



TESIS DOCTORAL

El problema jurisdiccional del divorcio en el derecho internacional privado iberoamericano

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

José-Luis Fernández-Flores

Madrid, 2015

TE
708



**EL PROBLEMA JURISDICCIONAL DEL DIVORCIO
EN EL DERECHO
INTERNACIONAL PRIVADO IBEROAMERICANO**

José Luis Fernández Flores
Madrid-1966



EL PROBLEMA JURISDICCIONAL DEL DIVORCIO
EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO IBEROAMERICANO

A Mariano Aguilar
en recuerdo de tantos años
de Facultad, sintiendo que
no esté presente en la defen-
sa de esta Tesis.

Sinceramente
Jorge Fernando Torres

I N D I C E

INTRODUCCION.	Pags.
.....	1

PRIMERA PARTE.

CONSIDERACIONES GENERALES

Capitulo I

NOCIONES CONCEPTUALES Y METODOLOGICAS

.....	13
-------	----

Sección I

Presupuestos fundamentales.

A) Presupuestos procesales.

1.- En general.....	15
2.- Sobre divorcio.....	19

B) Presupuestos materiales (Derecho civil)

1.- En general.....	20
2.- Sobre divorcio.....	27

Sección II

El divorcio como "questio iuris" de Derecho
internacional privado

1.- Planteamiento.....	41
------------------------	----

	Pags.
2.- Problema general.....	43

Sección III

Problemática conflictual

A) Conflictos de jurisdicciones.

1.- En general.....	51
2.- Sobre divorcio.....	60

B) Conflictos de leyes.

1.- En general.....	70
2.- Sobre divorcio.....	73

Capítulo II

SINTE-
SIS DE DERECHO COMPARADO (LOS SISTEMAS
GENERALES DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNA-
CIONAL SOBRE DIVORCIO)

.....	80
-------	----

Sección I

Las soluciones internacionales (Derecho
internacional convencional)

A) La convención de La Haya de 1902.

1.- E s t r u c t u r a y c o n t e n i d o n o r m a t i v o.....	82
2.- P r i n c i p i o s y t e n d e n c i a s	85

B) La Convención escandinava de 1.931.	
.....	90
C) El Tratado del Benelux de 1.951.	
.....	93

Sección II

Las soluciones nacionales (Derecho Comparado)

A) El sistema francés.	
1.- Jurisdicción.....	97
2.- Cuestiones conexas	102
B) El sistema angloamericano.	
1.- Jurisdicción.....	105
2.- Cuestiones conexas	111
C) El sistema germánico.	
1.- Jurisdicción.....	113
2.- Cuestiones conexas.....	116
D) El sistema ruso.	
1.- Jurisdicción.....	120
2.- Cuestiones conexas	122
E) Referencia a otros sistemas.	
1.- Sistema musulmán	123
2.- Sistema indio.....	124

	Pags.
3.- Sistema japonés.....	125
4.- Países africanos y asiá- ticos	127

SEGUNDA PARTE

LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL SOBRE
DIVORCIO EN DERECHO IBEROAMERICANO.-

Capítulo I

CARACTERISTICAS GENERALES Y PRINCIPIOS DE SOLUCION.

.....	132
-------	-----

Sección I

Presupuestos característicos

A) Presupuestos procesales.

1.- En general.....	134
2.- Sobre divorcio.....	136

B) Presupuestos materiales.

1.- En general.....	138
2.- Sobre divorcio.....	140

Sección II

El divorcio como "questio iuris" de Derecho
internacional privado iberoamericano

1.- P l a n t e a m i e n t o.....	142
2.- P r o b l e m á t i c a e s p e c i a l.....	145

Sección III

Problemática conflictual especial

A) Conflictos de jurisdicciones.	
1.- E n g e n e r a l.....	148
2.- S o b r e d i v o r c i o.....	149
B) Conflictos de leyes.	
1.- E n g e n e r a l.....	151
2.- S o b r e d i v o r c i o.....	152

Capítulo II

SOLUCIONES INTERNACIONALES (LOS SISTEMAS CONVENCIONALES)

.....	156
-------	-----

Sección I

Tratado de Lima

A) Jurisdicción.	
1.- T e x t o s l e g a l e s	158

	Pags.
2.- Aplicación.....	159
3.- Conclusión.....	160
B) Cuestiones conexas.	
1.- Ley aplicable	160
2.- Valor de las sentencias	161

Sección II

Primeros Tratados de Montevideo

A) Jurisdicción.	
1.- Textos legales	162
2.- Aplicación.....	164
3.- Conclusión.....	165
B) Cuestiones conexas.	
1.- Ley aplicable	166
2.- Valor de las sentencias.....	166

Sección III

Segundos Tratados de Montevideo

A) Jurisdicción.	
1.- Textos legales	168
2.- Aplicación	171
3.- Conclusión	172
B) Cuestiones conexas.	
1.- Ley aplicable	173
2.- Valor de las sentencias	174

Sección IV

Código de Bustamante

A) Jurisdicción.

1.- Textos legales	175
2.- Aplicación	180
3.- Conclusión	181

B) Cuestiones conexas.

1.- Ley aplicable	182
2.- Valor de las sentencias	184

CAPITULO III

SISTEMA NACIONALES. A) SOLUCIONES POSITIVAS

(PAISES QUE ADMITEN EL DIVORCIO)

.....	190
-------	-----

Sección I

Bolivia

A) Jurisdicción.

1.- Textos legales	192
2.- Aplicación	195
3.- Conclusión	199

B) Cuestiones conexas.

1.- Ley aplicable	200
-------------------------	-----

2.- Valor de las sentencias extranjeras	202
--	-----

Sección II

Costa Rica

A) Jurisdicción.

1.- Textos legales	203
2.- Aplicación	206
3.- Conclusión	209

B) Cuestiones conexas.

1.- Ley aplicable	210
2.- Valor de las sentencias extranjeras	211

Sección III

Cuba

A) Jurisdicción.

1.- Textos legales	213
2.- Aplicación	217
3.- Conclusión	221

B) Cuestiones conexas.

1.- Ley aplicable	221
2.- Valor de las sentencias extranjeras	222

Sección IV

El Salvador

A) Jurisdicción.

1.- Textos legales	224
2.- Aplicación	227
3.- Conclusión	230

B) Cuestiones conexas.

1.- Ley aplicable	231
2.- Valor de las sentencias extranjeras	233

Sección V

Ecuador

A) Jurisdicción.

1.- Textos legales	236
2.- Aplicación	241
3.- Conclusión	248

B) Cuestiones conexas.

1.- Ley aplicable	249
2.- Valor de las sentencias extranjeras	250

Sección VI

Guatemala

A) Jurisdicción.	
1.- Textos legales	252
2.- Aplicación	255
3.- Conclusión	258
B) Cuestiones conexas.	
1.- Ley aplicable	259
2.- Valor de las sentencias extranjeras	260

Sección VII

Haití

A) Jurisdicción.	
1.- Textos legales	262
2.- Aplicación	263
3.- Conclusión	265
B) Cuestiones conexas.	
1.- Ley aplicable	266
2.- Valor de las sentencias extranjeras	268

Sección VIII

Honduras

A) Jurisdicción.	
1.- Textos legales	269
2.- Aplicación	272
3.- Conclusión	275
B) Cuestiones conexas.	
1.- Ley aplicable	275
2.- Valor de las sentencias extranjeras	276

Sección IX

Méjico

A) Jurisdicción.	
1.- Textos legales	279
2.- Aplicación	286
3.- Conclusión	294
B) Cuestiones conexas.	
1.- Ley aplicable	295
2.- Valor de las sentencias extranjeras	296

Sección X

Nicaragua

A) Jurisdicción.	
1.- Textos legales	298
2.- Aplicación	303
3.- Conclusión	307
B) Cuestiones conexas,	
1.- Ley aplicable	307
2.- Valor de las sentencias extranjeras.....	309

Sección IX

Panamá

A) Jurisdicción.	
1.- Textos legales	311
2.- Aplicación	313
3.- Conclusión	316
B) Cuestiones conexas.	
1.- Ley aplicable	316
2.- Valor de las sentencias extranjeras	317

Sección XII

Porú.

A) Jurisdicción.	
1.- Textos legales	318
2.- Aplicación	322
3.- Conclusión	325
B) Cuestiones conexas.	
1.- Ley aplicable	325
2.- Valor de las sentencias extranjeras	327

Sección XIII

Puerto Rico

A) Jurisdicción.	
1.- Textos legales	329
2.- Aplicación	331
3.- Conclusión	335
B) Cuestiones conexas.	
1.- Ley aplicable	335
2.- Valor de las sentencias extranjeras	336

Sección XIV

República Dominicana

A) Jurisdicción.

1.- Textos legales	338
2.- Aplicación	340
3.- Conclusión	347

B) Cuestiones conexas.

1.- Ley aplicable	348
2.- Valor de las sentencias extranjeras	349

Sección XV

Uruguay

A) Jurisdicción.

1.- Textos legales	350
2.- Aplicación	356
3.- Conclusión	368

B) Cuestiones conexas.

1.- Ley aplicable	369
2.- Valor de las sentencias extranjeras	370

Sección XVI

Venezuela

A) Jurisdicción.

1.- Textos legales	371
2.- Aplicación	375
3.- Conclusión	379

B) Cuestiones conexas.

1.- Ley aplicable	379
2.- Valor de las sentencias extranjeras	381

CAPITULO IV

SISTEMAS NACIONALES (Conclusión). B) SOLU

CIONES NEGATIVAS (PAISES QUE DESCONO

NOCEN EL DIVORCIO)

.....	383
-------	-----

Sección I

Argentina.

A) Jurisdicción.

1.- Textos legales	387
--------------------------	-----

	<u>Pags.</u>
2.- Aplicación	392
3.- Conclusión	398
B) Cuestiones conexas.	
1.- Ley aplicable	399
2.- Valor de las sentencias extranjeras	399

Sección II

Brasil.

A) Jurisdicción.	
1.- Textos legales	404
2.- Aplicación	408
3.- Conclusión	412
B) Cuestiones conexas.	
1.- Ley aplicable	412
2.- Valor de las sentencias extranjeras	413

Sección III

Colombia.

A) Jurisdicción.	
1.- Textos legales	417
2.- Aplicación	419

3.- C o n c l u s i ó n	422
B) Cuestiones conexas	
1.- L e y a p l i c a b l e	422
2.- V a l o r d e l a s s e n t e n c i a s	
e x t r a n j e r a s	426

Sección IV

Chile.

A) Jurisdicción.	
1.- T e x t o s l e g a l e s	428
2.- A p l i c a c i ó n	430
3.- C o n c l u s i ó n	434
B) Cuestiones conexas.	
1.- L e y a p l i c a b l e	434
2.- V a l o r d e l a s s e n t e n c i a s	
e x t r a n j e r a s	435

Sección V

Paraguay.

A) Jurisdicción.	
1.- T e x t o s l e g a l e s	438
2.- A p l i c a c i ó n	441
3.- C o n c l u s i ó n	444

B) Cuestiones conexas.	
1.- Ley aplicable	445
2.- Valor de las sentencias extranjeras	446

TERCERA PARTE

SINTESIS CRITICA Y ENSAYO DE SOLUCION

Capítulo I

SINTESIS CRITICA

.....	450
-------	-----

Sección I

Rasgos fundamentales de estos sistemas.

1.- Sistemas jurisdiccionales	453
2.- Base competencial	460
3.- Principios conexos	466
4.- Fundamento jurídico	469

Sección II

Crítica valorativa

1.- Del sistema conflictual de jurisdicción	472
--	-----

2.- Del sistema conflictual de las cuestiones conexas	474
--	-----

CONCLUSION

.....	477
-------	-----



BIBLIOGRAFIA UTILIZADA.....	481
-----------------------------	-----

I N T R O D U C C I O N

INTRODUCCION

Por práctica académica y por consideraciones técnicas, se hace necesaria una justificación del tema elegido como tesis.

Al fijarnos en la institución del divorcio, como medio de disolución del vínculo matrimonial, hemos intentado estudiar uno de los problemas que se presentan más agudos, cada día, en el Derecho Internacional Privado.

La progresión constante del número de países que han aceptado esta institución, por una parte. El constante aumento de las sentencias de divorcio, por otra. La actuación enérgica del orden público, en la materia, por una tercera, son todos factores que contribuyen a hacer de este problema, piedra de toque, donde las diversas concepciones jurídicas chocan, buscando una armonía de soluciones, en muchos casos, imposible de conseguir.

Una de las prerrogativas de la investigación jurídica, es la de poder elegir su campo de actuación libremente, explorando aquellas instituciones del Derecho que, sin una proyección sustantiva en la propia legislación, presentan, sin embargo, más acusadamente las aristas de un problema.

Por esto, no hemos tenido inconveniente en elegir para -
nuestra tesis, una cuestión que, como la del divorcio, no se presen-
ta en España, pero que, en el Derecho Internacional Privado, acuas -
claramente los modernos problemas y delinea las tendencias del Dere-
cho conflictual actual.

Centrados pues, en la institución del divorcio vincular -
o divorcio propiamente dicho, eran precisas, al menos, dos delimita-
ciones para que la materia no desbordase la extensión discreta de una
tesis doctoral.

En una doble dirección se ha operado esta delimitación y
nos ha conducido al trabajo presente.

Por una parte, la materia que presenta el divorcio, es tan
amplia, que se nos ha hecho necesario restringir el estudio, acotar -
una parte de su realidad. En efecto, desde un primer problema, como -
es el jurisdiccional, pasando por un segundo de ley aplicable y lle-
gando a un tercero de valor de las sentencias fuera del ámbito sobera-
no del país, cuyos tribunales o jueces las han dictado, hasta el es-
tudio de la forma en que se producen las distintas legislaciones pro-
cesales, tramitación de la demanda, y sustantivas, consecuencias de -
la propia sentencia, hallamos que el campo jurídico es extensísimo.

Hemos preferido estudiar la primera cuestión, la cuestión jurisdiccional, no solo por ser la primera que se presenta antes los tribunales que entiendan de un divorcio, sino también por la acusada importancia que hoy, en gran parte a impulso de las concepciones anglosajonas, ha adquirido. Esto, sin mencionar que, en muchos casos, la incidencia de la jurisdicción, sobre el problema de la ley aplicable, es notoria, ya que, unas veces por imperio de su legislación, y otras, por razones puramente prácticas, los tribunales que se han declarado competentes para entender en un caso concreto de divorcio, optan frecuentemente por la aplicación de la *lex fori* al fondo del asunto.

Por otra parte, era imprescindible, si se querían mantener los límites de la tesis, hacer una delimitación geográfica.

Frecuentemente, los juristas españoles, olvidan que existe una veintena de países que, durante siglos, hemos sido nosotros — mismos, países que hablan nuestro idioma, que se han nutrido y, en muchos aspectos se nutren todavía, de nuestras instituciones jurídicas y, con los cuales, nos hallamos ligados por un sinnúmero de lazos. — Entre estos países, algunos tienen una floreciente vida jurídica y sus instituciones están al nivel de las de los países más avanzados.

Tratando de formar entre los que, juristas o no, se preo-

cupan de estas naciones, he elegido a Iberoamérica como mi campo de trabajo.

Y si utilizo la palabra Iberoamérica, lo hago intencionalmente, en cuanto que, ella, engloba todos los países que quiero hacer objeto de mi estudio, y responde a un concepto menos difuso que otras expresiones que, frecuentemente, se utilizan con análogo contenido. De esta forma, todos los países, desde Rio Grande, hasta Tierra de Fuego, en el Continente americano, quedan incluidos en nuestra tesis.

El problema del método a seguir, en este trabajo, ha sido simple.

En primer lugar encontramos adecuado hacer una especie de consideración preliminar donde, por una parte se precisasen los conceptos doctrinales que iban a ser manejados posteriormente, y, por otra, se presentase una breve y esquemática exposición de la postura adoptada por los sistemas, europeos en particular, y mundiales, en general, en cuanto al problema objeto de la presente tesis.

En la segunda parte, hemos creído oportuno, hacer una introducción con las características que presenta el Derecho de estos -

países, anticipando parte de lo que luego iban a ser las consideraciones finales.

Después, hemos ido estudiando, primero los sistemas convencionales sobre divorcio, y después, la postura de cada legislación nacional respecto a la institución.

Dentro de cada sistema, convencional o nacional, hemos distinguido lo que es puramente jurisdicción, con el aporte de los textos legales precisos y que, directa o indirectamente resultan aplicables, y, a continuación, como materias conexas, para que el puro problema jurisdiccional no resulte tan desarropado, hemos hecho una ligera exposición de la ley aplicable y del valor que las sentencias extranjeras de divorcio presentan.

Finalmente, y después de una labor crítica, en la que se han destacado los rasgos, ventajas o inconvenientes del sistema, hemos llegado a la consideración final.

En cuanto a las fuentes utilizadas para desarrollar nuestra labor, hemos de decir que, las dificultades han sido grandes.

En primer lugar, no siempre ha sido fácil encontrar los textos legales, en su versión original, y así, a veces, hemos tenido

que manejar conceptos de segunda mano, recogidos en obras puramente doctrinales, lo que nos ha obligado, como principio general, a no entrecomillar el lenguaje legal.

En segundo lugar, aparte de los Códigos Civiles, casi todos editados, al menos, por el Instituto de Cultura Hispánica, los textos legales de carácter procesal y las leyes especiales, no se encuentran, en gran parte, en nuestras bibliotecas.

La bibliografía doctrinal, es enormemente desigual, pues, utilizando solo citas de primera mano, en algunos países, ha resultado póbrrísima. Lo que se compensa por la abundancia de textos existentes, respecto a otros.

Y últimamente, queremos hacer algunas observaciones, respecto a nuestro trabajo.

Considerando que la mayor parte de los países iberoamericanos, aceptan la institución del divorcio absoluto y que se parte de la idea de que tal divorcio es posible porque el matrimonio es un contrato puramente civil, hemos aludido, en muchos casos, y en la introducción de la primera parte también, a los problemas que presentan --

los diferentes sistemas matrimoniales, trayendo, frecuentemente, a nuestro trabajo, los textos legales que regulan esta institución.

Existen ciertos países iberoamericanos, concretamente cinco, que desconocen la institución del divorcio como medio de disolución del vínculo matrimonial. Hubieramos podido prescindir del estudio de los mismos, ya que si la institución no existe, huelga hablar del sistema procesal o, exactamente, del sistema de competencia de los tribunales de un país que no tiene, en su regulación legal, tal institución.

Pero hemos creído conveniente, no obstante, exponer la forma y modo como se manifiesta su sistema jurídico en la cuestión, pues la justificación, a veces, es distinta y varía, por tanto, el fundamento jurídico. Aparte que, exponer ciertas nociones jurisdiccionales de estos países, nos ha dado pie para estudiar el problema más importante que el divorcio plantea a los mismos; el del valor de las sentencias extranjeras cuando tratan de ser reconocidas y producir sus efectos principales o secundarios en estas naciones.

Generalmente, hemos destacado, también, los textos legales y las interpretaciones jurisprudenciales de lo que se entiende por do

micilio, ya que, en base al mismo, es como actua, por regla general, - la jurisdicción, y especialmente, la competencia, de los tribunales y jueces de estos países.

Cuando se ha tratado de ver como se comportaban los Textos Convencionales, en cada país, solamente hemos destacado las particularidades, remitiendo implícita o explícitamente a la exposición general de los mismos, hecha con anterioridad a la de los diferentes sistemas nacionales.

Finalmente y con la pretensión de dar una visión lo más clara posible, de estos sistemas en materia de divorcio, hemos ido haciendo alusión a ciertas premisas fundamentales de la normatividad iberoamericana, como son la igualdad jurídica, de principio, entre nacionales y extranjeros, la equiparación general entre los sexos y particular entre los cónyuges, en el orden jurídico, y la territorialidad que, en muchos casos, produce consecuencias perturbadoras, tan perturbadoras, como las escasas aplicaciones de la ley nacional.

