al margen de la misma acta matrimonial, no tiene otra finalidad que dejar en ella el sello de la nueva situación que tales sentencias crean y para que al expedirse testimonio, conste también en las mismas esas anotaciones.

Por esto, soy de opinión que no corresponde la inscripción que se solicita, procediendo en consecuencia la confirmación del auto apelado. — Junio 27|922. — M. Mackinlay Zapiola.

#### Auto de la Cámara Civil 1ª

Buenos Aires, julio 24 de 1922.

Y Vistos: Por los fundamentos de la precedente vista del señor Fiscal de Cámara, se confirma la resolución apelada de fs. 10. — Juárez Célman. — Repetto. — Colmo.



## III

Estudiada en anteriores capítulos la cuestión de fondo dilucidada en estas resoluciones judiciales, sólo nos referiremos al único objeto de las demandas que las motivaron, o sea, la inscripción en nuestro Registro Civil de las sentencias de divorcio dictadas en Montevideo.

Ante todo, observaremos que los casos cuyas resoluciones hemos inserto en nota son diferentes:

a) En uno de trata de notificar en la República a uno de los cónyuges una sentencia dictada en Montevideo, que *convierte* en divorcio *a vinculo* una separación personal anteriormente decretada en nuestro país;

b) En otro se trata de inscribir en nuestro Registro Civil una sentencia del mismo orgien que declara el divorcio absoluto *por mutuo consentimiento* de los esposos casados en la República;

c) Trátase, en fin, en otro del mismo pedido de inscripción de la sentencia de divorcio absoluto, pero habiéndose éste decretado en virtud de causa determinada.

1. Con referencia al primer caso, cabe decir que en él se trata de un simple diligenciamiento de exhorto y que, dado su origen, debe él ser cumplido en nuestro país, como en cualquier otro signatario, de conformidad a los artículos 9 y 11 del Tratado de Derecho procesal de Montevideo, a saber, siempre que reúna las condiciones de legalización exigidas por aquél y con arreglo a las leyes del país en donde se pide la ejecución. (1)

(1) Art. 9º Los exhortos y cartas rogatorias que tengan por objeto hacer notificaciones, recibir declaraciones o practicar cualquiera otra diligencia de carácter judicial, se cumplirán en los Estados signatarios, siempre que dichos exhortos o cartas rogatorias reúnan las condiciones establecidas en este Tratado.

Ante este criterio, aparecería infundada la oposición presentada por el Ministerio Público y hecha suya por el juzgado, máxime no habiéndose ninguno de ellos referido siquiera a las disposiciones pertinentes del Tratado de Montevideo, aplicable al caso.

Las razones expuestas en el dictamen tendrían sobrado valor si se tratase de ejecución y no de simple notificación de la sentencia. Para esta última no hallamos texto legal o convencional que pueda ser obstáculo, desde que la sentencia del caso, notificada o no, carecerá en nuestro país de eficacia jurídica, precisamente por las acertadas consideraciones que en su dictamen el señor agente fiscal expone.

Cabría, sin duda, observar la absoluta inutilidad de la gestión y aún la ausencia de necesidad para el divorciado de gestionar la notificación de una sentencia que en nada variará su situación respecto de su cónyuge ante la ley argentina, y que bien pudo hacérsela conocer mediante la publicación de edictos, según la misma sentencia lo dispone.

2. En cuanto a la inscripción de las sentencias en nuestro Registro Civil, a que aluden los otros casos propuestos, sólo diremos, insistiendo en la solución que anteriormente dimos, que no consideramos procedente dicha inscripción cuando el divorcio se ha declarado por mutuo consentimiento o voluntad de la mujer; porque, aún cuando a ese divorcio *ad vinculum* decretado por un juez de Montevideo no se le dé ante nuestra ley y

Art 11. — Los exhortos y cartas rogatorias se diligenciarán con arreglo a las leyes del país en donde se pide la ejecución.

Art. 3. — Las sentencias o laudos homologados expedidos en asuntos civiles y comerciales, las escrituras públicas y demás documentos auténticos otorgados por los funcionarios de un Estado, y los exhortos y cartas rogatorias surtirán sus efectos en los otros Estados, con arreglo a lo estipulado en este Tratado, siempre que estén debidamente legalizados.

en nuestro país otro valor que el de una simple separación personal, no se podría admitir que ésta fuera declarada por causas que nuestra propia ley no establece, por la misma razón en que aquella limitación se funda y que no consiste sino en la necesidad de impedir que una ley extranjera rija en nuestro país la institución del divorcio con más extensión o liberalidad que nuestra propia ley.

Hacemos estas observaciones con las reservas y ampliaciones expuestas en el capítulo que sigue.



## CAPÍTULO CUARTO

---

### Análisis de una resolución judicial

---

SUMARIO: 1. Una cuestión previa que no lo es. Examen del tecnicismo empleado. — 2. La verdadera cuestión previa planteada. Análisis de la misma. La posibilidad de la disolución y los efectos jurídicos de la disolución. — 3. El domicilio, su importancia y alcances. Doctrina de Freitas. Doctrina de Vélez. — 4. Solución de la cuestión previa planteada. — 5. La naturaleza del divorcio y las causales del mismo. Confusión entre causales de divorcio y causales de disolución.

---

La Resolución judicial que vamos a examinar, cumpliendo el plan que al principio nos trazamos, (1) se halla en oposición con las doctrinas y soluciones que hemos sostenido en capítulos anteriores; y vamos a examinarla, según lo hemos dicho, no porque lo impongan las dificultades, sino para justificar las apreciaciones que, a su respecto, hicimos anteriormente.

1. — Como puede leerse, por su autor la primera cuestión que debe previamente decidirse es la de saber *si para que un matrimonio celebrado en la República se considere disuelto es necesario e indispensable que la disolución se produzca también en la República.*

(1) Vé. la Resolución transcrita en la nota de las páginas 50 y siguientes.

Nos es singularmente ingrato dudar de que pueda, teniendo presentes los textos legales, llamarse a esto una *cuestión* y darle el carácter de *previa*. Y nos es duro tener que proponernos, a nuestra vez, una tarea previa, consistente en el examen del tecnicismo y de la forma empleados por el juez, que, sin aclaración, no permitirá entrar al análisis de la cuestión fundamental que con aquella se inicia. Para nosotros, la respuesta a esta *cuestión previa* implica una serie de *cuestiones previas* a ella, motivadas por cada palabra del interrogante.

Analícemos.

- a) Si para que un matrimonio... *se considere*...
- b) *Disuelto*...
- c) *Es necesario e indispensable*...
- d) *Que la disolución*...
- e) *Se produzca*...
- f) *También* en la República.

Si para que un matrimonio... *se considere*... Esta forma impersonal oculta al intérprete legal, doctrinario o científico, que en los problemas de Derecho Internacional Privado debe presentarse visible y en primer término, puesto que, según sea él, ha de variar la solución del mismo problema examinado.

“Para que el matrimonio celebrado en la República *se considere disuelto*”. Y se impone preguntar: ¿por quién? Tratándose de un matrimonio celebrado en la República, y que en la hipótesis del caso se supone disuelto fuera del país, esa *disolución* puede ser considerada desde el punto de vista de diversas soberanías, de diversos Derechos, de diferentes Leyes, por sus respectivos representantes o intérpretes; y si los principios legales, jurídicos o políticos que éstos se hallan encargados de defender o aplicar son distintos, podrán acaso considerar producida o no la *disolución* a cuyo examen lo apliquen. Y aún reduciendo en lo posible el número de esos intérpretes y limitándolos en el caso al juez oriental y al juez argentino, no sabríamos tampoco a

quién de ambos ha entendido disimular el autor de la pregunta bajo la impersonalidad de la forma gramatical empleada.

La lectura de la resolución, empero, nos permite sustraer a la obscuridad de los términos la intención que oculta, concluyendo que su autor entiende referirse a sí mismo, encargado de aplicar las leyes argentinas, o a los principios que éstas consagran, cuyo intérprete es. Luego, se desea saber *si, para que, por nuestras leyes o tribunales, se considere disuelto un matrimonio celebrado en la República Argentina, es indispensable que la disolución se produzca también en la República.*

La disolución... Investigándose la solución del punto de vista de las leyes argentinas, se puede afirmar que al emplearse aquel término se ha entendido aludir al alcance que por las mismas dicho término tiene.

Hemos de apreciar un poco más adelante la importancia que tiene esta aclaración, aparentemente innecesaria; y cobrará ella el valor de un factor decisivo de solución cuando analicemos el argumento fundamental de la Resolución.

Según la doctrina general y la legislación un matrimonio se *disuelve*, sea por el divorcio *a vinculo*, sea por la muerte de uno de los esposos. El término *disolución*, pues, excluye la simple separación personal de los cónyuges, que constituye uno de los modos del divorcio.

Nuestra ley de matrimonio contiene un capítulo (IX) que trata del *divorcio* y otro (XI) que legisla sobre la *disolución del matrimonio*. El primero consiste únicamente en la separación personal de los esposos, sin que se disuelva el vínculo matrimonial (art. 64); prodúcese la segunda sólo por la muerte de uno de los esposos (art. 81).

Si pues, según nuestra ley, hablar de *disolución* de un matrimonio celebrado en la República es afirmar la muerte de uno de los cónyuges, el interrogar si es indispen-

hable que la *disolución* se produzca en la República equivale a preguntar si es indispensable que acaezca en ella la muerte de uno de los esposos.

No habría podido hacerse alusión a la otra forma de disolución, es decir, al divorcio *a vinculo matrimonii*, porque con ella no habría habido *cuestión* posible, en virtud de las mismas disposiciones transcriptas, desde que ese divorcio no puede decretarse en la República Argentina (art. 64) para ningún matrimonio, y la *disolución* que sus jueces pueden declarar tiene que ser conforme a las disposiciones del artículo 81.

Así examinado el tecnicismo judicial empleado en la *cuestión previa* planteada, estamos seguros de haber descubierto su verdadero pensamiento. Lo que se desea saber es *si, para que por nuestras leyes o jueces, se considere disuelto un matrimonio celebrado en la República Argentina, es indispensable que ocurra también en ella la muerte de uno de los cónyuges.*

Siendo así, con razón se agrega a renglón seguido, en la resolución, que “*basta plantear la cuestión para resolverla*”. Indudablemente la solución no es escabrosa...

Pero, nos asalta la sospecha de haber realizado un vano trabajo de interpretación. La lectura del subsiguiente desarrollo de la aludida resolución permite conjeturar que el pensamiento judicial se halla muy lejos de los términos empleados para expresarlo y que tan cuidadosamente hemos analizado y aclarado.

En efecto. “Es indiscutible, dice, que los individuos, por el sólo cambio de domicilio a un país extraño, de hecho quedan sometidos a las leyes del país donde lo fijan y allí gozan de los derechos de toda índole que las leyes les acuerdan, aunque las leyes del domicilio anterior o de origen tengan efecto más allá de los límites de su territorio, y ello en virtud del derecho de soberanía de las naciones, respetado por todas como un principio necesario de su propia existencia. No puede entonces argumentarse, ni por vía de hipótesis, si un

matrimonio celebrado en un país puede disolverse en otro; de donde debe necesariamente concluirse que un matrimonio celebrado en la República Argentina puede ser disuelto en cualquier otro país, donde los cónyuges o el marido, según las leyes de cada nación, hayan fijado su domicilio”.