PRIMERA PARTE

CONSIDERACIONES GENERALES

Capítulo I

NOCIONES CONCEPTUALES Y METODOLOGICAS

SUMARIO

Sección I.- Presupuestos gundamentales.- A) Presupuestos procesales.- 1. En general.- 2. Sobre el divorcio.- B) Presupuestos materiales (Derecho civil).- 1. En general.- 2. Sobre divorcio.

Sección II.- El divorcio como "questio iuris" de derecho internacional privado.- 1. Planteamiento.- 2. Problemática general.

Sección III.- Problemática conflictual.- A) Conflictos de jurisdicciones.- 1. En general.- 2. Sobre divorcio. B) Conflictos de leyes.- 1. En general.- 2. Sobre divorcio.

Capitulo I

NOCIONES CONCEPTUALES Y METODOLOGICAS

El tratamiento correcto del tema objeto del presente estudio, impone necesariamente ciertas puntualizaciones previas.

Por un lado, vienen estas determinadas por la dimensión interna de la materia; en este sentido, en cuanto institución de Derecho interno o estatal, el divorcio debe contemplarse en dos vertientes procesal y sustantiva; a precisar ambas, se dedica la Sección I de este Capítulo.

Pero, por definición, la problemática del divorcio que estudiamos, surge precisamente al internacionalizarse aquél; así, al convertirse en cuestión plurinacional, el divorcio se constituye en "questio iuris" de Derecho internacional privado; la Sección II de este Capítulo, esbozará esta dimensión internacional del tema, en su proceso formativo.

Por otro lado, y como consecuencia de esta internacionalización, el divorcio, en su dimensión internacional, suscita una amplia serie de cuestiones, encajables en dos grandes rúbricas: la primera,-

referente a los conflictos de jurisdicciones, nos importa fundamentalmente porque en ella queda localizado específicamente el objeto de nuestra tesis; la segunda, relativa a los conflictos de leyes, nos es necesaria para completar y vestir a aquél. La Sección III del presente Capítulo, tratará de dar una visión sintética de una y otra especie conflictual.

Sección I

Presupuestos fundamentales

Λ) Presupuestos procesales

1.- E n g e n e r a l.

El Estado reglamenta la conducta de los individuos a través de unas normas que determinan sus derechos y obligaciones y que - constituyen la ley sustantiva o material, en sentido estricto.

Pero, para hacer respetar estas normas materiales, dicta otras normas complementarias con las que se da eficacia a la ley y se protege el derecho concreto del particular, las cuales son normas adjetivas o formales, también en sentido estricto.

Así, el Estado cubre una función legislativa y otra de carácter judicial.

Como concisamente señala GUASP, "el proceso.....de un lado sirve al Derecho en cuanto contribuye a realizar las finalidades - que el ordenamiento jurídico, genéricamente considerado, se propone;- de otro lado es servido por el Derecho en cuanto que el ordenamiento

jurídico regula los problemas a que la existencia del proceso da lugar" (1)

Una de las manifestaciones de la función jurisdiccional, es la civil, por medio de la cual, el Estado "protege el orden jurídico privado, definiendo en cada caso el derecho de los particulares" - (2). Así, traduce en una voluntad concreta, la voluntad abstracta de la ley, siendo así el proceso, una construcción de carácter secundario (3).

Esta función jurisdiccional civil, puede organizarse de diferentes maneras, y según la forma y rasgos de tal organización, aparecen distintos sistemas o tipos de proceso civil con sus características propias que, sumariamente, vamos a ver, haciendo con ello un ligero estudio de Derecho comparado procesal civil.

(1).- GUASP, H.: Derecho Procesal Civil, 2ª Ed., Madrid, 1961, p.31

(2).- PRIETO-CASTRO, L.: Manual de Derecho Procesal Civil, Madrid, 1959, T.I., p.1.

(3).- Sobre carácter y naturaleza del proceso: V.: PLAZA, M.: Derecho Procesal civil español, Madrid, 1942, V.I., p.8 ys; G-ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V.: Derecho procesal, Madrid, 1946, V.I., p.1.

Prescindiendo de los tres tipos históricos de proceso civil (el romano, el germánico y el romano-canónico), en la actualidad podemos distinguir los siguientes sistemas:

Primero: el romano: Podemos considerar como proceso tipo al italiano que se caracteriza por la distinción de dos fases en el - proceso, la primera de instrucción y la segunda de decisión; junto al proceso común, aparecen otros procesos de tipo especial, para dar agi lidad a la actuación judicial; tiene un claro sentido publicístico y en él se equilibran los principios inquisitivo y dispositivo. En este grupo, hay que incluir al sistema francés, aunque advirtiendo que tie ne claras y decididas influencias germánicas; busca la sencillez, es predominantemente oral y sin sujetarse a etapas preclusivas, da cada vez mayor intervención al juez. Este sistema se ha seguido también - por Bélgica, Holanda, Grecia y otros países.

Segundo: el germánico: Conserva algunas de las caracterís ticas del Derecho antiguo, pero aparece hoy con caracteres propios; - podemos considerar como tipo, al sistema alemán que se distingue por la oralidad, publicidad, concentración y apartamiento de la preclusividad como regla; el juez tiene una gran intervención en el proceso y, para facilitar su función, se establecen procesos especiales y se da

celeridad a las actuaciones procesales. En este grupo, hay que incluir al sistema austriaco, aunque es más perfecto que el alemán, y lo siguen, en general, los países nórdicos, algunos centroeuropeos y el Japón fundamentalmente.

Tercero: Inglés: este sistema, como todo lo inglés, tiene un sello bien peculiar y se caracteriza porque la elaboración de las normas procesales, se hace por los propios tribunales que tienen facultades delegadas en este sentido; el proceso tiene una etapa preparatoria y otra principal, dominando el principio dispositivo y de impulso de las partes, aunque los poderes del juez son amplísimos ya que, buscando fundamentalmente la verdad, es preciso que tenga gran comunicación con las partes.

Cuarto: español: La actual legislación sobre procedimiento civil en España (Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de Febrero de 1881) se caracteriza por recoger, a través de la Ley de 1855, toda la lenta pesadez del antiguo proceso español, formado por apartaciones romanas y germanas, reelaboradas con incidencias de los procedimientos canónicos; los poderes del juez son amplios, en detrimento de las partes; junto al proceso común, en sus varios tipos, aparecen numerosos procesos especiales, siendo, en general, morosa la tramitación. - en este sistema, hay que incluir, salvo contadas excepciones, a los -

países iberoamericanos inspirados en la Ley española vigente y algunos en la anterior de 1855 (4).

2.- Sobre el divorcio.

En el orden procesal interno, las legislaciones de los diferentes países, al regular el proceso sobre divorcio, adoptan uno de estos dos sistemas (si exceptuamos, por lo esporádico de su manifestación, algunas normas que establecen divorcios administrativos o de otro tipo, pero sin carácter judicial).

Primero: Procedimiento común: En muchos países, no se ha establecido un proceso especial para tramitar el divorcio, sino que se aplican las reglas generales del procedimiento común, o, en caso de haber varios procedimientos comunes, las reglas de uno de ellos, que no siempre es el de mas envergadura o el que más garantías ofrece.

Segundo: Procedimiento especial: En otros países, se han dictado normas concretas para el proceso de divorcio y se ha convertido, la tramitación de este, en un juicio especial con características propias y que se adapta mejor a la naturaleza especialísima de este -

(4).- PRIETO-CASTRO, L.: ob.cit., p.44 y s.; PLAZA, M. de la: ob.cit. p.51 y s.

tipo de acción.

Pero, de una o de otra forma, las leyes procesales de cada país, se han mantenido fieles, como no era menos de esperar, a los caracteres peculiares de toda su organización y dinámica procesal, con lo cual hacemos una implícita remisión a los sistemas procesales generales que acabamos de exponer.

Esto, claro está, se refiere a los países que admiten la institución del divorcio absoluto, divorcio vincular o divorcio en - sentido estricto, puesto que los países que desconocen la institución, como forma de disolver el vínculo matrimonial, se abstienen de dar reglas procesales para la aplicación de unas normas materiales que no - existen.

Y en tales países, cuando se habla de procedimiento para el divorcio, se entiende que se trata del divorcio no vincular o simple separación de los esposos que es como, con propiedad, debería decirse siempre.

B) Presupuestos materiales (Derecho civil).

1.- E n g e n e r a l .

Siguiendo la ya tradicional clasificación del Derecho civil, de Savigny, el divorcio queda encuadrado dentro del Derecho matrimonial, y éste, a su vez, en el Derecho de Familia, una de las grandes divisiones del Derecho civil, del sabio jurista alemán.

En el matrimonio, aparecen como contrapuestas, la celebración del mismo (con sus requisitos de fondo y de forma) y su disolución (en sentido exacto, muerte, nulidad y divorcio, y como situación intermedia de cesación de la vida conyugal, la simple separación).

La familia, dice DE DIEGO, "es otra de las instituciones que originariamente no pertenecen al Derecho; este no hace más que regularla. Ella, en sí, es una institución social sustantiva, objeto de estudio para el moralista, para el sociólogo, para el político, para el historiador" (5).

El matrimonio es el origen y la base de la familia. Sí, - prescindiendo de otras consideraciones, observamos su proceso histórico, nos encontramos con una primera época de la cual no se tienen noticias ciertas y que se presta a las divagaciones de los investigadores;

(5).- DE DIEGO, C.: Instituciones de Derecho civil español, Madrid, - 1930, T.II, p.338.

pero entre los hebreos y egipcios, entre los indios y chinos, ya aparece el matrimonio como una institución perfectamente reglamentada, - aunque de una indudable variedad. Entre los griegos y romanos, también se muestra ya, el matrimonio, con rasgos claros y perfiles definidos. Posteriormente, el matrimonio cristiano, al tiempo que se va configurando a si mismo, se va extendiendo sobre el mundo conocido, ya convertido en sacramento y con las implicaciones que esta naturaleza lleva consigo. Mas tarde aún, más cerca a nosotros, el Estado moderno, sobre todo a partir de la Revolución francesa (aunque ya antes habia - precedentes), establece el matrimonio civil, dándole carácter de contrato, forma ésta que, con carácter más o menos imperativo, se ha extendido a casi todos los paises, no sin que algunos mantengan la forma religiosa, a la que reconocen efectos civiles.

Para la celebración del matrimonio, todas las legislaciones exigen unos requisitos de fondo y la observancia de una forma.

En cuanto a los requisitos de fondo, hay unos que, unánimemente, son considerados como tales: la capacidad (que resulta de la inexistencia de impedimentos) y el consentimiento (que es válido cuando no existen vicios en la formación y declaración de la voluntad). - Hay otros que son discutidos y se pueden estimar de este género: la -

exigencia de una documentación previa o lo que en algunas legislaciones se llama certificación antenupcial (que aparece como una garantía de que se han cumplido los requisitos que la ley respectiva exige necesariamente para contraer el matrimonio), la publicación de proclamas (que si bien es de naturaleza discutida, es considerada mayoritariamente como requisito de fondo), y la licencia de terceras personas que exigen ciertas legislaciones (requisito de naturaleza dudosa, aunque más bien es considerado como de forma, sobre todo entre los anglosajones).

PHILLIMORE (6) hace una clasificación de las legislaciones por la forma de tratar estos requisitos que, en definitiva, queda reducida a la posición del Derecho canónico, a la de los llamados sistemas continentales y a los comprendidos bajo la amplia denominación de sistemas anglosajones.

Se consideran requisitos de forma, por exclusión, todos los demás y, especialmente, la propia ceremonia de celebración, los esponsales y la inscripción posterior en el correspondiente Registro.

(6).- PHILLIMORE, G.G.: The Comparative Law of Marriage and Divorce, London, 1910, p.76 y s.

La disolución del matrimonio se verifica, desde luego, con la muerte de uno de los cónyuges, también por decreto de nulidad cuando algún requisito de fondo o de forma, de carácter capital, no ha sido debidamente observado, y, en la mayoría de las legislaciones, a través de la oportuna sentencia de divorcio, mediante el correspondiente procedimiento, normalmente, judicial. Hay una situación intermedia en la cual el matrimonio no se disuelve, pero cesan parte de sus efectos y es aquella a que da lugar la separación de los cónyuges, también, normalmente, mediante sentencia judicial.

Pero el punto clave y donde las distintas legislaciones no se ponen de acuerdo, por responder a diferentes concepciones, es el de los sistemas para la celebración del matrimonio. De manera muy resumida, podemos distinguir los siguientes:

Primero: Matrimonio como acto privado: Según este sistema no es necesaria la intervención de persona alguna, ni la observancia de acto alguno solemne o ritual, bastando con una conclusión puramente consensual. Este sistema matrimonial, subsiste en Escocia (7) donde, al lado de los matrimonios regulares y clandestinos, ambos con una forma precisa y el primero pública, hay tres tipos de matrimonios

(7).- PHILLIMORE, G.G.: ob.cit., p.147 y s.

irregulares, en que el acto de la celebración, es privado ("marriage per verba de praesenti", "marriage by promise subseguente copula" y "marriage by cohabitation and habite and repute"). También hay atisbos de esta forma de celebración en ciertos Estados de los de América del Norte (Maruland, Pennsylvania, South Carolina), en los cuales, la intervención judicial, religiosa o administrativa, no aparece como necesaria.

Segundo: Matrimonio como acto solemne civil obligatorio:- Se exige la observancia de esta forma civil para que el matrimonio - surta efecto legalmente. Es la forma más extendida y en casi todos - los países europeos y americanos, la única manera de celebrar un ma- trimonio válido ante los ojos del Estado. Tiene, esta exigencia de - forma, su origen en el Derecho canónico que, como reacción al anterior estado de cosas, la exigió e impuso como esencial para la validez del matrimonio, forma que debía ir precedida de la publicación de procla- mas y de otros previos requisitos.

Tercero: Matrimonio con forma civil como principal, aunque admitiendo una forma religiosa que puede ser elegida libremente por - los contrayentes y que produce, con unos u otros requisitos, los mis- mos efectos civiles: Este sistema se llama comunmente, de libre elec-

ción y está vigente en Inglaterra que reconoce una gran variedad de autoridades ante las cuales puede contraerse el matrimonio. También, en general, está vigente en los países de la Commonwealth, en casi todos los Estados de América del Norte, en Portugal (donde la elección de matrimonio religioso o civil es libre, pero lleva consigo un distinto régimen jurídico), en Suecia y en otros países.

Cuarto: Matrimonio con forma religiosa preponderante, pero dejando subsistente una forma civil para los que no profesan la religión preponderante u oficial en el país: Este es el sistema español que, en el art. 42 del Código Civil, reconoce dos clases de matrimonios, el canónico (que habrá de celebrarse cuando uno al menos de los contrayentes profese la religión católica) y el civil (forma a la que se recurrirá cuando se pruebe que ninguno de los contrayentes profesa la religión católica). Lo normal es la celebración con arreglo a la forma canónica, y solo en los casos excepcionales en que los contrayentes quieran observar exclusivamente la forma civil, se puede recurrir a los procedimientos que las disposiciones reglamentarias establecen (8).

(8).- No entramos en el estudio del régimen jurídico matrimonial español que, desvirtuaría sin duda, la limitación del tema.

Quinto: Matrimonio con forma exclusivamente religiosa: Es un sistema puramente empírico que, algunos autores, recogen y que, como dice CASTAN (9) solo rige en la Ciudad del Vaticano y en los países influidos por la Iglesia griega.

2.- Sobre el divorcio.

Desde siempre se ha presentado, esta materia, obscurecida por una maraña de expresiones que, unas veces con la misma denominación significan cosas distintas, y otras, con distintas expresiones se refieren a los mismos conceptos.

El origen de esta confusión terminológica, no radica en la pura materia que tratamos, sino que proviene de la ambigüedad con que los mismos términos son utilizados en otras ramas del Derecho civil, como ocurre, por ejemplo, cuando del negocio jurídico, en general, se trata. Ya, hablando de la nulidad, apunta RUGGIERO que "en esta materia, de por sí árdua, las dificultades aumentan por la variedad de expresiones por los autores empleadas y la distinta significa-

(9).- CASTAN, J.: Derecho civil español común y foral, 7ª ed., TV, V.I. p.13 y s.

ción que cada uno atribuye a los términos" (10). Y el mismo VERPLAETSE considera que "no falta una zona de confusión, porque no se distingue siempre entre la nulidad y la anulación, ni, a veces, entre la nulidad y el divorcio" (11). Por ello, se hace preciso deslindar los términos, siquiera sea brevemente.

La anulación es la destrucción de un vínculo conyugal que solo aparentemente ha existido, porque, en realidad, adolecía de una imperfección. Esta puede resultar, de la inexistencia de un impedimento dirimente, de un vicio del consentimiento o de una inobservancia fundamental de forma, existentes en el momento de la celebración, pero nunca sobrevenidas posteriormente. El vínculo conyugal queda suprimido como si nunca hubiera existido. En este sentido, inexistencia y nulidad de pleno derecho, son conceptos equivalentes. Pero es que, algunos autores, complican más el problema, al distinguir entre el matrimonio nulo de pleno derecho y el matrimonio anulable. De entre las muchas diferencias que se buscan entre ambos términos para dar a cada uno contenido jurídico propio, no es la más descaminada la que sostiene que el matrimonio nulo, lo es "ab initio" por algún defecto en su constitución y la declaración de tal nulidad tiene efecto retroactivo,

(10).- RUGGIERO, R.: Instituciones de Derecho civil. Trad. de la 4ª ed. italiana, Madrid, 1944, T.II,V,IIp.308.

(11).- VERPLAETSE, J.G.: Derecho Internacional Privado, Madrid 1.954,- p,395.

mientras que el matrimonio anulable, lo es por una causa también originaria, pero su declaración no produce efectos retroactivos. Quizás sea esto un expediente para dulcificar la condición de los hijos inocentes, haciendo que, a través de una herejía jurídica, se produzca un resultado moral. Lo cierto es que, en general, y prescindiendo de la terminología, sobre la cual ni los autores de una misma nacionalidad se ponen de acuerdo, podemos englobar, bajo la denominación genérica de nulidad, todos los casos de matrimonios cuyo vínculo se declara no haber existido, con o sin efectos retroactivos, por concurrencia de una causa originaria.

Frente a este concepto, aparece el del divorcio, divorcio vincular o divorcio en sentido estricto, pues como dice DE DIEGO, "sue le distinguirse el divorcio pleno o perfecto que disuelve el vínculo matrimonial y por eso se llama "quod ad vinculum" (separación vincular) y el menos pleno o imperfecto, que lleva consigo tan solo la suspensión de la vida común manifestada en la comunidad de lecho y mesa, y por eso se llama "quod thorum et cohabitationem" (12). El divorcio perfecto o divorcio en sentido estricto, se caracteriza porque disuelve el matrimonio de un modo absoluto, rompe el vínculo matrimonial, -

(12).- DE DIEGO, C.: ob.cit., II,p.468.

pero siempre por una causa sobrevenida después de la celebración, mediante el ejercicio de una acción judicial y siempre sin efectos retroactivos, de tal forma que los cónyuges divorciados pueden, si lo desean, pasar a posteriores nupcias." Hoy hay tendencia a aplicar la palabra divorcio unicamente a la institución que lleva consigo la ruptura del vínculo" (13).