2. — Resulta, pues, que la *cuestión previa* no es la que al principio se planteó, sino otra muy distinta. La verdadera cuestión previa es: *si un matrimonio celebrado en un país puede disolverse en otro*. La solución que se dé a ésta, servirá, según el criterio judicial, para resolver la otra. Es decir, que hay dos cuestiones previas, una más previa que otra; y de la solución de ésta última se inferirá la que corresponde a la cuestión fundamental *sub-judice*.

Algo complicado, como se ve, el planteo del problema. Tanto más, cuanto que, según el texto transcrito, “no puede argumentarse ni por vía de hipótesis si un matrimonio celebrado en un país puede disolverse en otro”, con lo cual concluimos por no saber si es que se plantea o no se admite que se plantee la primera de las dos cuestiones previas. Tanto más, cuanto que, al darse la solución de la segunda, cambianse nuevamente los términos antes empleados y nuestra paciente interpretación, defensiva de la seriedad de la justicia, queda desvirtuada.

En esta parte de la resolución, en efecto, se dice: “debe necesariamente concluirse que un matrimonio celebrado en la República Argentina puede ser disuelto en otro país donde los cónyuges o el marido, según las leyes de cada nación, hayan fijado su domicilio”.

Como se ve, se plantea una cuestión y se resuelve otra distinta; con el agravante de que la que se resuelve, con el carácter de *cuestión previa*, es precisamente la cuestión fundamental *sub-judice*.

Tenemos que rendirnos a la evidencia de una distrae-

ción judicial de tales proporciones que no permite a su autor ver reflejado en sus palabras un pensamiento que no puede haber querido expresar. Tomemos, sin embargo, ya que es preciso, y analicemos esta primera conclusión de su argumentación: *Un matrimonio celebrado en un país puede disolverse en otro.*

Digamos, ante todo, que esta misma cuestión está mal planteada; pues si ella se formula en presencia del diverso criterio legislativo consagrado sobre el alcance del *divorcio* y de la *disolución*, el contraste de las dos leyes debe aparecer en el texto de aquella; y preciso es saber qué criterio impera en el país de celebración y cuál en el de disolución. Dados los caracteres del caso, suponemos que lo que se afirma es que *un matrimonio celebrado en un país que no admite el divorcio absoluto puede disolverse en otro que lo admite.*

Aún así, sostenemos que tal afirmación es el resultado de una confusión fundamental.

Una cosa es *la posibilidad del acto de la disolución de un matrimonio, en país diverso del de su celebración*, y otra distinta, *los efectos jurídicos asignados a ese acto por las leyes de ambos países.*

Toda disposición prohibitiva de una ley, al consagrar la sanción que su infracción ha de merecer, supone la posibilidad de realización del hecho o del acto prohibido, que no entra en el poder de la ley evitar o impedir materialmente. Y cuando al art. 7º de nuestra Ley de Matrimonio se inicia diciendo: *la disolución en país extranjero de un matrimonio celebrado en la República...* admite la posibilidad de que ella se produzca, pero de sus palabras no podría concluirse que la autoriza o que sanciona su validez. Ella no vigila a las personas: vigila su situación legal; ella no puede impedir actos: pero impide efectos jurídicos. Podrán las personas realizar esos actos prohibidos, pero no dependerán de su voluntad los efectos legales que produzcan. Podrá, así, la mujer, casarse dentro de los diez meses de di-

suelto o anulado el matrimonio, no habiendo quedado en cinta, contra la prohibición del art. 93 de la Ley de Matrimonio; pero ésta no reconocerá en su favor los legados y liberalidades que su esposo le hubiera hecho por testamento. Podrán dos cónyuges disolver el matrimonio celebrado en la República Argentina, de conformidad a las leyes de un país extranjero que les permita disolverlo por divorcio *a vinculo* y quedar por ella habilitados para casarse nuevamente; pero... los efectos legales de ese acto, para la ley argentina, pueden no ser los mismos.

Es decir, que los actos ejecutados contra una prohibición legal, o no producen ningún efecto, o producen sólo el efecto que la ley misma determina. “Los actos prohibidos por las leyes, dice el art. 18 de nuestro código civil, son de ningún valor si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención”.

No interesa saber si un matrimonio celebrado en un país *puede disolverse en otro*; lo que interesa es saber qué efectos legales produce en el primero la disolución practicada en el segundo. Cuando se afirma, pues, que un matrimonio celebrado en un país puede disolverse en otro, sólo se hace referencia a una *posibilidad* que a la autoridad de la ley no es dable *evitar*; pero lejos de solucionar la cuestión no se llega sino a plantearla en otra forma.

Por eso es absolutamente antijurídico atribuir esta conclusión a la ley argentina, sin más fundamento que el criterio abstracto con que se ha llegado a ella, sin aludir siquiera a disposición alguna de dicha ley.

Pero, se argumenta: “Es indiscutible que los individuos, por el simple cambio de domicilio a un país extraño, de hecho quedan sometidos a las leyes del país donde lo fijan y allí gozan de los derechos de toda índole que las leyes les acuerdan, aunque las del país del domicilio anterior o de origen tnegan efecto más allá de los límites de su territorio, y ello en virtud del de-

recho de soberanía de las naciones, respetado por todos como un principio necesario de su propia existencia”.

Perfectamente; pero el argumento se mantiene siempre dentro del terreno de la *posibilidad* de la ejecución del acto, de la posibilidad del ejercicio del derecho, y no contempla la situación creada frente a la ley argentina.

Hay también aquí una confusión fundamental.

Aun cuando el domicilio tuviera los efectos que se le atribuyen, no podrían ser asignados a la situación jurídica y legal que se analiza. En un capítulo anterior hemos expuesto nuestra opinión sobre la verdadera extensión que a dichos efectos es posible atribuir.

3. — El domicilio, como asiento legal de las personas, determina la aplicación de dos grupos de leyes, que se llaman *leyes personales*, o, de acuerdo con la vieja terminología, *estatuto personal*; y esas leyes son: 1º las que rigen la capacidad y la incapacidad; 2º las que rigen los derechos de familia.

Pero dentro del concepto de la *capacidad* cabe, no sólo la adquisición de derechos, sino también el ejercicio de actos; ¿de qué actos? De aquellos que por la ley no sean *expresamente prohibidos*. Estas expresas prohibiciones establecidas por la ley para el ejercicio de determinados actos, así como para la adquisición de determinados derechos contra personas que son capaces en el hecho, constituyen *incapacidades de derecho*.

Los estatutarios adoptaron, para expresar tal distinción, la terminología de *capacidad general* y *capacidad particular*; siendo esta última la que corresponde a la que en su clasificación llama Freitas *incapacidad de derecho*. El mismo Savigny, para quien sólo hay *capacidad de obrar*, acepta todas las aplicaciones de la *capacidad particular*, considerándolas como limitaciones al derecho local del domicilio e incorporándolas a las excepciones del orden público que comprende bajo la deno-

minación de *leyes de una naturaleza positiva rigurosamente obligatoria*. Luego, las leyes de este grupo, restrictivas y limitativas; las que, según los autores antiguos, disponían sobre la capacidad particular o especial, y las que, según Freitas, consagran incapacidades de derecho, presentan una única y misma naturaleza. Hay, pues, una capacidad *de derecho*, consistente en el grado de aptitud para *adquirir derechos* o para ejercer, por sí o por otras personas, actos que no sean prohibidos; y una *incapacidad de derecho* que consiste en la prohibición de *adquirir ciertos derechos* o de *ejercer ciertos actos* por sí o por otros.

La importancia de esta distinción es de fundamental trascendencia, a los fines de la aplicación de la ley, si se tiene, además, en cuenta que, al lado de esta capacidad e incapacidad que corresponde a todas las personas, visibles o ideales, existe la llamada *de hecho* que sólo tienen las primeras, consistente en su aptitud o grado de aptitud para ejercer por sí actos de la vida civil, y su correlativa incapacidad *de hecho*, que afecta a aquellas personas que, por imposibilidad física o moral de obrar o por su dependencia de una representación necesaria, no pueden ejercer actos de la vida civil.

Según la doctrina de Freitas, incorporada a los arts. 26, 27 y 28 de su Proyecto, la capacidad e incapacidad de hecho se regirían por la ley del domicilio y la capacidad e incapacidad de derecho, por las leyes del mismo código: es decir, que las personas domiciliadas en el Brasil tendrían la capacidad y la incapacidad de hecho y de derecho establecidas en las leyes brasileñas, y las domiciliadas en el extranjero tendrían la capacidad e incapacidad de hecho acordadas por las leyes de sus respectivos domicilios y la capacidad e incapacidad de derecho fijadas por las leyes del Brasil.

Sin embargo, la doctrina incorporada a nuestro código civil, en los artículos 6, 7 y 8, cuya nota recuerda

una parte del comentario de Freitas es, a nuestro juicio, diversa (1).

Creemos que, en realidad, esa distribución simétrica de las capacidades a los fines de la legislación aplicable, es un tanto artificial, porque el predominio de la ley nacional *sólo se impone, en definitiva, en los casos de incapacidad de derecho*, bien entendido tratándose de juzgar la capacidad de las personas domiciliadas fuera del país. En consecuencia, pueden éstas adquirir todos los derechos y ejercer todos los actos que las leyes de sus respectivos domicilios les acuerden y permitan; pero no podrían los primeros invocarse contra una prohibición, limitación o restricción expresa de la ley nacional, ni producirían los segundos efectos jurídicos que la ley nacional les niega.

Confirma esta nuestra opinión el mismo comentario del Dr. Vélez al artículo 949, según el cual "*la capacidad o incapacidad de derecho, el objeto del acto y los vicios substanciales que pueda contener, serán juzgados para su validez o nulidad por las leyes de este código*". La nota explica el sentido de las primeras palabras de

(1) Nuestro codificador ha transcripto, haciéndola suya, pues no cita a Freitas, la definición y una parte de la glosa de éste a los artículos sobre capacidad de derecho, en su nota al art. 949, que dice lo siguiente: "La capacidad civil de derecho es el grado de aptitud de cada clase de personas para adquirir derechos o ejercer, por sí o por otras, actos que no le sean prohibidos. Las personas a quienes se prohíbe la adquisición de ciertos derechos o el ejercicio de ciertos actos son incapaces de derecho, es decir, de esos derechos o de esos actos prohibidos. Entre nosotros no puede hablarse de la capacidad civil del Derecho Romano, de las personas esclavas, de los que hubiesen sufrido una *capitis diminutio* ni tampoco de la capacidad civil que se ve en algunos códigos según que las personas sean nacionales o extranjeros para el goce y ejercicio de los derechos civiles. El artículo se refiere a aquellas personas que están declaradas incapaces de ejercer ciertos actos jurídicos, las cuales se hallan designadas en varios títulos del primer libro."

la disposición diciendo que “*el artículo se refiere a aquellas personas que están declaradas incapaces de ejercer ciertos actos jurídicos, las cuales se hallan designadas en varios títulos del primer libro*” (1).