Por fin, y como concepto distinto de los anteriores, y, - si cabe, frente a ellos (ya que en él se mantiene el vínculo conyugal) aparece la suspensión temporal o permanente de la vida matrimonial, - la llamada, comúnmente, separación que, manteniendo el vínculo, deja sin efecto parte de sus consecuencias, manteniendo otras. La diferencia fundamental con las anteriores situaciones, es que los cónyuges - no readquieren su capacidad nupcial. Las causas que dan lugar a esta situación, son también sobrevenidas, como en el divorcio, pero se estiman como de menos significación e importancia. Son bastante importantes para hacer cesar la vida en común, pero no llegan a tener virtualidad para romper el vínculo. Pero, como veremos después, en muchos - casos, las causas que dan lugar al divorcio o a la separación, son - las mismas, y aún, a veces, en ciertas legislaciones, se estiman como causas de divorcio, las que en otras no pueden, siquiera, dar lugar - a una mera separación.

(13).- CASTAN, J: ob.cit., T.V, V.I., p.459.

Deslindados los conceptos, desde ahora y siempre, que, en este estudio, nos refiramos al divorcio, se entiende que lo hacemos - al divorcio vincular o absoluto. La cuestión de la calificación, es - decir, lo que se entiende por divorcio en las distintas legislaciones, no se presenta en nuestra materia, y así, la problemática que creó - Kahn en 1891 (igualdad de palabras empleadas en distintas normas y que no querían significar lo mismo), no es, tratándose de divorcio, un es collo. Por divorcio, se entiende, normalmente, el divorcio vincular.

Históricamente, el divorcio es una institución conocida - desde los tiempos más antiguos de que se tiene noticia, en los dife-
rentes pueblos y a través de diferentes formas.

En el pueblo hebrero, en los tiempos precristianos, el di vorcio, era una institución admitida bajo la forma de libelo de repu-
dio y establecido únicamente en favor del varón, ya que la mujer no -
podía repudiar a su marido.

En Grecia, en ciertos casos y con determinadas condiciones el derecho de repudio estaba admitido según una ley de Solón, solo que, más humanamente que entre los hebreros, este derecho lo tenían ambos cónyuges.

En Roma, el derecho de divorcio va variando con el transcurso del tiempo. Siendo el matrimonio una institución basada en el mutuo consentimiento, hay que llegar a la conclusión de que también, por mutuo consentimiento, debe poder disolverse. Parece que, el divorcio, fué admitido legalmente desde el origen de Roma (14), y, según Cicerón, ya lo regulaban las XII Tablas. Considerado el divorcio como una cesación de hecho de la relación conyugal, la pérdida de la simple "affectio maritalis" era causa suficiente para dar lugar al divorcio (15). Al principio de Roma, esto "era una válvula de seguridad de la relación conyugal con la que se lograba mantener elevado el concepto de la institución familiar por la pronta eliminación de los matrimonios mal avenidos" (16). Mientras las costumbres fueron severas, solo se recurrió al divorcio por motivos graves y la institución cumplió sus fines. Posteriormente, los casos de divorcio fueron aumentando hasta que, al final de la República, se tuvo que acudir a poner trabas a aquella facultad. En el Bajo Imperio, Augusto, por la Lex Julia de adulteris, precisó la forma en que había de manifestarse la voluntad de divorcio. Pero son los Emperadores cristianos, los que, bajo -

(14).- PETIT, E.: Tratado elemental de D. romano, Madrid, 1940, p.119.

(15).- PACCHIONI, J.: Manual de Derecho romano, Valladolid, 1942, p.204.

(16).- PACCHIONI, J.: ob.cit., p.205.

la influencia moralizadora de la nueva religión, ponen freno y reglamentan los divorcios, aunque sin llegar a prohibirlos por ser institución muy arraigada en el pueblo romano, Sin embargo, es lo cierto que, a pesar de las restricciones impuestas, las leyes y costumbres siguieron reconociendo el divorcio. Justiniano que, hacia el final de su reinado, prohibió el divorcio por mutuo disenso, tuvo que revocar esta disposición, dada la reacción contraria. Y así continuó la institución del divorcio, hasta que, el Cristianismo, por fin, impuso el concepto del matrimonio indisoluble.(17).

Posteriormente, en la larga noche medieval, el Derecho canónico, se va imponiendo paulatinamente, acabando por implantar el principio de la indisolubilidad matrimonial y reservándose para si, la jurisdicción sobre todas estas materias y las matrimoniales, en general.

En los tiempos modernos, los Estados, reaccionando contra lo que consideran intervención de la Iglesia en materia civil, paralelamente a la instauración del matrimonio civil y, como una consecuencia del carácter de contrato que se reconoce a éste, abren las puertas a la institución del divorcio que es aceptado por la casi totalidad de las legislaciones actuales.

(17).- PACCHIONI, J.: ob.cit., p.206.

Una amplia polémica, se ha producido, desde hace mucho — tiempo, en torno al divorcio. Fundamentalmente, las posturas, son dos:

Primera: Defensores del divorcio: Normalmente se alegan — fundamentos de carácter moral, social, lógico y político. Se parte — siempre, como no era menos de esperar, de la consideración de que el divorcio es la consecuencia de un contrato, el matrimonio, y que, una vez desaparecidas las condiciones que dieron lugar al mismo, hay que entender que el contrato matrimonial no puede continuar subsistiendo. Otras razones de carácter moral principalmente, se esgrimen en favor del divorcio. En ciertos casos (adulterio, condena, etc.) se justifica por el principio de que, determinadas causas, son tan graves que — atentan al orden de la familia, a la paz del hogar y a la felicidad — de los cónyuges y es mejor el divorcio, que el mantenimiento de una — situación injustificada. Se alega también que, en el Derecho compara— do, la tendencia creciente es hacia la admisión del divorcio.

Segunda: Opuestos al divorcio: Normalmente, se encuentran entre los que rechazan la institución, los católicos, alegando razo— nes religiosas (matrimonio-sacramento), morales y sociales, en las — cuales entran en juego, no solo los derechos del cónyuge inocente de la situación creada, sino también la protección de los hijos. Otros —

autores, no católicos y que, por tanto, no acuden al argumento de la naturaleza sacramental del matrimonio, defienden la indisolubilidad del vínculo matrimonial por razones de índole práctica, entendiéndose que, abierta la espita del divorcio, desaparecería la estabilidad de la institución familiar, fundamento de la sociedad y base del Estado.

La tendencia actual es, indudablemente, favorable a la admisión de la institución y basta hacer un recuento de las legislaciones que reconocen o rechazan el divorcio, para observar este fenómeno. Escasamente, algo más de media docena de países son opuestos y no admiten esta forma de disolver el vínculo matrimonial. En los países del campo occidental, se suele admitir el divorcio, como veremos después, usualmente, con alegación de causa, pero, en algunos casos, por mutuo disenso. Los países del área socialista, aceptan, en general, la institución, aunque exigiendo alegación de causa. También la suelen aceptar, los nuevos países del tercer mundo, el Derecho musulmán mediante el repudio, la India (aún por costumbre en muchas localidades) y el Japón.

Los sistemas actuales sobre divorcio son tan variados que se hace preciso llegar a una clasificación de los mismos, para poder abarcar esta floreciente diversidad legislativa.

En primer lugar hay que partir de dos grandes grupos, según se trate de sistemas que rechazan o que admiten la institución.

Primero: Sistemas contrarios al divorcio: En estos sistemas, el divorcio es una institución desconocida, o bien porque el Estado, confesionalmente católico, al adoptar la legislación canónica, llega a este resultado, o bien porque, sin ser, el Estado, oficialmente católico, su legislación civil se haya inspirado en estos principios, llegándose a la misma solución. Ejemplo de lo primero, es España; de los segundos, Argentina. En este grupo de países que desconocen el divorcio, hay que incluir, además de los dos ya mencionados, - Italia fundamentalmente, y Brasil, Chile, Colombia y Paraguay.

España no admite el divorcio para el matrimonio canónico, ya que acepta la doctrina de la Iglesia (art. 75) que desconoce la institución (canon 1118); tampoco lo admite para el matrimonio civil, al que reconoce solamente la posibilidad de separación (art. 104 y s.)

Italia mantiene el principio de la prohibición absoluta - del divorcio y sus tribunales no pueden decretar este ni aún tratándose de súbditos extranjeros, cuya ley lo admita, por aplicación del principio del orden público (art. 12, disp. preliminar).

Argentina, salvo el escaso lapso de tiempo en que ha estado vigente la institución (y que veremos luego), considera que el matrimonio solo se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges (art. 212 del C. civil).

Chile tampoco admite el divorcio, advirtiendo que, éste, sólo suspende la vida en común de los cónyuges (art. 19 de la Ley de 1884).

Brasil tiene declarado que la familia está constituida sobre el matrimonio de vínculo indisoluble (art. 163 de la Constitución Federal).

Paraguay tampoco lo admite (reproduciendo en su Ley de Matrimonio civil, la legislación argentina).

Colombia establece que el divorcio no disuelve el matrimonio, aunque suspende la vida común de los cónyuges (art. 153 del Código Civil).

Segundo: Sistemas favorables al divorcio: Hay que distinguir dos posiciones:

Primera: Legislaciones que distinguen entre quienes celebran el matrimonio canónico y quienes celebran el civil, rechazando -

el divorcio para los primeros y aceptándolo para los últimos. Entre los países que aceptan este sistema, los hay que obligan a los católicos a celebrar el matrimonio canónico, y por tanto, no les conceden el divorcio, y otros, que dejan en libertad a los contrayentes para elegir una u otra forma matrimonial, aunque de su elección depende que, posteriormente, tengan o no acceso al divorcio. En este grupo hay que considerar Portugal y a Austria principalmente.

Portugal reconoce el divorcio, el cual produce los mismos efectos que la disolución del matrimonio por muerte de uno de los cónyuges, y puede ser solicitado por uno solo de ellos, en cuyo caso se llama litigioso, o por los dos, en cuyo caso se denomina por mutuo consentimiento. Las causas para solicitar el primero, son numerosas.- El segundo solo puede solicitarse por cónyuges que lleven casados más de dos años y tengan más de veinticinco de edad. Pero, a tenor del Concordato de 7 de mayo de 1.940, los cónyuges que contraigan el matrimonio canónico, se entiende que renuncian a la facultad civil de solicitar el divorcio y los tribunales civiles no lo aplicarán al mismo.

En Austria, para los matrimonios de católicos, o en que, uno al menos, de los cónyuges, es católico, el divorcio no está admi-

tido y solo se concede la separación. En cambio, los cónyuges no católicos pueden obtener el divorcio de acuerdo con la ley civil o con su confesión religiosa, mediante alegación de causa o por mutuo consentimiento.

Segunda: Legislaciones que admiten el divorcio sin distinción alguna, con independencia de la religión de los cónyuges. Hay, a su vez, tres maneras de admitir el divorcio.

La de los países que admiten el divorcio con alegación de causa, más o menos grave. Los países que entran en esta clase, consideran la institución como divorcio-sanción o como divorcio-remedio. - Fundamentalmente, se pueden incluir aquí, a Francia, Inglaterra y Alemania.

Francia introdujo el divorcio absoluto, por primera vez, en 1792, mediante alegación de incompatibilidad de humor o de carácter de los esposos; ambas causas fueron admitidas por el Código Civil; una Ley de 8 de mayo de 1816 abolió el divorcio; en 27 de Julio de 1884, fué restablecido, regulándose el procedimiento en 18 de abril de 1886.

En Inglaterra, el divorcio, por decisión judicial, fué admitido, en el orden civil, desde la Matrimonial Causes Act de 1857, -

siendo casi todas las causas de divorcio que pueden alegarse, o bien atentados contra la esencia del matrimonio, o bien delitos, o bien in moralidades manifiestas y graves.

El Alemania, el divorcio se admite en el Código civil de 1900, y en dos leyes, una de 1938 y otra de 1946. Las causas que pueden alegarse, son análogas a las que admite el Derecho inglés y responden al mismo concepto de sanción o de remedio.

La de los países que admiten el divorcio mediante alegación de causa, pero, junto a este tipo, reconocen también, el divorcio por mutuo consentimiento, sin necesidad, en este caso, de alegación de causa. Bélgica y muchos de los países iberoamericanos, que es tudiaremos después, admiten estos dos tipos de divorcio.

La de los países que admiten el divorcio por alegación de causa, mediante el mutuo consentimiento y además, por voluntad unilateral de uno de los cónyuges, sin necesidad de alegación de causa. Es te es el sistema que rige en Uruguay, aunque el tercer tipo de divorcio solo está reconocido en favor de la mujer. También era el sistema imperante en Rusia, antes de la reforma de 8 de julio de 1944, que lo abolió.

Sección II

El divorcio como "questio iuris" de Derecho internacional privado

1.- P l a n t e a m i e n t o .

Si ya, al hablar de los presupuestos fundamentales y sin salir del orden interno, hemos ido viendo la gran diversidad reinante en los conceptos y técnica, respecto a la institución del divorcio, - tanto en el orden procesal, como en el aspecto sustantivo, podemos, - fácilmente, comprender el choque, a veces insalvable, que sufren los distintos sistemas, cuando la problemática del divorcio se internacio naliza. Si las dificultades, en el orden interno, pueden ser remontadas, por la existencia de una voluntad soberana superior, no ocurre - lo mismo, cuando los sistemas, frecuentemente opuestos, entran en con tacto entre sí.

La internacionalización del divorcio, se produce cuando - en la relación matrimonial, que intenta disolverse, aparece un elemen to extranjero. Este elemento, no es necesario que sea personal, pues puede tener otra naturaleza distinta. Normalmente, los elementos ex-

tranjeros que provocan la conversión de lo que, pudiéramos llamar, un divorcio interno, en lo que, con cierta libertad, denominaríamos un divorcio internacional, son:

O bien un elemento personal. Aparece éste cuando en una relación matrimonial, para cuya disolución se interpone una demanda de divorcio, ante un determinado tribunal, uno de los cónyuges o ambos, tiene una nacionalidad, y a veces un domicilio, que no es el del tribunal o no se encuentra dentro del territorio de soberanía, respectivamente. Cuando lo que se toma en cuenta, para determinar la competencia judicial y la ley aplicable, es la nacionalidad, hay que considerar que es elemento extranjero, todo el que no es nacional. Cuando lo que se tiene en cuenta, a los mismos efectos, es el domicilio, el elemento extranjero aparece siempre que tal domicilio se encuentra más allá de las fronteras del país del tribunal que ostiende del divorcio.

O bien un elemento territorial. Se considera que hay un elemento extranjero de este tipo, cuando se tiene en cuenta, a efectos de competencia o de ley aplicable, el lugar donde se celebró el matrimonio o el lugar donde, en el momento de interponer la demanda, se encuentra instalado el domicilio conyugal.

El sistema interno, con este elemento extraño en su engraje, se perturba normalmente, y se ve en la necesidad de arbitrar soluciones que le resuelvan el problema. De muy variados tipos pueden ser éstas, pero, para decidirse por la más adecuada, hay que tener en cuenta los elementos de carácter general y los de tipo especial, sobre divorcio, que entran en juego, con lo cual damos el paso necesario para entrar en la problemática general de la institución.

2.- P r o b l e m á t i c a g e n e r a l .

Refiriéndose al tribunal competente para entender en los procedimientos de divorcio, dice acertadamente el Profesor AGUILAR - que "la solución de este punto no sería difícil de no mediar el problema confesional y el de los matrimonios mixtos" (18). Y es que, implícitamente, en esta frase, van incluidos todos los demás problemas, el orden público, los múltiples factores intervinientes, la complejidad de los elementos en liza.

(18).- AGUILAR NAVARRO, M.: Derecho Civil Internacional, Madrid, 1960 p.198.

El elemento confesional, más concretamente, el elemento católico, provoca cuestiones de amplia repercusión. Unas veces se derivan de la aceptación concreta, por parte del Estado, de la legislación eclesiástica. Otras, la legislación civil, recibe la influencia confesional, a través de la práctica o de la aceptación de la misma, por la gran mayoría de la población. Esta influencia, o aquella aceptación, se producen en sentido restrictivo, manteniendo la indisolubilidad del vínculo matrimonial y admitiendo solamente, los paliativos de la nulidad, escasamente concedida, y de la separación de los cónyuges que, en ningún caso, les permite pasar a posteriores nupcias. Este elemento confesional, con sus múltiples implicaciones, hace chocar a los sistemas donde se impone, con aquellos otros en que el Estado ha prescindido de los problemas de conciencia de sus súbditos, reconociendo el divorcio con efectos absolutos en el orden civil. Resulta, en definitiva, que chocan la concepción del matrimonio-sacramento con la del matrimonio-contrato, con la consecuencia de la indisolubilidad del vínculo en el primero y la disolubilidad del segundo mediante el divorcio.

Los matrimonios mixtos también plantean árdulos problemas, Se produce esta situación cuando los cónyuges, normalmente, tienen distinta nacionalidad. A veces, cuando tienen distinto domicilio. Y -

es que aquí, si cada uno de los cónyuges, legalmente, mantiene su propia nacionalidad, desaparece la posibilidad de recurrir a una ley familiar, a un elemento de unidad que facilitaría enormemente la tarea del juez. Si, por el hecho del matrimonio, como pasa todavía en muchas legislaciones, la mujer adquiere la nacionalidad del marido, es indudable que se elimina un problema. Con ello desaparece la posibilidad de que dos leyes distintas resulten aplicables y se evita la dificultad de buscar soluciones armónicas que, muchas veces, son irrealizables. Pero es que la tendencia actual, es la contraria. En los Estados modernos, la legislación va evolucionando, y justamente, en favor de la mujer, reconociéndole cada vez más derechos civiles, equiparándola jurídicamente al hombre y, en muchos casos, concediéndole posibilidades que se niegan al marido, para compensar su normal inferioridad física. Por esto, los problemas que plantean los matrimonios en que los cónyuges tienen distinta nacionalidad, van en aumento.

La actuación del orden público, unas veces bajo la capa — del orden público internacional, otras solamente con el traje del orden público interno y que, indefectiblemente, entra en juego, al menos teóricamente, en todos los casos de divorcio, contribuye a aumentar nuestra problemática. Unas veces, el orden público, se considera ajeno a la cuestión, no se considera afectado; otras veces, toma par-

te en la brega y, algunas, actua de forma tan exaltada que invade las jurisdicciones extrañas o ignora las leyes normalmente aplicables. - Así, por ~~esta~~ circunstancia, se produce frecuentemente la situación - de que la misma institución del divorcio, es reconocida en unos países a título de institución de orden público internacional, mientras que en otros, es desconocida, y este desconocimiento se mantiene también a título de orden público internacional. Esto da lugar a que las soluciones de los distintos tribunales, para el mismo caso, sean totalmente distintas. Y es que "en una materia, donde el orden público tiene un papel descollante, la determinación de la competencia jurisdiccional, entraña hondas consecuencias", como dice VERPLAETSE (19).- En la misma opinión abundan numerosos autores, lo cual responde a la realidad de que en estas materias, es donde más fuerte y constantemente, actua el orden público. CALANDRELLI reconoce igualmente "la estrecha vinculación que entre este concepto -el del orden público- y las instituciones del matrimonio y del divorcio existe" (20). Pero, prescindiendo de la problemática teórica que el orden público presenta en la materia de nuestro estudio, podemos resumir practicamente, con -

(19).- VERPLAETSE, J.G.: ob. cit., pa. 398.

(20).- CALANDRELLI, A.: Cuestiones de Derecho internacional privado - (El divorcio), Buenos Aires, 1923, p.29.

QUINTIN ALFONSIN: "ni el divorcio, ni la indisolubilidad del vínculo, son indefectiblemente instituciones de orden público internacional; - pero son tantos los Estados que así los consideran, que la imposición de la lex fori es prácticamente ineludible e impide cualquier intento de regular el divorcio por una ley que, desde el punto de vista de - las autoridades que dehen aplicarla, sea extranjera" (21).