(1) El Dr. Alcorta, que acepta la distinción de Freitas a los fines del régimen de la capacidad e incapacidad de los personas, explica, — Vol. I, pág. 235, — el significado de la división en la doctrina y el alcance de la distinción diciendo: “El domicilio es la regla general; pero como la ley local puede establecer limitaciones para la adquisición de ciertos derechos o el ejercicio de ciertos actos, esas limitaciones, que están fundadas en consideraciones de orden social o público, priman sobre la ley del domicilio, que sólo tiene en cuenta la capacidad general. La incapacidad de derecho, como ha dicho Freitas, es siempre relativa y nunca absoluta, puesto que todas las personas son capaces de derecho en cuanto a lo que la ley no les prohíbe, e incapaces de derecho sólo en cuanto a lo que les prohíbe; y la incapacidad de hecho, por el contrario, puede ser absoluta y relativa.”

En una nota redactada a propósito de una sentencia de la Cámara Civil 1ª de la capital, — véase *Jurisprudencia Argentina*, Año V, Marzo de 1922, núm. 50, pág. 125 — dijimos sobre el punto analizado en el texto lo siguiente: Un examen detenido y concienzudo de las disposiciones pertinentes de nuestro código civil demuestra que en la doctrina del mismo aquella distinción carece de valor; y que esa clasificación simétrica de la capacidad no conduce a la misma simetría en la distribución de los principios que han de regirla.

Por nuestro código, la ley del domicilio rige la capacidad e incapacidad de hecho y la capacidad jurídica, prevaleciendo la ley argentina en los casos del art 9º y tratándose de incapacidades de derecho por ella especialmente sancionadas. (Vé. mis *Cuestiones*, t. 1, p. 70).

Esta es la conclusión que impone la compulsión de las disposiciones de nuestro código, confirmadas por las aclaraciones y explicaciones de las notas del codificador.

Ante todo, debe tenerse presente que “no se puede hablar en la República de la capacidad civil del derecho romano, de las personas esclavas, de las que hubiesen sufrido una *capitis diminutio*, ni tampoco de la capacidad o incapacidad que se ve en algunos códigos, según que las personas sean nacionales o extranjeras, pues ni tenemos esclavos, ni hay diferencia entre nacio-

4. — Y bien. Decíamos que, planteada como estaba la cuestión, acordando al factor *domicilio* el alcance ilimitado que se le atribuye, no contemplaba la situación creada frente a la ley argentina.

nales y extranjeros para el goce y ejercicio de los derechos privados.”

Esto nos dice Vélez en la nota al art. 949; y si ello es tan cierto como que “las incapacidades que el código consagra en diversos artículos están basadas en consideraciones de moral y orden público”, resulta que la mencionada distinción ha perdido su importancia ante la ley argentina. Y es como si ésta hubiera dicho: “La capacidad de las personas se rige por la ley de su domicilio, con las limitaciones de orden público” pues tales limitaciones implican las incapacidades que ella impone, y que no son sino prohibiciones expresas de adquirir determinados derechos a ejecutar determinados actos.

Por otra parte, ¿cuál es el verdadero sentido del indicado art. 949? No obstante mencionar él la *capacidad* o *incapacidad* de derecho, la disposición “se refiere sólo a aquellas personas que están declaradas incapaces de ejercer ciertos actos jurídicos, y que se hallan designadas en varios títulos del primer libro”; según lo declara expresamente Vélez en la nota explicativa de dicho artículo. (Véase mis *Cuestiones*, t. 1, p. 103).

La misma conclusión puede inferirse de las palabras con que Alcorta termina la exposición de la doctrina que atribuye al código, consistente en el régimen de la capacidad de hecho por la ley territorial: “...El domicilio es la regla general; pero como la ley local puede establecer limitaciones para la adquisición de ciertos derechos o el ejercicio de ciertos actos, esas limitaciones, que están fundadas en consideraciones de orden social o público, priman sobre la ley del domicilio, que sólo tiene en cuenta la capacidad general”. (*Cuestiones*, t. 1, 71).

Vale decir que la ley argentina prima sólo en los casos en que establezca limitaciones para la adquisición de *ciertos derechos* o el ejercicio de *ciertos actos*. ¿Y qué son ellas sino incapacidades de derecho?

Obsérvese además que tratándose de la *capacidad para suceder* (art. 3286) y de la *capacidad para disponer* de los propios bienes (art. 3611), capacidades que son, sin duda, de *derecho*, el codificador nos remite en las notas respectivas a los arts. 6 y 7 del código.

En efecto. Si, dentro del terreno de la *posibilidad*, se concluye que un matrimonio celebrado en la República Argentina habilita a los cónyuges para disolverlo en cualquier otro país donde ambos o el marido hayan fijado su domicilio, queda por resolver la otra faz de la cuestión, la más importante, la fundamental, a saber, el efecto que las leyes argentinas atribuyan a esa disolución, para lo cual corresponde aplicar la doctrina legal que acabamos de analizar respecto del régimen de la capacidad personal.

Es evidente que la inhabilidad consagrada por el art. 7 de la Ley de Matrimonio para los esposos casados en la República Argentina importa una *incapacidad de derecho* y, como tal, ella se impone contra cualquiera facultad, permisión o tolerancia de una ley extranjera, sea ésta de la nacionalidad o del domicilio; y la capacidad de derecho por ella acordada a los esposos no puede anular aquella disposición territorial que, fundada en razones de orden social superior, debe prevalecer en oposición a la ley personal.

Quiere esto decir que los cónyuges provenientes de un matrimonio contraído en nuestro país no solamente no pueden celebrar un nuevo matrimonio en él, después de disuelto el anterior *a vinculo* en el extranjero, sino que, casado cualquiera de ellos también en el extranje-

No es que se trate de dos disposiciones que importan excepciones al art. 949: es que los arts. 6 y 7 nos dan el principio general para el régimen de *toda capacidad* y este último consagra el motivo de limitación a la personalidad de la ley, fundada en razones de interés público.

Las incapacidades de derecho, motivadas por razones de orden social, sólo afectan a la capacidad *con relación a actos determinados*. La capacidad de adquirir bienes, plenamente concedida por una ley extranjera puede ser limitada por la incapacidad especial para adquirir *determinados* bienes situados en la República en condiciones *determinadas*. (Por ejemplo, el inc. 1.º del art. 450).

ro, habría contraído una unión nula e inexistente para nuestra ley.

Ante la inhabilidad sancionada por el art. 7 recordado es de toda evidencia que, para el matrimonio del caso que analizamos, el impedimento del inciso 5º del art. 9 sería un obstáculo insalvable mientras la disolución del primer matrimonio no se produjera *de acuerdo con las disposiciones de este código*, por la muerte de uno de los cónyuges, según el art. 81.

Conclúyese de lo que antecede que la verdadera solución de la cuestión previa planteada es que la *disolución por divorcio en un país de un matrimonio celebrado en otro cuya ley no admite la disolución del mismo sino por la muerte de uno de los esposos*, y que sólo en tal caso los habilita para volver a casarse, — *no producirá, en el último, los efectos jurídicos de tal disolución*.

Sólo con este criterio puede armonizarse nuestra legislación civil sobre matrimonio y divorcio con la criminal sobre matrimonio ilegal, dentro de las modalidades y soluciones que anteroirmente expusimos y comentamos.

5. — En la resolución que analizamos se intenta sostener que el art. 7 se refiere a las causales invocadas para el divorcio y no a la naturaleza del divorcio mismo.

“El acuerdo exigido por el art. 165 (art. 7º de la Ley de Matrimonio) entre las leyes del lugar de la disolución del matrimonio y de la República para autorizar uno nuevo dentro del país se refiere, y no puede ser a otra cosa, a las causas de la disolución”.

¿Cuáles son las razones que justifican interpretación tan extraordinaria? Hélas aquí:

“Y que ésta es la verdadera interpretación del artículo 165 del código civil lo demuestra su propio texto, que no se presta a dudas por su redacción clara y precisa y lo corrobora el principio aceptado por nuestros distinguidos representantes en el Congreso Inter-

nacional Privado de Montevideo, doctores Roque Sáenz Peña y Manuel Quintana, en la materia que nos ocupa y de la que fué miembro informante de la comisión el primero de los nombrados. En efecto, en este punto se establece que la disolución del matrimonio se rige por la ley del domicilio, siempre que la causal alegada sea admitida por la ley del lugar de la celebración”.

Dos son, pues, las razones: el texto del art. 7º y el principio consagrado en el Tratado de Montevideo sobre la ley aplicable a la disolución del matrimonio. De éste ya nos hemos ocupado antes, cuando examinamos el caso ante las cláusulas del mismo, debiendo concretarnos ahora a la primera de las razones invocadas.

Tan caprichosa nos parece la interpretación, tan arbitraria, que no creemos necesario argumentar, para demostrar tales reparos, más que con el texto mismo de la disposición, precisamente con el texto y sentido mismos de la disposición.

Hemos examinado ya el alcance del término *disolución* que emplea el recordado artículo. No creemos menester insistir. Baste recordar que la disolución de un matrimonio no puede producirse sino por divorcio absoluto o muerte de uno de los cónyuges. Natural es, entonces, afirmar que cuando el artículo supone la *disolución* en país extranjero *de conformidad a las leyes* del mismo y en *disconformidad* con las nuestras, ha entendido hacer alusión a esos dos modos diversos consagrados alternativamente en las legislaciones positivas. Si *no habilita a los cónyuges para casarse*, es porque supone que éstos han procurado la *disolución* de su matrimonio por medio del *divorcio* absoluto, que él no acepta, desde que no autoriza otro divorcio que la simple separación personal.

¿Qué pueden interesarle al código las *causales* invocadas, ni cómo puede entenderse que se ha referido a ellas? La redacción del artículo es, efectivamente, clara y precisa; tan clara y tan precisa que no puede dar lu-

gar a interpretación. Dice lo que quiere decir y quiere decir lo que dice.

El art. 13 del Tratado de Derecho Civil de Montevideo habla, es verdad, de las causales de disolubilidad. Pero ese artículo no es el art. 7, de nuestra ley de Matrimonio, y también dice lo que quiere decir, según oportunamente lo vimos.

Repitiendo la frase judicial podríamos decir, pues, nosotros, con más propiedad, que el art. 7 se ha referido al divorcio mismo y que no podía ser a otra cosa.

El ejemplo con que en la resolución se ilustra o pretende ilustrarse la opinión sustentada es contradictorio con los elementos de la cuestión misma. “Si una persona divorciada en cualquier país, — se dice, — en que se admitiese la disolución del matrimonio por mutuo consentimiento o por voluntad de una sola de las partes o por otra causa cualquiera de las que no figuran en el art. 67 de la Ley de matrimonio civil argentina, pretendiera contraer matrimonio en nuestro país pretextando haberse disuelto su anterior matrimonio en el extranjero por alguna de esas causas, se opondría a ello la disposición legal citada”.

Al formularse esta hipótesis se ha olvidado:

1. Que el art. 7 se refiere al *divorcio* y no a la *disolución*;

2. Que, en consecuencia, las causales de que habla son causales de simple separación personal de los cónyuges;

3. Que el art. 7º de la Ley — (165 del Código) — exclusivamente alude a los matrimonios celebrados en la República Argentina;

4. Que, tratándose de la *disolución*, la ley no admite otra causal que la muerte de uno de los esposos, abarcando en su generalidad a los matrimonios celebrados en la República y a los que pretendan disolverse en ella (Art. 81).