El divorcio presenta numerosos problemas a consecuencia - de los factores múltiples que intervienen. Según la doctrina, en general, hay, al menos, los siguientes:

La admisión o no del divorcio, como institución. Este es un factor de orden sustantivo, que produce la inmediata repercusión - de la necesidad de arbitrar un procedimiento para llevarlo a efecto, o la contraria, de eximir a la legislación procesal de ocuparse del problema.

La determinación de la jurisdicción que es competente pa- ra entender en el procedimiento de divorcio, para admitir la demanda y seguir los trámites hasta dictar sentencia. Claro que nos referimos a lo que la doctrina llama jurisdicción regular, esto es, a la que se

(21).- ALFONSIN, Q.: Sistema de Derecho civil internacional, T.II.V.I. Montevideo, 1961, p.589.

determina correctamente, con validez en el orden internacional.

La determinación de la ley aplicable al fondo del divorcio, que, unas veces, puede ser la misma ley competencial, la *lex fori*, realizándose así la perfecta armonía entre ley que determina la competencia y ley aplicable al fondo del asunto, y otras puede tratarse de una ley distinta, en cuyo caso, el tribunal competente para entender en el divorcio, habrá de aplicar una ley extranjera en cuanto a la determinación de las causas alegadas y a la interpretación de las mismas, con lo que entrará en el juego, nuevamente, el orden público.

El problema de los efectos que produce el divorcio o consecuencias del mismo. Este punto tiene una fundamental importancia ya que, incluso entre países que admiten y reconocen la institución, los efectos de la sentencia pueden ser distintos. Es normal distinguir entre un efecto principal y unos efectos secundarios. El efecto principal es la readquisición de la capacidad matrimonial, la posibilidad que tienen los cónyuges divorciados de pasar a una nueva unión. El país que no admita este efecto del divorcio, no admite la institución, pues se trata de su característica fundamental. Se consideran como efectos secundarios los que se refieren a la situación de los hijos, a los derechos y obligaciones de los padres divorciados para con ellos, y todos los demás, de carácter patrimonial principalmente, que

quedan pendientes entre los propios cónyuges divorciados, los cuales se reducen, en unos países, a simple derecho a alimentos, y, en otros, llegan hasta la concesión de ciertos derechos sucesorios, incluso a pesar de la existencia de un posterior matrimonio de uno o de ambos cónyuges.

Finalmente aparece la cuestión del valor de las sentencias de divorcio, pronunciadas en un país, en el territorio soberano de otro. En este punto es donde más fuertemente interviene el orden público. Hay varios sistemas, tanto en el orden procesal (necesidad o no de exequatur), como en el orden sustantivo (reconocimiento solo de las sentencias declarativas o reconocimiento también de las que buscan determinada ejecución en el país, reconocimiento de todos los efectos de la sentencia o reconocimiento solamente de parte de los mismos).

La mútua incidencia entre jurisdicción y ley aplicable que, frecuentemente, determina la una a través de la otra, es otro de los problemas que se presentan en esta materia. A veces, la determinación de una competencia, lleva consigo la aplicación de la lex fori, al fondo de la cuestión. A veces, ocurre lo contrario.

Vemos pues, la complejidad de la materia que tratamos y es que en "pocas materias, en Derecho internacional privado, se levan

tan tantas controversias y pasiones, como en la de la disolución del vínculo conyugal.... pero pocas materias presentan un interés tan práctico como las de divorcio" (22).

-oOo-

(22).- BENJAMIN, P.: Le divorce, la séparation de corps et leurs effects en Droit International Privé Français et Anglais, Paris, 1.955,- p, 2.

Sección III

Problemática conflictual

A) Conflictos de jurisdicciones

1.- E n g e n e r a l.

Por principio, el Derecho procesal es de carácter público y tiene una neta proyección territorial. "El carácter público de la norma que regula la actividad de un organismo del Estado, determina que, ordinariamente, el régimen de los actos procesales, se someta al imperio de la ley nacional, en patente contraste con las normas de Derecho material, en que es posible la aplicación de una ley extranjera en el territorio del Estado que, en razón del asiento de la relación jurídica, lleva a cabo esa aplicación" (23). Pero, como con razón dice MIAJA, "más exactamente, puesto que el concepto de territorialidad es equívoco, en materia procesal es siempre aplicable la ley del foro" (24). Y añade PECOURT: "territorialidad, exclusividad y unilateralidad son, en definitiva, los tres caracteres fundamenta-

(23).- PLAZA, M. DE LA: ob. cit., p.30

(24).- MIAJA DE LA MUELA, A.: Derecho Internacional Privado, II, Madrid, 1963, 3ª ed., p.430.

les de las normas determinantes de la competencia judicial internacional" (25). La territorialidad, pues, es un concepto esencial del Derecho procesal.

La competencia judicial reviste, a veces, un carácter internacional, no a causa de las autoridades que la ejercen, sino a causa de las relaciones jurídicas que son objeto del litigio. La competencia de que tratamos aquí, no se refiere a *ratione materiae*, ni a *ratione personae*, sino a la actividad de la jurisdicción de los tribunales civiles en general. Y puede decirse que el orden público hace necesaria la intervención del juez de un país, incluso en los casos no previstos, si es indispensable para la protección de los intereses legítimos que tienen un cierto lazo con el país y que, de otra forma, no hubieran podido ser protegidos de forma adecuada y conveniente (26).

"Las normas de Derecho estatal externo que tienen, por su objeto, el carácter de normas de Derecho procesal civil, constituyen el Derecho procesal civil internacional", dice MORELLI (27). Y es que,

(25).- PECOURT, E.: La voluntad de las partes y su posible virtualidad en la determinación de la competencia judicial internacional, - R.E.D.I., XVII, nº 1, p.65.

(26).- FRAGISTAS: La compétence internationale en Droit privé, Recueil des Cours, Tom. 104, 1961, III, pgs. 165, 167 y 175.

(27).- MORELLI: Derecho Procesal civil internacional, Buenos Aires, - 1953, p.2.

todo conflicto de leyes materiales, lleva anejo un conflicto de leyes jurisdiccionales, y sería dejar coho al Derecho internacional privado amputarle este segundo problema.

Materia de este Derecho procesal civil internacional, es también la calificación de lo que son normas materiales y normas procesales, y la distinción de lo que es fondo y forma en una relación jurídica (28). Igualmente, entran en el marco de este Derecho, los problemas de valor y ejecución de sentencias extranjeras. En cambio, quedan excluidas las reglas procedimentales de los organismos judiciales internacionales.

La regla general es que, la competencia territorial, se determina por las normas procesales internas de cada tribunal y siempre a base de un punto de conexión, produciendo el resultado de una declaración de competencia o incompetencia, por parte del propio tribunal que decide.

De la existencia de distintos sistemas procesales internos, que ya hemos esbozado anteriormente, surgen, como es natural, distintos sistemas procesales conflictuales, distintos sistemas procesales de Derecho internacional privado. Y así, a cada Derecho procesal interno (con sus propias reglas de competencia para las cuestiones sin

(28).- FRAGISTAS: ob. cit., p.185.

elemento extranjero), corresponde un Derecho procesal internacional - (que tiene sus reglas peculiares para resolver las cuestiones en que aparece un elemento extranjero, o que aplica, por extensión, las reglas internas de competencia). "La norma procesal civil rige, en principio, en todo el territorio nacionaly no rige, también en principio, fuera del territorio nacional". (29).

En todos estos sistemas, hay que partir de la base de que "la competencia internacional de un Estado, puede, a sus propios ojos diferir de la jurisdicción interna; generalmente es más estrecha"(30)

Finalmente y antes de entrar en el estudio concreto de - los distintos sistemas, habrá que advertir, con BATIFFOL que "estas - disposiciones no constituyen reglas de conflicto de leyes, en el sentido de que ellas no determinan la ley que fija la competencia jurisdiccional, sino que la fijan ellas mismas; son, pues, reglas sustanciales" (31).

(29).- GUASP, J.: ob. cit., p.61.

(30).- DOVE, E.: Derecho Internacional, Barcelona, 1947, p.54

(31).- BATIFFOL, H.: Traité Elémentaire de Droit International Privé, Paris, 1959, p.749.

Si tenemos en cuenta las clasificaciones hechas por GUTTE
RIDGE (32) y por FRAGISTAS (33), aparece como más clara, la distinción
de los siguientes sistemas:

Primero: Sistema romano o latino: Es el que siguen, funda
mentalmente, Francia, Italia y Grecia. El nudo de la competencia, está
en el hecho, cuando de competencia internacional se trata, de que se
toma por base la nacionalidad del demandado. El art. 15 del Código ci
vil francés establece que un francés podrá comparecer ante un tribu—
nal francés, por obligaciones contraídas por él, en país extranjero,—
incluso con un extranjero. El Código civil italiano de 1940, en el -
único artículo que dedica a la competencia internacional, trata solo
de los procesos contra extranjeros, por lo que, ante el silencio de -
la ley respecto a los nacionales, se viene considerando, por los tri-
bunales italianos que ellos son competentes internacionalmente, siem-
pre que el demandado sea un súbdito italiano. En cuanto a Grecia, a -
pesar de que el nuevo Código civil de 1.940 y la Ley de Introducción

(32).- GUTTERIDGE, H.: Le conflit des lois de compétence judiciaire dans les actions personnelles, Recueil des Cours, 1933-III, V. 44, pgs, 111 y s.

(33).- FRAGISTAS: ob. cit., pgs. 205 y ss.

de 1.941, establece que los extranjeros están sometidos a la jurisdicción de los tribunales griegos y que pueden comparecer en justicia, - como demandantes o como demandados, se sigue aplicando la regla, que establecía el Código de Procedimiento de 1834, de que los tribunales griegos son competentes siempre que se intenta una demanda contra un griego. Este sistema, pues, basa la competencia en la conexión-nacionalidad.

Segundo: Sistema germánico: Se sigue, principalmente, en Alemania, Austria y Portugal. La regla general es que la competencia internacional, se determina por las mismas reglas que la competencia interna. La nacionalidad, por principio, no juega ningún papel, pero, a través de la aplicación de las reglas internas de competencia, se - llega, en muchos casos, a una verdadera discriminación. Es característico en Alemania, la existencia de criterios de competencia a base de conexiones reales, concretamente, a base del fuero del patrimonio, en cuya virtud, puede ser competente un tribunal alemán, aunque el demandado no esté domiciliado, si tiene bienes en el territorio del tribunal. En Austria, se sigue un sistema análogo al alemán, incluso con - esta especial competencia patrimonial. En Portugal, no existe el fuero del patrimonio, ni, en muchos casos, la existencia de un domicilio en el territorio del tribunal, bastando una simple residencia (34). -

(34).- TABORDA FERREIRA, V.: Sistema de Direito internacional privado segundo a ley e a jurisprudencia, Lisboa, 1957, p.150, y s.

Esto, es el sistema que llamariamos mixto, pues establece varias conxiones, de forma que se aplican unas u otras, sin que ninguna sea principal, o se acude a un criterio acumulativo.

Tercero: Sistema angloamericano: Principalmente se sigue en Inglaterra y en Estados Unidos. Los tribunales ingleses son competentes en los procesos intentados contra personas que, al empezar el procedimiento, se encuentren en territorio inglés, es decir, que se exige la sola presencia física del demandado, para poderle hacer la correspondiente notificación. Por tanto, como regla general, basta que el tribunal pueda ejercer, en el momento en que se interpone la acción, su poder sobre el demandado, salvo un determinado número de casos, en que, los tribunales ingleses, pueden asumir la jurisdicción sobre un demandado ausente, a base de otras conexiones. También se reconoce el acuerdo de las partes, sometiéndose a la competencia de un determinado tribunal (35). En Estados Unidos, el problema de la competencia, es muy complicado; existen los tribunales federales, cuya competencia se determina por el Derecho federal, y los tribunales estatales, que aplican sus propias reglas; se determina la competencia, en unos casos por la presencia física en el territorio del Tribunal, en otros, a base de la lex rei sitae y, finalmente, la noción de la nacio

(35).- WOLFF, M.: Derecho Internacional Privado, Barcelona, 1958, p.60

alidad también, en muchos casos, juega un importante papel (36). Este es el sistema que, en atención a ser la conexión a que más frecuentemente se recurre, podríamos denominar como de competencia basada en la conexión-residencia.

Cuarto: Sistema suizo: La competencia internacional (determina en la Constitución federal de 1874) se establece a base de que, para las reclamaciones personales, el deudor solvente que tiene su domicilio en Suiza, puede ser citado delante del juez de su domicilio y sus bienes no pueden, en consecuencia, ser embargados o secuestrados fuera del cantón donde esté domiciliado, en virtud de reclamaciones personales. Este sistema es el que, con toda propiedad, podemos llamar la competencia a base de la conexión-domicilio.

Quinto: Sistema español: Este sistema, de notable importancia para nuestro estudio, dada la incidencia que, como hemos anticipado ya, presenta sobre los sistemas procesales internacionales iberoamericanos, tiene, como características principales, las siguientes: en primer lugar, las normas que determinan la competencia interna, son aplicables para determinar la competencia en los casos en que aparezca un elemento extranjero (artículo 271 de la Ley Orgánica del

(36).- TUNC, A. y TUNC, S.: El Derecho de los Estados Unidos de América, México, 1957, pgs. 31 y ss. y 85 y ss.

Poder Judicial y art. 70 de la Ley de Enjuiciamiento Civil); en segundo lugar, la conexión a que normalmente se recurre en primer término, es el domicilio del demandado (art. 69 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), sustituido, en caso de falta de domicilio, por la residencia, y en su defecto, por el lugar donde se halle físicamente el demandado.- Prescindiendo de los problemas que presenta la interpretación de estas reglas, diremos, simplemente, que la competencia puede, on principio, ser prorrogada por sumisión expresa o tácita de las partes.

Aunque no encaja exactamente, en el contenido de nuestro trabajo, es necesario que esboce unas ideas sobre el problema del valor de las sentencias extranjeras, ya que consideramos, esta materia, como un complemento de la que estamos estudiando, con la cual tiene una íntima trabazón: "Este es un problema distinto, consistente en ver si los actos del proceso extranjero, producen efectos jurídicos para el ordenamiento del Estado y, en caso afirmativo, que efectos producen" (37). Es claro y salta a la vista que, un Estado, no puede determinar el valor que sus sentencias tienen en el extranjero, sino que es, cada país, el que determina el valor que, dentro de su territorio, tienen las sentencias provinientes de otro.

(37).- MORELLI, ob. cit., p.277

Podemos distinguir, los siguientes sistemas, en cuanto a este problema marginal: Primero: Sistema que niega toda clase de efectos a las sentencias extranjeras, lo cual puede hacer de dos formas: o bien negándole todos los efectos, en absoluto, por lo que ni puede ser alegada, ni se pueden obtener, en el país, los derechos que concede la misma, si no es acudiendo a una nueva litis; o bien, no reconociendo a la sentencia extranjera los efectos de cosa juzgada, pero reconociéndole efectos secundarios de facilitación de la litis, a la parte que ya, en el otro país, hubiere obtenido la sentencia: Segundo: - Sistema que atribuye efectos a la sentencia extranjera y la considera en su contenido, como cosa juzgada, lo que se puede hacer, también, a su vez, de dos maneras: otorgándole efectos a la sentencia extranjera a través de una comprobación judicial, de los requisitos de la misma; o reconociendo tales efectos de una forma automática, sin necesidad de procedimiento alguno, por el mero hecho de su existencia (38).

2.- Sobre el divorcio.

Sí, de los principios y sistemas sobre competencia internacional civil en general, pasamos al problema especial de la competen-

(38).- MORELLI: ob. cit., p.277

cia sobre divorcio, nos encontraremos con que, la enérgica actuación del orden público, unas veces directamente, y otras, a través de la ley aplicable, propende a complicar el problema.

"De todas las materias del Derecho civil, el divorcio es, probablemente, la que, en las relaciones internacionales, presenta más corrientemente dificultades delante de los tribunales" (39).

Dice WOLFF (40) que la competencia de un tribunal, no es requisito necesario para la eficacia del divorcio, ya que, si un tribunal no competente internacionalmente, pronuncia una sentencia de divorcio, jurídicamente válida (hay que entender que con competencia interna), el matrimonio quedará disuelto, por lo menos, en cuanto a los efectos de esta disolución en el Estado en que el divorcio ha sido pronunciado.

En realidad, aunque normalmente, siempre que se habla de divorcio, se piensa en el divorcio judicial, es lo cierto que hay otros procedimientos, también denominados de divorcio y, en los cuales

(39).- FRANCESKAKIS, PH.: Juris-Classeur de Droit International, Tom. IV, Fascículo 547-A, Paris.

(40).- WOLFF, M: ob, cit., p. 320.

no hay intervención de juez o tribunal alguno. El procedimiento judicial, sin embargo, es el más difundido y, en él, interviene siempre - un órgano judicial, no solo cuando hay contienda (mediante alegación de causa), sino también cuando no la hay (en los casos de mutuo disenso y de voluntad unilateral, sin alegación de causa) (4).

Existe también, un procedimiento administrativo, cuando - se realiza el divorcio, por mutuo consentimiento, ante el funcionario del Registro Civil (caso de Rusia antes de 1944), o por medio de una ley especial (caso de Irlanda o Canadá), o por concesión del Jefe del Estado (caso de Dinamarca o Noruega).

Hay igualmente, un procedimiento de divorcio religioso, - que puede manifestarse en múltiples formas, bien porque el Estado conceda jurisdicción a los tribunales eclesiásticos, o bien porque pueda efectuarse el divorcio sin intervención de extraños, o bien porque, - simplemente, se reconozcan efectos a la forma de divorcio religioso - (como en el Derecho jurídico).

También hay, por último, un procedimiento de divorcio como acto privado o por simple contrato entre los cónyuges, que no se - sujeta a formalidad alguna.

(41).- WOLFF, M: ob, cit., p.317; y ALFONSIN, Q:ob, cit., p. 566.

Y es que, como dice GRAULICH (42), no basta con reglamentar el hecho o la situación, sino que hay que plantearse el problema de la sanción de tal reglamentación, llegándose, con esto, al conflicto de jurisdicciones.

Y ahora, entramos, más detenidamente, en el estudio de los variados sistemas procesales conflictuales sobre divorcio. En el caso de que en el divorcio que se intenta, aparezca algún elemento extranjero, el primer paso que tiene que dar el tribunal, ante quien se plantea la acción, es el de determinar su propia competencia. Para ello, se siguen los siguientes criterios o sistemas:

Primero: Determinación de la competencia por medio de la conexión-nacionalidad. La competencia, para entender del divorcio, corresponde, según este sistema, a los tribunales nacionales de los cónyuges.

Esta solución se defiende sobre la base de que la administración de justicia, está organizada, en cada Estado, de acuerdo con la idiosincracia particular de sus nacionales; y se alega que tal administración de justicia "es un favor que el Estado ofrece a los parti

(42).- GRAULICH, P.: Principes de Droit International Privé, Paris, - 1961, p.179.

culares, solo a los nacionales, como súbditos del Estado y tienen -so lo ellos- el derecho de usarlo" (43).

Se ataca este sistema, fundándose en que las ideas que - acabamos de exponer, ya han sido superadas; en que supondría una done gación práctica de justicia, en muchos casos, ya que obligaría a des- plazamientos irrealizables; y en que, finalmente, esto se concede, en las legislaciones de muchos Estados, como una "facultad" para las na- cionales y no como una obligación, aparte de que, normálmente, ningún Estado -a sensu contrario- prohíbe a sus tribunales entender en los - pleitos de divorcio entre extranjeros.