En el ejemplo propuesto se hace referencia a una per-

*sona divorciada*, sin indicar la procedencia de su anterior matrimonio. Si éste no fué celebrado en la República, no hay disposición nacional alguna que le impida celebrar uno nuevo en ella. Si se contrajo en el país, los arts. 7º y 81 se opondrán a que dicha persona celebre en él nuevo matrimonio.

El error de la opinión judicial deriva, no sólo de esta confusión, sino también de pretender separar el divorcio de sus causas. Las legislaciones pueden no coincidir respecto de las causales invocables para gestionar y obtener el divorcio; pero la ley que rija con relación a éste regirá también con relación a aquellas. Cuando la divergencia legislativa recae sobre la naturaleza o carácter del divorcio, la coincidencia o divergencia respecto de las causales carece de importancia y es improcedente ocuparse de ellas. Tal es el caso del ejemplo propuesto.

¿Cuáles son los modos de disolución de un matrimonio según los sistemas legislativos? Simplificando, para mayor claridad de nuestro caso, dos: divorcio *a vinculo matrimonii*, (leyes extranjeras); muerte de uno de los esposos, (ley argentina). ¿Cómo se disuelve un matrimonio *de conformidad con la ley argentina*? Por la muerte de uno de los esposos. ¿Cómo se disuelve *de conformidad con las leyes extranjeras*? Por el divorcio absoluto. He ahí la divergencia.

El autor de la resolución confunde causales de divorcio con causales de disolución; y el apoyo que busca en el art. 67 lo demuestra. Suponer *divergencia* entre nuestro código y alguno extranjero sobre *causales de disolución* es referir esa divergencia a la naturaleza misma del sistema legal, es decir, a los modos mismos de disolución; porque, según nuestras leyes no hay más *causa de disolución* que la muerte de uno de los esposos, y según leyes extranjeras, puede serlo también el divorcio absoluto.

Decíamos que el juez confunde causales de disolución con causales de divorcio; y una nueva prueba de ello es la conclusión de su razonamiento aplicado al caso sub-judice, cuando dice: "Por eso en el sub-judice la cuestión queda reducida a saber si la causal de divorcio producida es de las reconocidas por el código civil argentino, y ello así resulta efectivamente". Primero dijo, como se ha visto, que el acuerdo exigido por el art. 165 se refería a las causas de disolución; ahora dice, como se ve, que él debe referirse a las causas del divorcio.

Y no necesitamos insistir en que *disolución* es un término genérico y *divorcio* es una de las formas de disolución.

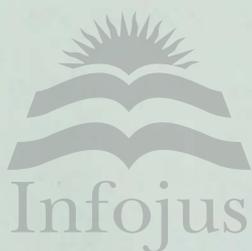
El propio texto de la disposición no autoriza, pues, de ningún modo, la interpretación que rechazamos.



# ÍNDICE



SISTEMA ARGENTINO DE  
INFORMACIÓN JURÍDICA



SISTEMA ARGENTINO DE  
INFORMACIÓN JURÍDICA

# ÍNDICE

---

Páginas

INTRODUCCION . . . . . 5

## PRIMERA PARTE

---

### CAPITULO PRIMERO

---

#### **Las dificultades y sus causas**

SUMARIO: I. Los motivos de dificultad en general.—Sistemas legislativos sobre divorcio.—II. Los motivos de dificultad relativos en particular a la aplicación de nuestra ley.—III. Verdadero carácter de la labor del intérprete del derecho internacional privado.—Distinción necesaria . . . . . 11

### CAPITULO SEGUNDO

---

#### **El concepto del orden público**

SUMARIO: 1. Es conveniente exponerlo.—2. Antecedentes doctrinarios.—3. Noción o concepto universal; necesidad de construirlo.—Recházase la distinción entre orden público interno e internacional.—El punto de

partida.—El equilibrio entre el individuo y el estado.— Fórmula.—Examen de sus caracteres.—Efectos del or- den público en el ambiente internacional.—Las leyes de orden público pueden agruparse en una sola cate- goría.—Distinción entre las normas superiores y las disposiciones complementarias.—Síntesis.—La determi- nación de las leyes de orden público y de las leyes lesivas del orden público .....	29
--	----

### CAPITULO TERCERO

#### Bases del análisis

SUMARIO: 1. Tres hipótesis fundamentales; planteo de las posibles situaciones legales.—2. Orden gradual de expo- sición y examen.—3. Algunas salvedades necesarias.	49
---	----

## SEGUNDA PARTE

### MATRIMONIO CELEBRADO EN PAÍS EXTRANJERO

#### CAPITULO PRIMERO

#### Divorcio en la República

SUMARIO: 1. Los criterios doctrinarios; personalidad y territorialidad.—2. La situación planteada ante nues- tra legislación.—3. Es improcedente tener en cuenta la ley del domicilio .....	61
--	----

## CAPITULO SEGUNDO

**Nuevo matrimonio en la República (§ I)**

SUMARIO: 1. Punto de vista doctrinario.—2. Punto de vista de nuestras leyes. El Código Civil y la ley de matrimonio.—3. Nuestra solución.—4. Examen de sus fundamentos. Cómo debe entenderse el orden público: distinción substancial .....	73
---	----

## CAPITULO TERCERO

**Nuevo matrimonio en la República (§ II)**

SUMARIO: 1. Equivalencia de esta situación y la anterior. El principio de nuestra ley.—2. Examen de la Jurisprudencia. Sus fundamentos contradictorios. La doctrina y solución aceptables.—3. La aplicación del Tratado de Montevideo.—4. Inconsistencia del criterio que tiene en cuenta la ley del domicilio .....	95
--	----

## CAPITULO CUARTO

**Divorcio y nuevo matrimonio en el extranjero**

SUMARIO: 1. Razones de la conclusión afirmativa. Importancia de la reforma del Código. El sistema de Freytas. Fundamental diferencia con el de nuestra ley de matrimonio.—3. Niégase la influencia que se atribuye a la ley personal en la solución del caso planteado. Fundamentos .....	117
---	-----

## CAPITULO QUINTO

**Conversión de la separación personal  
en divorcio absoluto**

SUMARIO: 1. Posibilidad y modalidades de la situación planteada. Ausencia de disposición expresa.—2. Un caso de Jurisprudencia.—3. Crítica de que ha sido objeto.—4. Nuestro análisis y nuestra opinión: a) Nacionalidad de la mujer casada en Chile; b) La ley personal y la <i>lex fori</i> ; c) La autoridad internacional de la cosa juzgada; d) Doctrina y jurisprudencia; e) los tribunales franceses respetaron la cosa juzgada; f) Validez de la conversión .....	125
---	-----

## TERCERA PARTE

### MATRIMONIOS CELEBRADOS EN LA REPÚBLICA

#### CAPITULO PRIMERO

#### Disolución en país extranjero

SUMARIO: 1. Naturaleza de la cuestión. La doctrina y la Jurisprudencia al respecto.—2. La interpretación del artículo 165 del Código Civil.—3. La doctrina y la Jurisprudencia inglesa, escocesa y norteamericana.—4. La cuestión se estudia en el capítulo final del libro .....	147
---	-----

#### CAPITULO SEGUNDO

#### Nuevo matrimonio en el extranjero

SUMARIO: 1. Vinculación del caso con el analizado en el capítulo anterior. Nuestra opinión. Examen de la opi-
---

nión contraria y refutación. El domicilio de las partes no tiene importancia como factor de solución. Doctrina, legislación y Jurisprudencia.—2. El proyecto de reforma del Doctor Ramón J. Cárcano. Breve examen. Nuestra opinión .....	159
--	-----

### CAPITULO TERCERO

#### **Efectos en la República del nuevo matrimonio en el extranjero**

SUMARIO: 1. Los efectos en cuanto a las personas de los cónyuges. Examínase la posibilidad de una acción criminal. Aplicación del tratado de Montevideo.—2. Los efectos en cuanto a la persona de los hijos. Diversos puntos de vista y soluciones posibles.—Los efectos en cuanto a los bienes, con relación a los cónyuges y a los hijos .....	173
--	-----

## CUARTA PARTE

### CAPITULO PRIMERO

#### **La ley de divorcio uruguayo**

SUMARIO: 1. Preliminar.—2. La legislación de la República Oriental del Uruguay; <i>a</i> ) Alcance del divorcio; <i>b</i> ) Causales; <i>c</i> ) Nuevo matrimonio; <i>d</i> ) El divorcio por consentimiento mutuo o sola voluntad; <i>e</i> ) Prescripción de la acción; <i>f</i> ) Conversión de separación personal en divorcio; <i>g</i> ) Jurisdicción .....	209
---	-----

## CAPITULO SEGUNDO

## El tratado de Montevideo

SUMARIO: 1. Necesidad de deslindar el alcance y radio de aplicación del tratado y de las leyes internas de los países signatarios del mismo.—2. Examínase el sentido antifolológico del vocablo *divorcio* y sus consecuencias en la aplicación del tratado.—3. Cláusulas y doctrina del tratado de Montevideo.—4. El protocolo adicional. Examen comparativo de las cláusulas del tratado y del protocolo.—5. Sentido de la expresión “domicilio matrimonial”.—6. Se determina el verdadero radio de aplicación de las disposiciones del tratado y del protocolo. 215

## CAPITULO TERCERO

## Las soluciones

SUMARIO: 1. Dilucidación de los casos de la tercera hipótesis.—Demanda de disolución ante nuestros tribunales.—Disolución en país extranjero signatario.—Conversión de la separación personal en divorcio absoluto.—Primer matrimonio y disolución en país extranjero: nuevo matrimonio en la República.—Primer matrimonio en la República; nuevo matrimonio en otro país signatario o en la República.—2. Notificación e inscripción en la República de las sentencias de divorcio dictadas en la República Oriental del Uruguay.—3. Nuestra opinión. 257



## CAPITULO CUARTO

**Análisis de una resolución judicial**

SUMARIO: 1. Una cuestión previa que no lo es.—Examen del tecnicismo empleado.—2. La verdadera cuestión previa planteada. Análisis de la misma.—La posibilidad de la disolución y los efectos jurídicos de la disolución.—3. El domicilio, su importancia y alcance. Doctrina de Freytas. Doctrina de Vélez.—4. Solución de la cuestión previa planteada.—5. La naturaleza del divorcio y las causales del mismo. Confusión entre causales de divorcio y causales de disolución ..... 287



Cuestiones de Derecho Internacional Privado.

Autor: Calandrelli, Alcides

Editorial: La Buenos Aires

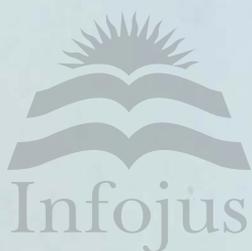
Tomo: 4



G85



SISTEMA ARGENTINO DE  
INFORMACIÓN JURÍDICA



SISTEMA ARGENTINO DE  
INFORMACIÓN JURÍDICA



SISTEMA ARGENTINO DE  
INFORMACIÓN JURÍDICA

85

vado...v. 4

TO

TALLER DE

Biblioteca Central

Infoj C. S. J. N.

SISTEMA ARGENTINO DE  
INFORMACIÓN JURÍDICA