Por otro lado, todavía podría emplearse esta conexión, si la nacionalidad de los cónyuges fuese común, pero no si fuera diferen te. En este supuesto (aparte de que podría ocurrir que el cónyuge que impone su nacionalidad, fuese apátrida o polipátrida), las soluciones son varias: competencia de los tribunales nacionales del marido, compe tencia de los tribunales nacionales de cualquiera de los cónyuges, com petencia del tribunal nacional del demandante, o del demandado. Todo e esto, sin contar con los problemas que presentan los cambios de nacio nalidad.

(43).- ALFONSIN, Q.: Ob. cit., p. 570.

Segundo: Determinación de la competencia por medio de la conexión-domicilio. La competencia para admitir la demanda y dictar la sentencia de divorcio, es de los tribunales del domicilio.

Dos cuestiones plantea este sistema: De que domicilio se trata y que razones hay para defender la solución.

En cuanto al primer problema; se dan las siguientes respuestas: competencia a través del domicilio del marido (lo cual significaría darle a este una prevalencia sobre la mujer que, en muchos casos, sería injusta y que, desde luego, estaría en oposición a las nuevas corrientes de equiparación jurídica entre los cónyuges y entre los sexos), competencia por el domicilio de cualquiera de los cónyuges (que permite comparecer, indistintamente, ante el juez del marido o ante el de la mujer), competencia por el domicilio del demandante (que permitiría, a cualquiera de los cónyuges, buscar el lugar más adecuado para que triunfe su pretensión), competencia por el domicilio del demandado (que permitiría evitar el divorcio, por parte de este demandado, por el solo hecho de trasladar su domicilio a un país no divorcista, o recurriendo a la ocultación de su domicilio), y, finalmente, determinación de la competencia con base en el domicilio conyugal (que es la solución más racional, cuando tal domicilio conyugal, se fija de común acuerdo, pero que nos conduce al injusto primer su-

puesto, cuando se entiendo que el domicilio conyugal es el domicilio del marido, o cuando es éste quien lo fija directa e independientemente).

Se defiende esta solución a base de entender que, en el domicilio actual del matrimonio, es donde normalmente se han producido los hechos causa del divorcio, y que las autoridades judiciales del mismo, son las más accesibles a los cónyuges.

En contra, podría decirse que, esta solución, se presta a frecuentes fraudes a la ley, ya que, normalmente, serán muchos los cambios de domicilio que no respondan a otra consideración que a la de la obtención del divorcio.

Tercero: Fijación de la competencia por medio de la conexión-residencia. Según este sistema, la competencia del tribunal, se determina por la simple residencia, es decir, por la simple presencia en el lugar, sin necesidad de concurrencia del ánimus que caracteriza al domicilio. Este sistema, en la práctica, se confunde con la aplicación de la jurisdicción territorial absoluta, por la cual, los tribunales, son competentes en relación a todos los que se encuentren, cualquiera que sea su situación jurídica, dentro del territorio jurisdiccional.

Los defensores de esta solución, lo hacen, en general, con

siderándola como subsidiaria de la solución domiciliar; en el caso de inexistencia de domicilio, o cuando entre varios domicilios legales, hay que elegir uno, la residencia real o actual, es decisiva.

El sistema entraña peligros y ningún país lo admite de modo absoluto, aunque en casos excepcionales (como el del domicilio de la mujer casada y abandonada, que se torna en residencia) puede aceptarse.

Para la determinación de la residencia que debe elegirse, se siguen los mismos criterios que cuando se trata del domicilio.

La única diferencia que hay entre la conexión-residencia y la conexión-ley territorial, es que la primera tiene un fundamento independiente y práctico, y la segunda es una consecuencia de la consideración del divorcio como institución de orden público internacional que, ni las disposiciones de otros países respecto a sus súbditos o domiciliados, pueden ignorar.

Cuarto: Competencia por la conexión-lugar de celebración del matrimonio. Aquí, la competencia correcta, es de los tribunales del país en el cual se contrajo el matrimonio.

Los argumentos favorables están fundados en la equiparación de la nulidad y el divorcio; y teniendo en cuenta, también, el -

principio de la aplicación de la ley fundamental de la relación matrimonial, que es ésta, del lugar de celebración.

Los argumentos en contra, son, en parte, los mismos que - atacan a la solución nacional y, en parte, otros originales, basados en la falta de una razón sólida que imponga esta solución.

Quinto: Competencia mediante la conexión-autonomía de la voluntad. Defiende, esta solución, que los cónyuges, pueden acudir a la jurisdicción que estimen oportuna, bien de mutuo acuerdo, bien por que uno de los cónyuges, demande al otro, ante un determinado tribunal, y, este otro, asienta expresa o tácitamente.

Se alega en favor de este sistema, que el divorcio es una cuestión privada que, los cónyuges, pueden resolver ante la jurisdicción que elijan.

De aquí mismo, surge el argumento contrario, pues si sostenemos que no se trata de una pura cuestión privada, el sistema se - hunde; además, esta solución, favorece enormemente el fraude a la ley.

Sexto: Competencia mediante conexiones acumuladas o alternativas. También se proponen sistemas, en los cuales, se aplican, acumulativamente, varias de las conexiones antes apuntadas, o en que se establece una conexión principal y otras subsidiarias.

De todos los sistemas expuestos, el que va ganando terreno, es el que establece la competencia a base del domicilio conyugal; y, para el caso de que los cónyuges tengan domicilios distintos, se suele acudir a la determinación de la competencia mediante el domicilio del cónyuge que solicita el divorcio (44).

Terminaremos esta exposición procesal, refiriéndonos al valor que las sentencias de divorcio, en especial, tienen fuera del país del tribunal que la dictó. Si antes, tratamos del valor de las sentencias en general, ahora nos concretamos solamente a las sentencias de divorcio.

En principio, se siguen los mismos cuatro sistemas generales. Pero los dos grupos principales y opuestos, son, fundamentalmente los constituidos por los países que admiten las sentencias de divorcio extranjeras y los que las rechazan.

Aquí precisamente, y es necesario hacerlo resaltar, interviene activamente el orden público, bien el interno de cada país, bien el llamado orden público internacional. Y actúa, en ciertos países, con tal dureza que, en muchas ocasiones, a pesar de que, según los Tratados, las sentencias de divorcio dictadas en un país contratante, deben surtir efectos en los demás, si el país, en que se pretende eje

cutar la sentencia, es antidiuorcista, acude al cómodo procedimiento del orden público, para privarlas de sus efectos. Y esto, por no referirnos sino a los divorcios de tipo judicial, pues, para los divorcios extrajudiciales, la incidencia del orden público es aún más estricta y crea una barrera insalvable.

B) Conflictos de leyes.

1.- E n g e n e r a l.

El matrimonio, cuando entra en contacto con el elemento internacional, es una de las instituciones del Derecho de familia que sufren más el impacto y provocan más problemas.

Como preámbulo al estudio de la ley aplicable al fondo del divorcio, vamos a presentar, en esquema y muy rápidamente, las distintas soluciones de ley aplicable al matrimonio.

Pero, antes, hemos de hacer constar dos principios: que las formas para contraer el matrimonio, son territoriales, de manera que, ninguna persona, puede contraer matrimonio en un país, si no se sujeta a la forma prescrita por sus leyes territoriales; y que, estas formas, tienen eficacia extraterritorial, en el sentido de que, un ma

matrimonio válidamente contraído en un país, es considerado matrimonio en los demás, salvo que contravenga al orden público interno o internacional.

Los sistemas, seguidos, se pueden clasificar de la manera siguiente:

Primero: Aplicación de la ley territorial (ley del lugar de celebración o *lex loci contractus*). La aplicación de este sistema, lo mismo a las condiciones de fondo, que a la forma de celebración, - tiene innumerables ventajas: se trata de una ley común a ambos contrayentes, lo cual elimina innumerables dificultades; se hace más fácil la apreciación de las condiciones de capacidad, por parte del órgano que interviene en la ceremonia, ahorra la calificación de lo que son condiciones de fondo y condiciones de forma; y, muchas veces, es la única solución viable, por faltar, en un país, los órganos previstos por otro para la celebración.

Segundo: Aplicación de la ley personal. Este sistema se - aplica sobre la base de que, la capacidad nupcial, es una consecuen-
cia de la capacidad general de la persona; tiene la ventaja de tratar
se de una ley fija o invariable; a veces, es una condición sustancial
del matrimonio, sobre todo, cuando interviene el elemento religioso -

en la celebración. Tiene el inconveniente de la posible existencia de leyes personales distintas, y, además, en muchos casos, plantea la du da entre la ley nacional y la ley domiciliar.

Para el caso en que las leyes personales de los cónyuges sean distintas, se arbitran las soluciones siguientes: aplicación de la ley del marido (es el sistema de Alemania, Francia, Italia, Bélgica, el del Código de Bustamante y el del Proyecto de 1928 para la reforma de la Convención de La Haya de 1905), aplicación de la Ley de la mujer (es la tesis de SURVILLE (44), aplicación de la ley de cualquiera de los cónyuges, cuando, una de ellas, coincide con la *lex fori* (tesis de Varcilles-Sommieres, Lerebours-Pigeonniere y Valladao), aplicación individualizada, en cada caso, de una u otra ley, según sea conveniente, aplicación acumulativa de ambas leyes personales, pro curando su armonización (tesis de Zitelmann, Frankenstein y Hiedner).

Como tampoco se precisa si la ley personal, es la nacional o la domiciliar, la multiplicidad de soluciones es enorme.

Parece más apropiada la solución de aplicar la ley territorial, y no solo en cuanto a la forma, sino también en cuanto a la capacidad, aunque muchos Estados no admitan esta solución.

(44).- SURVILLE: Cours élémentaire de Droit International privé. Paris, 1925, pgs. 432-433.

2.- Sobre divorcio.

Con los sistemas, a que anteriormente nos referimos, sobre la manera de determinar la competencia para las acciones de divorcio, solo hemos dado el primer paso. Con la apreciación del valor de las sentencias de divorcio extranjeras, dimos el último. Pero nos falta la determinación de la ley aplicable al fondo del divorcio, de la ley que determinará las causas admisibles y las interpretará.

Varios sistemas se pueden seguir para fijar esta ley aplicable al fondo de la institución:

Primero: Determinación de la ley aplicable mediante la conexión-ley nacional. Se defiende el sistema, a base de partir del supuesto de que la ley nacional rige todas las cuestiones familiares y personales, una de las cuales, es el divorcio.

El inconveniente principal surge de la posibilidad de que las nacionalidades de los cónyuges, que pretenden el divorcio, sean - distintas (cosa cada día más frecuente, dadas las tendencias modernas a que la mujer conserve su nacionalidad, como manifestación de independencia jurídica (45). Las soluciones propuestas, en esta situación, -

(45) VALLADAO, H.: Consequences de la difference de nationalite ou de domicile des epoux sur les effets et la dissolution du mariage. Recueil des Cours, 1962, I, Tom. I, p. 69.

son: aplicación de la ley del marido (que va en contra de la tendencia imperante hacia la equiparación jurídica de los cónyuges), aplicación de ambas leyes nacionales acumulativamente (que, en muchos casos, da lugar a soluciones sin solución, y llega hasta la confusión del Código griego de 1936, que acumulaba tres leyes, las dos de los cónyuges y la lex fori), aplicación de la ley de la última nacionalidad común, de los cónyuges (que tropieza con el inconveniente de que, además de no ser la ley más adecuada, pudiera darse el caso, no infrecuente, de que no hubiese habido nunca una nacionalidad común), aplicación de la ley del demandante (lo que se prestaría a fraudes a la ley, mediante simples cambios de nacionalidad), y, por último, aplicación de la ley de aquel de los cónyuges, que coincidiese con la lex fori (que, en muchos casos, produciría injusticias). Y, además, queda sin resolver el problema de los cónyuges apátridas.

Segundo: Determinación de la ley aplicable, mediante la -conexión-ley domiciliar. Esta, es la solución que defiende Savigny y, desde él, casi todos los europeos, y la misma que sostiene Story, y, desde él, casi todos los anglosajones. Se afirma que la ley del domicilio, es la verdaderamente interesada en regular el divorcio, pues a ella, es a quien afectan tales situaciones.

El problema se presenta cuando hay que decidir de que do-

micilio se trata. Si, desde luego, existe un domicilio conyugal, la ley de éste, será la aplicable. Si los cónyuges tienen domicilios distintos, se aplica la ley del último domicilio común, o la ley del marido, o la ley del demandante o la ley del demandado, o, en último término, se acude a una solución acumulativa de leyes. A estas dificultades hay que añadir el problema de la inexistencia de domicilio, el del domicilio múltiple, la injerencia de la lex fori, y la actuación del orden público.

Tercero: La ley aplicable al fondo, se fija por medio de la conexión-ley de residencia. Esta solución presenta los mismos inconvenientes de la ley nacional y muchos de la ley domiciliar, siendo muy favorable a posibles fraudes a la ley. En cambio, tiene la ventaja de que coincide con la lex fori, que no se plantean problemas de orden público y que armoniza la ley que determina la jurisdicción y la que rige el fondo del divorcio.

Cuarto: Para determinar la ley aplicable al divorcio, se acude, en este sistema, a la conexión-ley del lugar de celebración del matrimonio. La aplicación, al divorcio, de la misma ley que reguló la creación del vínculo, se hace partiendo de la consideración del matrimonio como contrato, cuya ley creadora, rige todas las consecuencias posteriores. Los inconvenientes, de índole práctica, de esta so-

lución, son numerosos.

Quinto: Ley aplicable determinada, por conexiones acumuladas. Normalmente, entrarán en juego, la lex fori y la ley nacional -- (Convención de La Haya de 1902) o la lex fori y la ley del lugar de celebración (Convenio de Montevideo de 1889).

Sexto: Armonización entre jurisdicción y ley aplicable, -- que es la solución de ALFONSIN, al decir que "el Estado, cuyas autoridades hállese mejor situadas, para entender en el divorcio, es el -- del domicilio de ambos cónyuges o el del cónyuge solicitante del divorcio; y la ley más adecuada para regular el divorcio, es la del domicilio de los cónyuges o la del domicilio del solicitante.....y de este modo, se logra.....la coincidencia entre la jurisdicción y la ley aplicable" (46). Advierte ALFONSIN, como vemos, la posibilidad de que, en algunos casos, no pueda aplicarse la ley del domicilio conyugal, y entonces propone la ley del domicilio del solicitante. Este -- responde a la tendencia actual de que, la mujer casada, pueda tener -- domicilio propio e independiente (47).

(46).- ALFONSIN, Q.: ob.cit., p.593.

(47).- VALLADAO, H.: ob.cit., p.104.

Indudablemente, la tendencia moderna es hacia la consideración del domicilio como conexión, tanto para determinar la competencia como la ley aplicable (48).

-oOo-

(48).- En la exposición de estos últimos sistemas, procesales y sustantivos, hemos seguido, muchas veces fielmente, el clarísimo estudio del Profesor ALFONSIN, en ob.cit., anteriormente, en las páginas 467 y ss. y 563 y ss.

Capitulo II

SINTESIS DE DERECHO COMPARADO (LOS SISTEMAS
GENERALES DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNA—
CIONAL SOBRE DIVORCIO).

SUMARIO

Sección I. Las soluciones internacionales (Derecho internacional convencional).- A) La Convención de La Haya de 1902.- 1. Estructura y contenido normativo.- 2. Principios y tendencias.- B) La Convención escandinava de 1931.- C) El Tratado del Benelux de 1951.

Sección II. Las soluciones nacionales (Derecho comparado).
A) El sistema francés.- 1. Jurisdicción.- 2. Cuestiones conexas.- B) El sistema angloamericano.- 1. Jurisdicción.- 2. Cuestiones conexas.- C) El sistema germánico.- 1. Jurisdicción.- 2. Cuestiones conexas.-D) El sistema ruso.- 1. Jurisdicción.- 2. Cuestiones conexas.- E) Referencia a otros sistemas.- 1. Sistema musulmán.- 2. Sistema indio.- 3. Sistema japonés.- 4. Países africanos y asiáticos.

Capítulo II

SISTESIS DE DERECHO COMPARADO (LOS SISTEMAS GENERALES DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL - SOBRE DIVORCIO).-

En este segundo Capítulo, de la Primera Parte, y, como necesaria introducción, para el estudio del objeto específico de nuestra tesis, nos vamos a referir a las soluciones que, el problema del divorcio, presenta, en general, en el orden legislativo. Si el primer Capítulo comprendía una introducción doctrinal, este segundo abarca - una introducción positiva de Derecho.

Por una parte, estudiaremos las soluciones que, el problema jurisdiccional del divorcio, fundamentalmente, presenta en el orden del Derecho convencional, refiriéndonos a la Convención de La Haya de 1902, a la Convención escandinava de 1931, y, finalmente, al tratado del Benelux de 1951. Esta es la materia que comprende la Sección I del presente Capítulo.

Por otro lado, y prescindiendo de un estudio detenido de los sistemas, que se saldría de los límites de nuestro trabajo, haremos una referencia generalizada, a las distintas soluciones nacionales

para la cuestión de la competencia de los tribunales en acciones de divorcio. Distinguiremos, el sistema francés, el angloamericano, el alemán y el ruso, haciendo, posteriormente, una referencia a otros sistemas que, tampoco carecen de interés.

En este Capítulo y para que, la cuestión jurisdiccional, no se presente tan aislada que, en algunos puntos, pudiera resultar incomprendible, añadimos, aunque sea de pasada, ciertas consideraciones sobre ley aplicable y valor de sentencias extranjeras.

Sección I

Las soluciones internacionales (Dere- cho internacional convencional).

A) La Convención de La Haya de 1902.

1.- E s t r u c t u r a y c o n t e n i d o n o r m a t i v o.

Entre los Textos convencionales, no iberoamericanos o ame-
ricanos, en general, aparece como el más destacado, el Convenio de La
Haya de 12 de junio de 1902, dictado para regular los conflictos de -
leyes en materia de divorcio y separación de cuerpos.

El Texto oficial, en francés, entró en vigor en Alemania,
Bélgica, Francia, Luxemburgo, Holanda, Rumania y Suecia, el día 1 de
agosto de 1904; en Italia y Suiza, el 15 de septiembre de 1905; en -
Portugal, el 1 de mayo de 1907; y en Hungría, el 23 de noviembre de
1.911. Varios Estados, denunciaron, posteriormente, la Convención, co-
mo fueron, Francia, en 1 de junio de 1.914; Bélgica, en 1 de junio de
1.919; Suiza, en 1 de junio de 1929; y Alemania y Suecia, en 1 de ju-
nio de 1.934.

Esta Convención, dispone en el art. 1 que los cónyuges no pueden demandar el divorcio nada más que en el caso de que su ley nacional y la ley del lugar donde se interponga la demanda, admitan el divorcio, una y otra; dice, en el art. 2, que el divorcio no puede ser demandado nada más que si, en el caso de que se trate, está admitido a la vez por la ley nacional de los cónyuges y por la ley del lugar donde se interpone la demanda, aunque sea por causas diferentes; y en el art. 3 que no obstante las disposiciones de los artículos 1 y 2 la ley nacional será la única observada, si la ley del lugar donde se interpone la demanda, así lo prescribe o permite; afirma, en el art. 4 que la ley nacional indicada por los artículos precedentes, no puede ser invocada, para dar a un hecho ocurrido, mientras los esposos o uno de ellos, eran de otra nacionalidad, el carácter de una causa de divorcio; dice el art. 5 que la demanda de divorcio se puede interponer o bien ante la jurisdicción competente según la ley nacional de los cónyuges, o bien ante la jurisdicción competente del lugar donde los esposos están domiciliados; si, según su legislación nacional, los esposos no tienen el mismo domicilio, la jurisdicción competente es la del domicilio del demandado; en caso de abandono y en caso de cambio de domicilio, producido después que la causa de divorcio o separación, la demanda puede también interponerse ante la jurisdicción competente del último domicilio común, aunque, sin embargo, la jurisdic-

ción nacional está reservada en la medida en que esta jurisdicción, - sea la única competente para la demanda de divorcio o separación; la jurisdicción extranjera sigue siendo competente para un matrimonio - que no puede ser divorciado o separado según su legislación nacional; dispone el art. 7 que el divorcio y la separación, pronunciados por - un tribunal competente, según el art. 5, serán reconocidos en todas - partes, bajo la condición de que las cláusulas de la presente Conven- ción hayan sido observadas, y, en el caso en que la sentencia haya si- do dictada defectuosamente, el demandado haya sido citado conforme a las disposiciones especiales exigidas por su ley nacional para recono- cer las sentencias extranjeras; serán reconocidos, igualmente, en todo lugar, el divorcio y la separación de cuerpos pronunciada por una ju- risdicción administrativa, si la ley de cada cónyuge reconoce este di- vorcio y separación; dice el art. 8 que si los cónyuges no tienen la misma nacionalidad, su última legislación común deberá, por aplicación de los artículos precedentes, ser considerada como su ley nacional; - en el art. 9 se limita la aplicación de la Convención a las demandas interpuestas en uno de los Estados contratantes, si uno de los litigan- tes es, al menos, súbdito de uno de estos Estados; el art. 13 se re- fiere ya a la forma de la denuncia de la Convención y al valor de la misma.

2.- P r i n c i p i o s y t e n d e n c i a s .

De los artículos citados, resulta que la JURISDICCION COMPETENTE, para el divorcio, es alternativa, pudiéndose elegir entre la jurisdicción señalada por la ley nacional de los esposos, y la del lugar en que el matrimonio está domiciliado.

En el caso de acogerse a la competencia dictada por la ley nacional, pueden ocurrir dos situaciones:

Que la ley nacional, señale como competentes, los tribunales nacionales de los cónyuges. Si los cónyuges tienen la misma nacionalidad, no se planteará problema. Si los cónyuges, tienen nacionalidades distintas, puede, a su vez, ocurrir que hayan tenido una legislación común anterior, en cuyo caso, si la legislación común habida, ha sido una ley nacional, volveremos a la alternativa primera de elección entre tribunal nacional o tribunal del domicilio matrimonial, y si la legislación común ha sido una ley domiciliar, ésta, será considerada como ley nacional y nos encontraremos en el mismo caso. Si no ha habido una legislación común anterior, solo se puede pleitear ante el tribunal del domicilio de los esposos, y nos encontraremos en el supuesto que planteamos a continuación.

Que la ley nacional, señale como competente, el tribunal del domicilio de los esposos, en cuyo caso, habremos de estar a las - reglas que, para este supuesto se dictan, como si se hubiere elegido esta competencia, y que veremos seguidamente.

En el caso de acogerse a la competencia del tribunal del domicilio de los esposos, pueden plantearse dos supuestos:

Que los esposos tengan un domicilio común, o un domicilio conyugal, en cuyo caso no se planteará problema.

Que los esposos tengan domicilios separados. Hemos de distinguir: En el caso general, se considera como competente, la jurisdicción del domicilio del demandado. En caso especial de abandono o de - cambio de nacionalidad, con posterioridad a haber surgido la causa de divorcio, la competencia será del tribunal del último domicilio común que, necesariamente, por tratarse de un matrimonio, tiene que haber - existido; pero si, ni aún esta conexión, hubiere existido (lo cual es posible por la actual tendencia equiparativa de los cónyuges (1), entonces, habría de recurrirse a la regla anterior del domicilio del de mandado.

(1).- BOSCHIAN: La equiparación jurídica del varón y la mujer en el Derecho matrimonial europeo, Rev. de D. Privado, 1964, p.607.

En résumen, se establece un complicado sistema de competencias que, en definitiva, queda reducido a la competencia de los tribunales nacionales o a la de los tribunales del domicilio matrimonial, buscando conexiones secundarias, cuando las principales son inaplicables.

Como UESTIONES CONEXAS, vamos a referirnos sumariamente a la ley aplicable y al valor de las sentencias de divorcio extranjeras.

En cuanto a la ley aplicable, se establece una solución acumulativa de leyes, puesto que se aplican, la ley nacional y la del lugar donde se interpone la demanda, aunque con la salvedad de que es necesario que ambas leyes admitan el divorcio, aunque las causas no sean las mismas.

Hay que precisar: puede resultar aplicable únicamente la ley nacional, si la ley del lugar donde se interpone la demanda así lo prescribe, la ley nacional no puede ser invocada, cuando dicha nacionalidad se ha adquirido con posterioridad a haber surgido la causa del divorcio; si los cónyuges no tienen la misma nacionalidad, se aplicará la última legislación común.

Refiriéndose a esta convención, dice el Profesor MIAJA, - que "suele admitirse como competente la ley nacional de los interesados, tanto respecto a la admisibilidad de la disolución del vínculo, - como de la causa alegada para solicitarla. Pero es también práctica - generalmente observada, la de no conceder, y a veces ni admitir a trá- mite siquiera, el divorcio de extranjeros por parte de los países que proclaman en sus legislaciones, la indisolubilidad del matrimonio, así como los Estados que admiten el divorcio, no suelen concederlo cuando la demanda del extranjero que lo solicita se basa en el mutuo disenso y la ley del foro no lo admite, o en causa no reconocida por esta - ley (2).

Respecto al valor de las sentencias extranjeras, la re- gla general es que el divorcio, pronunciado correctamente, en cuanto a competencia y ley aplicable, en cualquiera de las Partes Contratantes, debe ser reconocido en los territorios de los demás Estados-Par- tes, exigiéndose, normalmente, que la citación del demandado se haya hecho en forma.

Para ver la TENDENCIA actual, es lo mejor, acudir a los in- tentos de reforma (3).

(2).- MIAJA, A.: ob.cit., II, p.296

(3).- MAKAROV: T.II, art. Familia, matrimonio.

En cuanto al art. 3, la Sexta Sesión de la Conferencia de La Haya (1928), ha propuesto insertar, a continuación del mismo, los dos siguientes: art. 3 bis que dice que si uno de los esposos es apátrida, será considerada como su ley nacional, en el sentido de las disposiciones de la presente Convención, la ley de la residencia habitual, o, en su defecto, de su simple residencia; y se concluye, en el art. 3 ter, que si uno de los esposos tiene más de una nacionalidad, será considerada como su ley nacional en el sentido de las disposiciones de la presente Convención, aquella de sus leyes nacionales que es, al mismo tiempo, la ley de su residencia habitual, o en su defecto la de su residencia, aunque cada uno de los Estados, de los cuales tiene nacionalidad, pueden considerarle como sometido exclusivamente a su propia ley.

La misma Sexta Conferencia, ha propuesto reemplazar el artículo 8 en vigor, por el presente texto: Si uno de los esposos cambia de nacionalidad, después del matrimonio, su última legislación común deberá, por aplicación de los artículos precedentes, ser considerada como su ley nacional. Si los cónyuges no han tenido jamás la misma nacionalidad, o si cesan de tener una nacionalidad común, adquiriendo cada uno una nacionalidad diferente, el divorcio no podrá ser pronunciado nada más que si, en el caso de que se trate, está admitido tanto por la ley nacional del marido, como por la ley nacional de la mujer.

También se propuso añadir al primer párrafo del art. 9, -
la frase "o es un apátrida dependiente de uno de estos Estados, en -
virtud del art. 3 bis".

B) La Convención escandinava de 1931

Esta Convención se celebró entre Dinamarca, Finlandia, Is-
landia, Noruega y Suecia, el 6 de febrero de 1931 y, entre otras dis-
posiciones referentes a Derecho internacional privado, contenía algu-
nas relativas a la disolución, por divorcio, del vínculo matrimonial.
Entró en vigor el 1 de enero de 1932. Se hizo una nueva redacción, en
26 de marzo de 1953, que entró en vigor en 1 de marzo de 1.954. Los -
preceptos legales, que a nosotros nos interesan, se contienen en los
siguientes ARTICULOS: se dispone en el art. 7, que la cuestión de la
separación de cuerpos o de divorcio, entre súbditos de los Estados -
contratantes, será regulada, sea en el Estado donde los esposos están
domiciliados, sea en él en que hayan estado domiciliados juntos en el
último lugar y donde uno de ellos haya continuado domiciliado. Si el
asunto no puede ser regulado en uno de los Estados en los términos -
del párrafo primero, la regulación podrá tener lugar en el Estado al
cual pertenece uno de los cónyuges.; el divorcio que resulta de la se-
paración de cuerpos anterior, podrá siempre ser pronunciado en el Es-

tado al cual pertenece uno de los cónyuges.; el divorcio que resulta de la separación de cuerpos anterior, podrá siempre ser pronunciado en el Estado al cual pertenezcan a la vez ambos cónyuges. Dice el art. 9 que la legislación que rige las cuestiones previstas en el art. 7, será, en cada Estado, la que esté en vigor, y que, la separación de cuerpos, cuando haya sido obtenida en uno de los Estados, conferirá, en los otros, el mismo derecho al divorcio que si allí hubiese sido pronunciada.

En resumen, se concluye que "se aplicará la ley del foro en divorcio y anulación", y que "la jurisdicción que está basada sobre el domicilio común-presente o pasado-de los cónyuges, debe ser llamada jurisdicción primaria" siendo "para las cuestiones de divorcio la ley del foro, siempre aplicable" (4).

Así pues, y en lo relativo a JURISDICCION, resulta que esta es electiva, puesto que tan competentes son los tribunales del país donde los esposos están domiciliados, como los del domicilio último, siempre, en este caso, a condición de que uno de los conyúges continúe domiciliado en aquél último domicilio, y cuando estas reglas competenciales, por cualquier causa, no pudieren aplicarse, se considerará competente al tribunal del Estado del cual, uno de los conyu-

(4).- PHILLIP, ALLAN: The scandinavian Conventions on Private International Law, Recueil des Cours, T.96,1959-I,pgs. 245 y s.y especialmente 293, 294 y 296.

ges, es nacional.

La competencia establecida en segundo lugar, es una regla que obedece a la tendencia a considerar que, puesto que debe haber - una igualdad jurídica entre los cónyuges, es lógico pensar que estos pueden tener domicilios separados y en países distintos.

La competencia establecida en último lugar, resulta de la frase "Estado al cual pertenece uno de los cónyuges", la cual hay que interpretar en el sentido de que se refiere a los tribunales nacionales, tanto por exclusión respecto al caso anterior, como porque la re regla de la competencia nacional sigue siendo una de las más aplicadas, a pesar de la clara tendencia hacia la ley domiciliar. Y aquí volvemos a la ausencia de distinción entre marido y mujer, precisamente por la repetida equiparación jurídica de los cónyuges, con lo cual, lo - mismo resultarán competentes los tribunales del marido, que los de la mujer, independiente de la consideración de demandante o de demandado que adopten uno u otro en el pleito.

Respecto a las CUESTIONES CONEXAS, únicamente diremos que la ley aplicable, a tenor del art. 7, será la del tribunal que entien da del asunto a lex fori, con lo cual, al tiempo que se facilita la - tarea del tribunal, se realiza la armonía entre ley jurisdiccional y

ley aplicable al fondo. Aquí, la competencia, determina la ley aplicable.

En cuanto al valor de las sentencias de divorcio extranjeras, podemos decir que, las dictadas por un tribunal competente a tenor de las reglas anteriores, y en las cuales se haya aplicado la ley del propio tribunal, serán reconocidas y tendrán efectos, en los demás países contratantes.

C) El tratado del Benelux de 1951

Entre Holanda, Bélgica y Luxemburgo, se firmó el Tratado de 11 de mayo de 1.951, cuya materia era la introducción de una ley uniforme sobre las materias de Derecho internacional privado. Se establece la prevención de que, además de poder, cada país, denunciar la Convención, puede igualmente, en lugar de ello, formular una proposición precisa de modificación de uno o varios artículos de esta ley uniforme. Hasta la fecha, el Tratado solo ha sido ratificado por Luxemburgo, donde es ley. Los ARTICULOS que nos afectan, establecen la siguiente regulación: en el art. 1 se previene que por ley de un país se entenderán las reglas de Derecho en vigor en tal país, con exclusión de las reglas de Derecho internacional privado; para la aplicación de

los artículos siguientes, el domicilio de una persona, está determinado sin tener en cuenta las condiciones a las cuales un Estado podrá - subordinar la adquisición de un domicilio por los extranjeros sobre - su territorio. El art. 2 dispone que el estado y la capacidad de las personas, se rige por su ley nacional; en el art. 6 se establece que la ley nacional del cónyuge demandante, determina en que casos el divorcio puede ser admitido; sin embargo, ninguna demanda de divorcio - puede ser admitida en Holanda, Bélgica o Luxemburgo, en el caso en - que la ley holandesa, belga o luxemburguesa no admita el divorcio. Dice el art. 8 que cuando, durante el matrimonio, uno de los cónyuges - cambie de nacionalidad, la ley determinada según los artículos ante-- riores, sigue siendo aplicable, sin que afecte este cambio de naciona-- lidad. Esta regla no se aplica cuando la mujer, adquiere de nuevo la nacionalidad que poseía antes del matrimonio. Dispone el art. 15 que en todos los casos, en que los artículos precedentes reenvían a la ley nacional de una persona, esta ley está reemplazada por la del domici-- lio: 1. Cuando esta persona no tiene nacionalidad o cuando su naciona-- lidad o la ley nacional que le es aplicable, no pueden ser determina-- das con exactitud; 2. Cuando un extranjero tiene su domicilio en Ho-- landa, Bélgica o Luxemburgo, y las reglas de derecho internacional - privado de su ley nacional, declaran aplicable la ley del domicilio;- 3. Cuando un extranjero tiene su domicilio fuera de su país y fuera -

de su país y fuera de Holanda, Bélgica o Luxemburgo, y las reglas de derecho internacional privado, tanto de su ley nacional, como de la ley de su domicilio, consideran aplicable esta última ley.

Así resulta que "la Convención ha aceptado el principio de la nacionalidad para los extranjeros" (5).

En punto de JURISDICCION, la Convención carece de reglas señalando cual es la competente, aunque de la aplicación de los artículos que establecen la ley competente en cuanto al fondo, hay que deducir que, por principio, son competentes los tribunales nacionales.- Lo que ocurre es que "en materia de matrimonio, surgen las dificultades en los Estados que aceptan el principio de la nacionalidad, cuando el marido y la mujer tienen diferentes nacionalidades, incluso después de la celebración del matrimonio" (6). Por tanto, en caso de diferentes nacionalidades en los cónyuges, parece que ambas serán competentes y que entenderá del divorcio, el tribunal al cual el demandante acuda bien por ser el suyo nacional, o porque sea el de su cónyuge.

Brevemente, respecto a las CUESTIONES CONEXAS, diremos que la ley aplicable al divorcio, es la del cónyuge demandante, la cual -

(5).- THE AMERICAN JOURNAL OF COMPARATIVE LAW: The Benelux Convention on Private International Law, 2 (1953), p.2

(6).- Idem. ant., p.4.

determina la admisibilidad del divorcio y las causas que dan lugar a él. El cambio posterior de nacionalidad, no afecta a la aplicación de aquella ley, salvo si es la mujer la que readquiere su nacionalidad.- En caso de apatridia, la ley nacional, queda sustituida por la del do micilio.

En cuanto al valor de las sentencias, las que se hayan dic tado por tribunal competente y aplicando correctamente la ley de fon- do, serán reconocidas dentro de los otros países contratantes, con - arreglo a las normas de la Convención, pero dejando siempre a salvo - el principio del orden público, establecido en el art. 26.

Sección II

Las soluciones nacionales (Derecho comparado)

A) El sistema francés.

1.- J u r i s d i c c i ó n .

La ley francesa establece un cierto número de reglas, sobre la competencia de sus tribunales.

El principio general estaba contenido en el art. 59 del C Código procesal que regula la competencia de los tribunales franceses sobre la base del domicilio, según el principio "actor sequitur forum rei". Lo que ocurre es que, el mismo artículo, contiene excepciones a esta regla, por una parte, y por otra que, los artículos 14 y 15 del Código Civil, también contienen excepciones, pues están redactados sobre la base de la nacionalidad francesa de una de las partes; dice — el primero, de estos artículos, que el extranjero, incluso no residente en Francia, podrá ser citado ante los tribunales franceses para la ejecución de obligaciones contraídas por él, en Francia, con un francés, pudiendo ser, igualmente, citado, por razón de obligaciones contraídas por él en el extranjero, respecto de un francés; el segundo de dichos preceptos, dispone que un francés podrá ser citado ante un

tribunal de Francia, por obligaciones contraídas en el extranjero, - con un extranjero.

Y es que, como dice LEREBOURS-PIGEONNIERE, estos artículos "abren las jurisdicciones francesas, en ciertas materias, a las - cuestiones entre franceses y extranjeros" (7).

Comentando ambos, afirma BATIFFOL que, "tal como han si do interpretados, establecen la competencia de los tribunales franceses, respecto de todo francés, sea demandante (art. 14) o demandado (art. 15)" (8).

La regla general, aplicada al divorcio, coincide con que "la competencia de nuestros tribunales-los franceses-depnde exclusivamente de la lex fori" (9).

En punto a la competencia especial sobre divorcio, la interpretación jurisprudencial constante es que, los tribunales franceses, son competentes para entender en todos los pleitos de divorcio, - cualquiera que sea el estatuto personal de las partes y aunque se tra te de cónyuges que sean ambos extranjeros.

(7).- LEREBOURS-PIGEONNIERE: Droit International Privé, Paris, 1962, p. 483.

(8).- BATIFFOL: ob.cit., p.756.

(9).- LEREBOURS-PIGEONNIERE: ob.côt., p.555

Tratándose de divorcios de matrimonios en que, al menos - una de las partes, sea francesa, es regla que los tribunales franceses son competentes, como resulta de los artículos 14 y 15 citados".- "La idea directriz de estos artículos parece que es el que la nacionalidad francesa comporta un privilegio de poder siempre someterse a un tribunal francés" (10), lo cual no implica que este privilegio no pueda ser renunciado por la parte a quien favorece, como ha reconocido - la jurisprudencia y mantiene la doctrina.

Tratándose de un divorcio, solicitado en Francia, ante - tribunales franceses, cuando ambos cónyuges son extranjeros, la jurisprudencia, ante el silencio legal, ha venido considerando que la jurisdicción francesa era incompetente, hasta que, modernamente, en este - siglo, ha dado un giro total, estableciendo que "los tribunales franceses son competentes para pronunciar el divorcio entre cónyuges extranjeros" (11). Este cambio, empezó produciéndose tímidamente a través - del principio de que, la excepción de incompetencia del tribunal francés, en la práctica judicial, había de ser propuesta por el demandado. Posteriormente, y para evitar una denegación de justicia, los tribunales comenzaron a admitir que si, por principio, eran incompetentes -

(10).- BENJAMIN, P: ob. cit., p.24

(11).- BATIFFOL, H: ob. cit., p.519

en estos pleitos, sin embargo, podían, por excepción, conocer de ellos si el demandado estaba domiciliado de hecho, en Francia y no tenía domicilio en su país de origen, y ningún otro tribunal era competente.- Después, los tribunales franceses, se atribuyeron esta competencia, - sobre la base de tratados de competencia judicial con otros países. - Mas tarde se excluyó la fórmula de la "incompetencia de principio", - pasando a declarar la competencia sobre la base del domicilio del de- mandado en Francia (sin otro domicilio, ni competencia en el extranje ro) con carácter general. Finalmente, las últimas sentencias, abando- nando toda idea de incompetencia, han pasado a aplicar el principio - "actor sequitur forum rei" de derecho interno, de tal manera que, des de el momento en que los esposos están domiciliados en Francia, no - son admisibles ningunas excepciones de incompetencia (12).

Así como en el primer supuesto (uno de los cónyuges con - nacionalidad francesa), la competencia estaba fundada en la nacionalidad; en este segundo (ambos esposos extranjeros), la competencia está fundada sobre la base del domicilio en Francia, del demandado.

Pero es necesario que hagamos dos precisiones respecto a este segundo supuesto:

En cuanto al domicilio, como conexión para la competencia

(12).- BENJAMIN, P: ob.cit., p.29-30.

el art. 102 del Código Civil, dispone que el domicilio de todo francés, en cuanto al ejercicio de sus derechos civiles, es el lugar en donde tiene su establecimiento principal; y se añade en el art. siguiente, 103, que el cambio de domicilio se opera por el hecho de habitar realmente en otro lugar, con la intención de establecer su principal establecimiento. De estos preceptos, defectuosamente redactados y que han provocado amplias polémicas, resulta que el domicilio está constituido por un elemento de hecho (principal establecimiento), y un elemento intencional (la intención de establecerse). El domicilio, así constituido, es el que sirve de base para la competencia de los tribunales franceses en los pleitos de divorcio. El art. 108 del mismo Código civil, establece el principio de la unidad del domicilio conyugal, por lo cual, el domicilio de la mujer, estará en el domicilio conyugal, elegido por el marido. Pero hoy, por las nuevas tendencias equiparatas, la jurisprudencia se va inclinando a considerar que la mujer puede tener un domicilio separado del marido, y no solo en caso de separación de los cónyuges, sino incluso constante matrimonio, de donde resulta que los tribunales franceses serán competentes en los pleitos de divorcio, en que el cónyuge demandado, marido o mujer, tenga su domicilio en Francia.

En cuanto a la ausencia de domicilio, en sentido estricto,

lo cual puede ocurrir, como ha reconocido, a veces, la jurisprudencia la regla es que se puede entablar la demanda de divorcio ante el tribunal de la residencia, según el antes citado art. 59 procesal. Sí, - como dice BENJAMIN (13), hacemos la transposición de este artículo, - al campo de la competencia internacional, resultará que también serán competentes los tribunales franceses, cuando el demandado resida en - Francia, y no tenga domicilio fuera de este país.

Finalmente, en cuanto a la mujer abandona, el principio - establecido por la jurisprudencia es que puede demandar su divorcio - ante el juez del último domicilio conyugal, si este se encontrase en Francia, y en otro caso, si el demandado no tiene domicilio o residencia conocidos, concurriendo ante el tribunal de su propio domicilio - o residencia (14).

2.- C u e s t i o n e s c o n e x a s.

Respecto a la ley aplicable, en Francia, es la ley personal de los cónyuges, entendiéndose por tal, la ley nacional y conside--

(13).- BENJAMIN: ob.cit., p.32

(14).- Sent. del Trib. Seine, 2,IV, 1931 y Paris,2,XII,1.951.

rando, en principio, que tal ley nacional, es la del marido. Así resulta del párrafo tercero del art. 3 del Código civil. Lo que ocurre es que este principio tiene sus excepciones, y merece algunas líneas más.

La regla general es la aplicación de la ley nacional, en el momento en que se interpone la demanda, aunque pueden ser alegadas causas de divorcio fundadas en una ley nacional anterior al cambio de nacionalidad.

La excepciones, son las siguientes: 1º. En caso de nacionalidad múltiple, cuando una de las nacionalidades es la francesa y por tanto coincide con la lex fori, esta ley nacional francesa es la que debe aplicarse; y si no hay coincidencia con la ley francesa, se aplica aquella ley nacional con la cual, el individuo, en interpretación del tribunal francés, tiene mas lazos, es decir, se aplica la nacionalidad efectiva; en caso de apatridia, se aplica la ley del domicilio como conexión secundaria. 2º. Los casos de matrimonios claudicantes, de reenvío y de aplicación del orden público, en que, a través de distintos procedimientos y fundamentaciones, se acaba aplicando la ley francesa, independientemente de la nacionalidad de los cónyuges.

Esta competencia de la ley francesa, sobre la base, casi

siempre, del domicilio común en Francia y de la diferencia de nacionalidad de los cónyuges, se ha ido formando jurisprudencialmente, sobre todo a través de tres famosas sentencias, Ferrari, de 6 de julio de 1.922, Rivière, de 17 de abril de 1953, y Lewandowski, de 18 de marzo de 1955 (15).

Respecto al valor de las sentencias extranjeras de divorcio, diremos que las condiciones exigidas en Francia, a la misma, están fijadas sobre la base de la competencia del tribunal que la dicta sobre la correcta aplicación de la ley de fondo, y sobre la no contravención del orden público francés.

La competencia del tribunal sentenciador, se examina sobre la base de las reglas de competencia internacional del Estado al cual pertenece el tribunal, aunque la jurisprudencia es contradictoria y hay casos en que se han denegado efectos en Francia a una sentencia por no ser la competencia del Tribunal sentenciador, correcta, según las reglas competenciales francesas.

La aplicación correcta de la ley de fondo, ha de ser determinada según las reglas francesas de conflicto, y así, se han rechazado sentencias, de divorcio en las que la conexión era el domicilio y

(15).- LORENZEN, E.G.: Cases and material on the Conflict of laws, 6ª ed., 1951, S. Paul, Minn, pgs. 573 a 594 (hace amplia cita de esta jurisprudencia francesa).

no la nacionalidad de las partes.

Respecto al orden público, que ha jugado abundantemente en esta materia, parece que, hoy, por la acción jurisprudencial, tiendo - a ser más laxo y a reconocer, en general, sentencias de divorcio fundadas en causas no admitidas por el Derecho francés, pero que han sido regularmente aplicadas.

Finalmente diremos que, el exequatur, no es necesario, si no hay actos de ejecución en Francia (16).

B) El sistema angloamericano.

1.- J u r i s d i c c i ó n.

Es preciso partir del principio de que, en Derecho inglés solo los órganos judiciales pueden dictar una sentencia de divorcio, - y sólo se pueden dictar sentencias de divorcio respecto de matrimonios considerados como tales, en el país en que el divorcio se pretende.

El primer principio, o de admisión solamente del divorcio judicial, es consecuencia de que, en ciertos países (Dinamarca, Noruega, etc.) puede obtenerse el divorcio ante órganos que no son judicia

(16).- Sent. App. Paris, 6, IV.1903

les, como el Parlamento, un Registrador o Notario, o, a veces, una au
toridad eclesiástica. Así se reconoció en el caso Hammersmith. (17).

La segunda regla, deriva de la existencia de matrimonios que, considerados como tales en otros países, no tienen esta denomina
ción y concepto en Inglaterra. Estos fué reconocido en el caso Nachim
son v. Nachimson (18).

En cuanto a la jurisdicción inglesa, propiamente dicha, -
la regla general, en materia de divorcio, es que "el tribunal inglés
tiene jurisdicción si, al comienzo del proceso, las partes están domi
ciliadas en Inglaterra" (19). Los demás elementos como son, la nacio-
nalidad, la residencia, etc. carecen de relevancia a efectos jurisdic
cionales.

Este sistema domiciliar, que sería en principio, muy ade-
cuado, no lo es tanto, por no resultar satisfactoria, como dice WOLFF
a quien seguimos, la concepción inglesa del domicilio, dado que el do
micio inglés, no es, en muchos casos, el hogar real y centro de vi-
da, sino una mera residencia y, a veces, ni aún eso.

(17).- WOLFF: ob.cit.,p.354.

(18).- WOLFF: ob.cit.,p.354.

(19).- WOLFF: M:Derecho internacional privado, Barcelona, 1958,p.70

Y es que, el domicilio, en el concepto inglés del término, presenta unas características especiales que, frecuentemente, lo convierten en un domicilio ficticio. El domicilio inglés es "la residencia en un cierto lugar, unida a la intención real o presunta de permanecer un tiempo indefinido" (20). La residencia, como presencia real y habitual, no constituye domicilio, si carece de la intención de establecer el hogar en dicho lugar, y, en cambio, si lo constituye, aunque tal residencia sea de corto tiempo, cuando esta intención sí existe.

El domicilio es lo decisivo en el Derecho internacional privado inglés y rige todo el status civil de una persona, mientras que es cosa distinta la nacionalidad, que afecta al status político y que, en este orden internacional privado, carece de relevancia.

Toda persona tiene un domicilio de origen, que es el de sus padres en el momento del nacimiento, y, después, puede o no, adquirir otro domicilio propio, por elección. Mientras una persona no elige nuevo domicilio, continua subsistiendo el domicilio de origen.

Para la determinación del domicilio, en Inglaterra, se emplea un criterio territorialista absoluto, por lo que, el domicilio que tienen en cuenta los tribunales ingleses, es el determinado con arreglo a sus propias concepciones y jurisprudencia.

(20).- PHILLIMORE, citado por DICEY:T.II,p.327.

De lo dicho se desprende que, una persona, conservando su domicilio de origen, según el Derecho inglés, en Inglaterra, aunque - siempre hubiese vivido fuera del país, con residencia solamente, según también el Derecho inglés, puede comparecer en Inglaterra como de mandante o como demandado, en acciones de divorcio. Incluso, como dice WOLFF, podría tratarse de un extranjero, que nunca hubiera estado en Inglaterra. Y esto es criticable, porque "es un principio oportuno conceder la jurisdicción al país donde los esposos tienen su hogar - real, el centro de su vida; pero ese centro no es siempre su domicilio y es más probable que sea el lugar de su residencia ordinaria". (21).

De aquí resulta que, por principio, la jurisdicción inglesa se reconoce competente, en divorcio, por razón del domicilio, en-tendiendo como tal el domicilio matrimonial y siendo el domicilio matrimonial, el del marido. Este es el criterio uniformemente seguido, desde el caso Mesurier v. Mesurier, de 1895, desechándose otras conexiones utilizadas anteriormente.

Lo que ocurre es que, este principio, se ha ido modificando en favor de las mujeres, a través de diversas intervenciones legislativas "cada vez más numerosas, y las mujeres casadas, se encuentran hoy, en ciertos aspectos, en una situación privilegiada respecto de -

(21).- WOLFF; ob. últ. cit., p.71

sus cónyuges" (22).

La Matrimonial Causes Act, de 1937, concedió que, cuando la mujer había sido abandonada en Inglaterra por su marido (o este ha bía sido expulsado), y siempre que inmediatamente antes del abandono, el marido estuviera domiciliado en Inglaterra, los tribunales ingleses serían competentes para conocer de la demanda de divorcio, interpuesta por la mujer, a pesar de la adquisición, por el marido, de un nuevo domicilio en el extranjero, después del abandono o expulsión.

Una segunda mejora, en favor de la mujer, fué la que, con carácter circunstancial alargó la competencia de los tribunales ingleses. La Matrimonial Causes War Marriages Act. de 1944, dada para el gran número de matrimonios contraídos por miembros de las fuerzas aliadas, en Inglaterra, durante la pasada guerra, con mujeres inglesas, - establecía la competencia jurisdiccional inglesa en materia de divorcio (para los matrimonios contraídos entre el 3 de septiembre de 1939 y el 1 de junio de 1950), aunque el marido, en el momento de la celebración del matrimonio, tuviese su domicilio fuera de Inglaterra, siempre que, antes del matrimonio, la mujer lo tuviese en suelo inglés, y con la prevención de que los esposos, después del matrimonio, no hubiesen residido juntos en el país del domicilio marital.

(22).- BANJAMIN, p. :ob.cit, p.39.

Finalmente, la Matrimonial Causes Act, de 1950, ha establecido la excepción más trascendente, al régimen de la competencia basado en el domicilio del marido como domicilio matrimonial, al disponer que, no obstante el domicilio extranjero del marido, una mujer casada puede demandar el divorcio si reside y ha residido durante tres años anteriores a la demanda, en Inglaterra, con habitualidad. Con lo que se establece una competencia que tiene por base la residencia de la mujer.

En cuanto al problema en Estados Unidos, hay que partir siempre de la idea fundamental de que "cada Estado conserva, en materia jurídica, su autonomía. Cada Estado posee, por si solo, todo el poder legislativo, el judicial e incluso el ejecutivo; el Congreso federal no puede legislar, el Presidente actuar y los tribunales federales resolver, más que en aquellas materias en las cuales les confiere competencia" (21). Por ejemplo "el Congreso federal, no puede poner fin al escándalo de los divorcios de Nevada, ni legislar en materia de matrimonio" (22).

En ausencia de estatuto, también los tribunales americanos mirán exclusivamente a la ley del domicilio de los esposos en el tiem

(21).- TUNC y TUNC: ob.cit., p.12

(22).- TUNC y TUNC: ob.cit., p.13

po del divorcio, tanto respecto a la admisión del mismo, como a las causas alegadas. La Ley nacional da las partes, la ley del lugar donde la ofensa matrimonial ha sido cometida y las leyes de domicilios previos, son irrelevantes. Por ley, en algunos estados, el divorcio no puede ser concedido, fundado en una causa no reconocida por la ley del domicilio de los esposos al tiempo en que fué cometida (23). En los casos en que no hay ninguna conexión domiciliar en el lugar de cuyo tribunal se solicite el divorcio, la competencia es inadmisibile. Como lo que se trata de proteger, también, es el orden social del Estado, es lógica la exigencia de este nexo entre las personas y el lugar de permanencia, el cual crea relaciones y responsabilidades de gran significación (24).

2.- C u e s t i o n e s c o n e x a s .

Como regla constante, siempre que los tribunales ingleses son competentes para conocer de un determinado pleito de divorcio, aplican la ley inglesa. Y este principio, tiene efectividad, no solo cuando los tribunales ingleses son competentes por razón del domicilio sino también cuando lo son en condiciones excepcionales. Hay para esto

(23).- LORENZEN;E.G.:ob.cit.p.573 y ss

(24).- ALFONSIN,Q.:ob.cit.,p.573

una razón de índole moral, pues se trata de asuntos que afectan al orden público, y otra de carácter técnico que, como dice WOLFF (25), no se sabe bien si se aplica el Derecho inglés porque es la ley del lugar donde se desarrolla el proceso o porque se trata de la ley del domicilio y, por tanto, ley personal de las partes. Nos inclinamos, más bien, por la primera fundamentación técnica, sobre todo, teniendo en cuenta las últimas leyes dictadas en consideración a la mujer.

En el Derecho de los Estados Unidos, se aplica igualmente, la ley del Estado cuyos tribunales tienen la competencia y parece que esta aplicación, como resulta del Restatement, se hace en consideración a que se entiende por ley personal de las partes, la ley domiciliar.

Respecto al valor de las sentencias extranjeras de divorcio, por principio, estas son válidas en Derecho anglosajón, siempre que se hayan dictado por tribunales competentes. Pero, ciertos de los efectos de la sentencia extranjera de divorcio, se producen de pleno derecho, mientras que otros necesitan de un procedimiento previo que, en Inglaterra, reviste la forma de una acción fundada en un contrato ficticio (26).

(25).- WOLFF, M:ob.cit.,p.356

(26).- BENJAMIN,P.:ob.cit.,p.201.

En Estados Unidos, no son, normalmente, reconocidas las - sentencias de divorcio, en las que se ha faltado al requisito de la - competencia domiciliar, por el tribunal que dictó la sentencia y esto tanto en las relaciones entre los Estados de la Unión, como en las - que afectan a sentencias extranjeras en sentido estricto (27), aunque en algunos casos, ha bastado una mera presencia física ante un tribunal extranjero, para que, una sentencia de divorcio dictada por éste, fuese reconocida en Estados Unidos (28).

C) El sistema germánico.

1.- Jurisdicción.

La regla general de que el Estado que entiende de un divorcio, ha de determinar la competencia, con arreglo a su propio Derecho procesal interno, se cumple también en el Derecho Alemán.

El párrafo 606 de la Ley de Enjuiciamiento civil alemana, dispone que los tribunales alemanes podrán ser competentes en los procesos de divorcio, siempre que sea alemán uno de los cónyuges; si los dos son extranjeros, la acción de divorcio solo podrá ser entabla

(27).- Caso Caldwell v. Caldwell, en 1948

(28).- Caso Fleischer's State, en 1948.

da en Alemania, cuando, según el derecho nacional del marido, sean también competentes los tribunales alemanes, requisito que falta ya, desde un principio, cuando el Derecho nacional admite solo el divorcio eclesiástico (29).

La competencia de un tribunal "no es requisito para la eficacia del divorcio. Si un tribunal no competente, pronuncia una sentencia de divorcio jurídicamente válida, el matrimonio quedará disuelto, por lo menos en cuanto a los efectos de esta disolución, en el Estado en que el divorcio ha sido pronunciado" (30). Pero, indudablemente, se dará lugar a un divorcio claudicante y, en consecuencia, a una situación matrimonial y familiar confusa y contradictoria.

La ley nacional del marido, al tiempo del divorcio, determina la competencia y los fundamentos del mismo (art. 17, párrafo primero de la L. de Introducción).

Así resulta que, la competencia de los tribunales alemanes en materia de divorcio, en los casos en que aparece un elemento extranjero, está fundada en el principio de la nacionalidad, que actúa de doble forma:

(29).- WOLFF, M:ob.cit., 1936, p. 319.

(30).- WOLFF, M:ob,cit.1936, p. 320.

Cuando uno de los cónyuges, es alemán, por razones prácticas de protección a sus súbditos, la ley alemana, no distingue entre marido y mujer, y se declara competente en la determinación de la jurisdicción alemana, en materia de divorcio, con la sola conexión de la nacionalidad y de modo directo.

Cuando ambos cónyuges son extranjeros, y se presenta una acción de divorcio ante un tribunal alemán, la ley alemana solo tona en consideración el derecho nacional del marido, con el consiguiente perjuicio para la mujer en muchos casos y el desconocimiento de la tendencia moderna a la equiparación jurídica entre los cónyuges, y en tonces, a través del procedimiento indirecto de la aplicación de esta ley, se declaran competentes los tribunales alemanes, cuando el derecho nacional del marido les atribuye esta competencia y el mismo derecho alemán también la determina (o no la rechaza), con lo que tendrimos una acumulación de leyes respecto a la jurisdicción: ley nacional del marido y ley alemana.

Aquí, podemos ver que el sistema alemán, a pesar del principio de que no hace discriminación entre nacionales y extranjeros(31) aplica distintas reglas de competencia para unos y otros, realidad a

(31).- FRAGISTAS: ob.cit.,p.212; MIAJA:ob,cit,p.439

la que se llega, mediante la aplicación a la competencia internacional de las normas de competencia interna (32).

Un sistema análogo se sigue en Austria y en Suiza. En este último país, el demandante extranjero debe probar, ante el tribunal suizo, que este tiene competencia, con arreglo al derecho del demandante (33).

2.- C u e s t i o n e s c o n e x a s .

Como norma general, la ley aplicable, es la nacional del marido, aunque con la acumulación de la lex fori.

El art. 17 del C.G.D.B. establece que el divorcio se regirá por la ley de la nacionalidad del marido al tiempo de la interposición de la demanda. Un hecho que haya ocurrido, mientras el marido ha ya sido nacional de otro Estado, podrá ser alegado como causal de divorcio, solamente cuando este hecho sea causal de divorcio o de separación en este Estado. Si al tiempo de la interposición de la demanda, el marido hubiere perdido la nacionalidad alemana, pero no así la mu-

(32).- HELLMER, J.: Recht, Frankfurt a.M., 1959, pgs. 74 y 80

(33).- VERPLAETSE: ob.cit., nota (23) en pg. 398.

jer, se aplicaron las leyes alemanas. El divorcio, así como la disolución de la sociedad conyugal podrán tener lugar en Alemania, de acuerdo con la ley extranjera, solo cuando hubiere lugar al divorcio, de acuerdo con ambas legislaciones (34).

Con arreglo a este precepto, llega WOLFF (35) a la conclusión de que el divorcio, solo es posible, en Alemania: 1. Cuando tanto el derecho nacional del marido, como la lex fori, reconocen la institución; 2. Cuando según los dos derechos, exista un motivo de divorcio, sin que sea necesario que sea el mismo, o sea, que la admisibilidad de la acción se resuelve acumulativamente por la lex fori y la lex patriae, mientras que la causa se juzga solo por la lex patriae; 3. También es procedente el divorcio cuando, en vez del Derecho nacional del marido, rige el Derecho alemán, lo cual puede ocurrir en dos situaciones: 1. En caso de reenvío, según el art. 27 de la Ley de Introducción; 2. En caso de que el marido haya perdido la nacionalidad alemana, después de contraído el matrimonio, conservándola, en cambio la mujer, a tenor del art. 17, apart. 3 de la misma Ley de Introducción.

(34).- Ley de Introducción y Código Civil alemán, en HELLMER; ob. cit que reproduce numerosos preceptos. También "Bürgerliches Gesetzbuch", Köln, 1958.

(35).- WOLFF, M.: ob. cit. 1936, p.320.

Dos cuestiones de ley aplicable, nos quedan por presentar la del momento en que debe ser tomada en consideración, la ley nacional del marido y la de la intervención del orden público alemán. En cuanto a la primera, el Derecho alemán determina que el momento decisivo, es el de la presentación de la demanda y en ese instante es cuando hay que atender a la nacionalidad del marido; esto es criticable, ya que, por muchas razones, parece más justo adoptar como momento decisivo, aquel en que se produjo la causa de divorcio. En cuanto a la intervención del orden público alemán, según el art. 30 de la Ley de Introducción, hemos de decir que es muy activa en esta materia sobre todo en lo que respecta a la adopción de medidas provisionales para las situaciones previas al divorcio.

En cuanto al valor de las sentencias extranjeras de divorcio, el reconocimiento, está sujeto, en general, a las prevenciones del 328 del Código procesal civil.

El principio es que, el Derecho alemán, tiende a que las sentencias extranjeras sean reconocidas, y surtan todos los efectos en Alemania, es decir, los mismos que produce en el Estado extranjero en que la sentencia ha sido dictada, los cuales se producen aún en el caso en que el Estado nacional de las partes, negara todo reconocimiento a la sentencia.

Se excluye el reconocimiento de la sentencia extranjera, en los casos siguientes: 1. Cuando, según el Derecho alemán, no sea competente ningún tribunal del Estado en que se ha dictado la sentencia; 2. Cuando se condena a un acusado alemán que no se haya presentado en el proceso por falta de citación personal o a través del amparo jurídico alemán; 3. Cuando, en asuntos referentes al matrimonio o Derecho de familia, una parte alemana sea objeto de un trato menos favorable del que le correspondería, según las normas del Derecho internacional privado alemán; 4. Cuando la sentencia extranjera resulte contraria al orden público alemán; 5. Cuando no está garantizada la reciprocidad, o sea, cuando esta no resulta de tratados internacionales, o de las leyes, o del derecho consuetudinario o de la práctica constante.

Finalmente, diremos que si el divorcio dictado en el extranjero, lo ha sido por autoridades no judiciales, para que surta efectos en Alemania, es preciso que tal divorcio sea válido con arreglo al Derecho del país en que se ha dictado, y también según el Derecho nacional de los cónyuges.

D) El sistema ruso.

1.- J u r i s d i c c i ó n.

La igualdad de sexos es un principio general del sistema soviético. Establecer una desigualdad, sería tanto como crear privilegios a favor del hombre, lo cual es contrario a las ideas socialistas. Por otra parte, se estima, la desigualdad jurídica del varón y la mujer, como una ley general y propia de los países burgueses y explotadores (36).

Bajo la ley rusa anterior a 1944, los extranjeros, podían ser divorciados en Rusia, de acuerdo a la ley local rusa. Una de las partes, había de estar domiciliada en Rusia, para hacer la declaración ante el Registrador del domicilio de una de las partes (37).

En 1.961, el Soviet Supremo de la URSS, adoptó el estatuto que delinea los Principios de Legislación Civil de la Unión Soviética, los cuales entraron en vigor en 1 de mayo de 1.962. Estos principios, contienen un corto catálogo de reglas que proveen a la solución de los problemas legales, en las relaciones civiles con elemen

(36).- WYSHINSKY; A.Y.:The Law of the Soviet State, N.York,1951,p.586

(37).- MAKAROV: ob.cit., II,396-7

to extranjero. Previsiones similares, se encuentran en los Principios de Procedimiento Civil de la Unión Soviética, que se promulgaron y entraron en vigor, al mismo tiempo que los Principios de Legislación Civil. Los códigos republicanos sobre matrimonio, divorcio, familia y tutela, tienen una singular importancia para la determinación de la capacidad legal de los extranjeros y sus relaciones de familia (38).

El artículo 122 de los Principios de Legislación Civil, establece que los ciudadanos extranjeros, gozan, en la URSS, de la misma capacidad cívico-legal, que los ciudadanos soviéticos. Este es el principio general, aunque se admiten excepciones.

El art. 59 de los Principios de Procedimiento Civil, establece que los ciudadanos extranjeros, tienen acceso a los tribunales soviéticos y gozan de iguales derechos procesales que los ciudadanos soviéticos.

Y, si del orden de los principios generales, pasamos al problema del matrimonio, y concretamente, del divorcio, encontramos que: El Código de Matrimonio, Familia y Tutela es la fuente de las reglas sobre conflictos de leyes en relaciones de familia de extranjeros. Este Código, de 19 de noviembre de 1926, establece como principio

(38).- GRZYBOWSKI, K.: Soviet Private International Law, Leyden, 1965, pgs, 56 a 58.

que, las relaciones de familia, de extranjeros, están bajo la ley soviética, tanto se trate de relaciones entre súbditos soviéticos con extranjeros, como de estos entre sí. Algunas legislaciones de las diferentes Repúblicas, contienen principios especiales.

En relación concretamente a la jurisdicción, los tribunales soviéticos, pueden entender en pleitos de divorcio cuando uno o ambos cónyuges son extranjeros, o cuando ambas partes residen en la Unión Soviética. Si una de las partes vive en el extranjero, de acuerdo a la Resolución núm. 2 del Tribunal Supremo de la URSS, de 19 de junio de 1959, el tribunal soviético puede tener jurisdicción si ambas partes están de acuerdo en someter, su pleito de divorcio, a los tribunales soviéticos. También tienen jurisdicción los tribunales soviéticos cuando, aunque una de las partes resida en el extranjero, la otra reside en la Unión Soviética y tiene, bajo su cuidado, hijos menores del matrimonio; en este caso, será competente el tribunal del domicilio soviético (39).

2.- C u e s t i o n e s c o n e x a s .

Por principio, en cuanto a ley aplicable, únicamente se -

(39).- GRZYBOWSKI, K.: ob.cit., p.129.

aplicará la ley soviética, y esto, aunque en la relación de divorcio, aparezcan elementos extranjeros. Y es que, los tribunales soviéticos, nunca aplicarán una legislación extranjera.

Respecto al valor de las sentencias extranjeras de divorcio, el art. 141 del Código de Matrimonio y Familia, dispone que los certificados extranjeros de divorcio, otorgados conforme a la legislación extranjera, tienen la misma fuerza probatoria que si se hubiese obtenido el divorcio en la Unión Soviética (40). Los divorcios obtenidos, en el extranjero, por súbditos rusos, se reconocen normalmente - en Rusia, puesto que los requisitos exigidos fuera, suelen ser mayores que los exigidos por la legislación soviética (41).

E) Referencia a otros sistemas.

1.- S i s t e m a m u s u l m a n .

En cuanto a jurisdicción, como, en Derecho musulmán, hay una multiplicidad de jurisdicciones, la administración de justicia se hace muy confusa. En las acciones personales, y la de divorcio es una

(40).- GRZYBOWSKI, K.: ob.cit., p.128

(41).- MAKAROV: ob.cit., pag.399 (citándose en LORENZEN)

de ellas, la regla es someterse al juez del domicilio del demandado, pero, el juez musulman, conoce de todos los asuntos que lleven los li tigantes ante su tribunal, sin más preocupaciones de capacidad, ni de cuestiones de competencia (42).

Respecto a las cuestiones conexas, diremos, en muy breves palabras:

La ley aplicable, será siempre la ley musulmana. Y en el "fic" o ciencia jurídica, se puede estimar que existe un divorcio mediante alegación de causa, otro a través del repudio, y otro con carácter consensual retribuido económicamente.

Las sentencias extranjeras, producen, por principio, sus efectos, en territorio de los países musulmanes.

2.- S i s t e m a i n d i o .

El divorcio es desconocido en Derecho indú, aunque, por - costumbre, se permite en ciertas localidades y castas inferiores.

Ningún tribunal puede conceder el divorcio, si no es me-

(42).- ARMINJON-NOLDE-WOLFF: Traité de Droit Comparé, Paris, 1951, T. III, p.448; LOPEZ ORTIZ, J.: Derecho musulman, Barcelona, 1932, p.82

diante un acto privado de retirarse de la cohabitación, en virtud de la Indian Act, de 1866.

Los mahometanos reconocen tres formas de divorcio, una de las cuales, es judicial, en cuyo caso puede ser demandado por ambos conyuges, con ciertas formas y en ciertas condiciones.

En las demás comunidades que viven en la India (cristianos o budistas), se aplica su propia ley. Los cristianos pueden demandar el divorcio por la Indian Divorce Act; los budistas también pueden de mandarlo; los persas, igualmente, en las condiciones de la Indian Act XV, de 1865 (43).

3.- S i s t e m a j a p o n é s .

Antes de la última guerra, los tribunales japoneses, ejercían jurisdicción, en materia de divorcio, cuando uno de los conyuges era extranjero o, incluso, cuando lo eran ambos, sobre la base del lugar en que, el marido, se hallaba presente o sobre la del último domi cilio en Japón. Después de la guerra, el número de divorcios ha creci do enormemente y la jurisdicción de los tribunales, se ha alargado en

(43).- RENTON Y PHILLIMORE: ob.cit.,p.896 y s.; ARMINJON-NOLDE-WOLFF: ob.cit.,p.535 y s.

gran medida (44).

En general, los tribunales japoneses, se dan por satisfechos en cuanto a su competencia, cuando el domicilio de las dos partes está en Japón, sin tomar en cuenta la nacionalidad. Pero si los cónyuges tienen diferentes domicilios o nacionalidades, los problemas subsisten, siendo la regla más común, basar la competencia japonesa, en el domicilio o residencia habitual del demandado, aunque, en ocasiones, se ha concedido la competencia, en base al domicilio o habitual residencia del demandante.

Respecto a las cuestiones conexas, nos referiremos a las dos que vemos añadiendo para completar nuestro estudio.

La ley japonesa es la aplicable por los tribunales japoneses, al divorcio, si este es, además, admisible, según la ley de la nacionalidad del marido, al tiempo de la demanda (art. 16 del Hore ó Código civil). En muchos casos, para obviar el inconveniente de esta remisión a la ley del marido, se acude a un reenvío ficticio respecto de un inexistente Derecho extranjero, a favor de la ley japonesa como aplicable.

(44).- EHRENZWEIG-IKEHARA-JENSEN: American-Japanese Private International Law, Parker School of Foreign and Comparative Law, Bilateral Studies, N.York, 1964,p.64 y ss.

En cuanto al valor de las sentencias extranjeras de divorcio, cuando alguno de los cónyuges es japonés, ha sido puesta, frecuentemente, en tela de juicio. Y, en ciertos casos, se ha denegado el reconocimiento de una sentencia extranjera, obtenida por cónyuges, ambos japoneses. La regla es que, la competencia del tribunal extranjero, - que dicta el divorcio, debe ser examinada de acuerdo a los principios de la jurisdicción interna japonesa.

4.- Países africanos y asiáticos

Las cuestiones que presenta el Derecho internacional privado, en general, y sobre divorcio, en particular, en los países descolonizados, se resuelven normalmente, por aplicación de los Derechos de Conflicto de los Estados que antes los dominaban. Por tanto, los Derechos normalmente aplicables, serán el inglés y el francés. Esta es la postura que sostiene Franceskakis (45).

En Africa del Sur, la jurisdicción se ejerce a base del domicilio de los cónyuges en el país, o, en otros casos, cuando el matrimonio ha sido contraído en el mismo (46). En Ceilán, ningún tribu-

(45).- FRANCESKAKIS, PH.: Les problémes de Droit International Privé - de L'Afrique Noire Indépendente, Recueil des Cours, 1964, II,- T.112, p.269.

(46).- RANDON y PHILLIMORE: ob.cit., p.825.

nal puede decretar un divorcio, si ninguno de los cónyuges está domiciliado dentro del país y, el matrimonio, se ha contraído fuera de él. En Australia, con leyes particulares en los diferentes Territorios, - la regla es que, la jurisdicción, para cuestiones de divorcio, se ejerce de la misma forma que en Inglaterra. Lo mismo ocurre en Nueva Zelanda y en otros países que forman parte de la Commonwealth o que fueron - antes colonias británicas (47).

-oOo-

(47).- RENDON y PHILLIMORE: ob.cit., p.825 y s.

SEGUNDA PARTE

LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL SOBRE DIVORCIO
EN DERECHO IBEROAMERICANO.-

Capítulo I

CARACTERISTICAS GENERALES Y PRINCIPIOS DE SOLUCION

SUMARIO

Sección I. Presupuestos característicos.- A) Presupuestos procesales.- 1. En general.- 2. Sobre divorcio.- B) Presupuestos materiales (Derecho Civil).- 1. En general.- 2. Sobre divorcio.

Sección II. El divorcio como "questio iuris" de Derecho - internacional privado iberoamericano.- 1. Planteamiento.- 2. Problemática especial.

Sección III. Problemática conflictual especial.- A) Conflictos de jurisdicciones.- 1. En general.- 2. Sobre divorcio.- B) - Conflictos de leyes.- 1. En general.- 2. Sobre divorcio.

Capítulo I

CARACTERISTICAS GENERALES Y PRINCIPIOS DE SOLUCION

Este Capítulo I de la Segunda Parte, se presenta como parrejo del Capítulo I de la Parte Primera. Así como, en aquél, se han expuesto las nociones de concepto y el método a seguir en la elaboración de esta tesis, en éste, se van a subrayar las características especiales que presenta el Derecho internacional privado iberoamericano en materia de divorcio.

En primer lugar y desde el punto de vista interno, nos referiremos a las especialidades o características que se aprecian en los sistemas iberoamericanos materiales y procesales, de cada país, cuando se refieren a la cuestión del divorcio. Este es el contenido del Capítulo en su Sección I.

Posteriormente, trataremos, de manera concreta, la forma en que la institución del divorcio, se convierte en problema de carácter internacional, cuando, en cualquiera de las diferentes legislaciones iberoamericanas, aparece un elemento extranjero. En la Sección II estudiaremos como ocurre esta situación y de que manera especial se presenta en los países que tratamos.

En la Sección III del Capítulo, entraremos en los puros - problemas conflictuales, es decir, en los problemas de Derecho interno, cuando se han convertido, por la presencia de aquel elemento extranjero, en problemas de Derecho internacional privado.

Sección I

Presupuestos característicos

A) Presupuestos procesales

1.- E n g e n e r a l .

La característica fundamental del Derecho de los pueblos iberoamericanos, en lo referente al sistema procesal interno general, es que la fuente originaria del mismo, es común.

Efectivamente, esta fuente es la legislación española. Dice PRIETO-CASTRO, refiriéndose a este punto que "salvo contadas excepciones, rigen en ellos, leyes y códigos inspirados en la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1881, y alguno en la de 1855 (por ejemplo El Salvador)" (1).

Esta es una realidad fácilmente comprobable, si examinamos los textos legales vigentes, en la materia, en todos los países de origen español. Los Códigos procesales, siguen, en general, nuestro sistema en la distribución de libros y títulos, en los conceptos lingüísticos empleados, en las expresiones técnicas, en las fases de los procesos y tipos de los mismos, y en la manera de enfocar los pro

(1).- PRIETO-CASTRO, L.: ob.cit., p.49 del T.I.

blemas y presentar las soluciones.

El origen común proviene, remotamente, de la aplicación - de las leyes españolas de procedimiento durante la época colonial. El origen próximo, resulta de la promulgación de Códigos de procedimiento, por los países iberoamericanos, una vez independientes, sobre el marco de la legislación española posterior a tal independencia.

En cuanto al Derecho español, en la época colonial, éste, estaba constituido por la Novísima Recopilación de las Leyes de España de 1804 y, anteriormente, por las Siete Partidas, en los puntos - fundamentales. El Ordenamiento de Alcalá y el Ordenamiento Real, también establecían reglas procesales, lo mismo que las leyes de Toro y la Novísima Recopilación. Con arreglo a las normas de estos Cuerpos - legislados, se determinaba la jurisdicción y se establecía la competencia de los tribunales. Pero, el Texto legal que recibía verdadera aplicación, era la Novísima Recopilación en las leyes 15 y siguientes del título 1º del libro IV, leyes 1 a 14 del título 1º del mismo libro, y ley 32 del título 2º (2).

Posteriormente, y cuando los países iberoamericanos se independizan, empiezan a promulgar sus propios Códigos civiles y de pro

(2).- Publicación de ALCUBILLA, M.M.: Códigos antiguos de España, Madrid, 1885, dos tomos.

cedimiento, y, para ello, vuelven sus ojos, obviamente, casi sin excepción, al sistema imperante en España, lo que produce, en algunos casos, un calco del Derecho procesal español, y, en otros, una inspiración muy pegada a la letra.

Con todo esto, los países iberoamericanos, heredan nuestro desdichado sistema, anticuado en su concepción (al recoger ciertos principios ya rebasados cuando se publicó), retrógado en su inspiración (por atender a precedentes remotos, saltando sobre la mejor Ley de 1855), absurdo, en muchos casos, pesado y lento siempre, que, desde finales de siglo imperaba en España y, desgraciadamente, sigue vigente.

En cuanto a la legislación procesal brasileña, aunque no de inspiración española, tiene muchos rasgos comunes con los demás sistemas iberoamericanos, provenientes de su inspiración francesa, próxima o remota.

2.- Sobre divorcio.

El derecho procesal interno iberoamericano, sobre divorcio se caracteriza fundamentalmente porque, a pesar de tratarse de una institución de la transcendencia individual y social que tiene, esta

institución, repetimos, no es regulada, procesalmente, con especial - relevancia.

En efecto, y prescindiendo de los países que no establecen regulación procesal en la materia, por la sencilla razón de no admitir la institución en el orden sustantivo, hay que decir que gran parte - de las legislaciones procesales iberoamericanas, no establecen un procedimiento especial para la tramitación de las acciones de divorcio, - por lo que hay que acudir a los procedimientos de tipo común. Unas veces, se recurre a ellos ante el silencio legal que nada dice en el orden procesal; otras, se acude al procedimiento común por indicarlo expresamente el respectivo Código procesal. Y aquí viene, otra vez, esta facilidad con que se trata la institución, puesto que frecuentemente se establece, de entre los procedimientos comunes, el más breve, - rápido y de menos garantías.

Algunos países, establecen un procedimiento especial para la tramitación del divorcio, pero son muy pocos los que multiplican - las garantías, aunque debemos señalar que, es normal, la intervención del Ministerio público.

Y esto, sin contar los casos en que el divorcio de tipo - administrativo, sin intervención judicial, es admitido, como ocurre - con ciertos Estados mejicanos.

B) Presupuestos materiales.

1.- E n g e n e r a l.

El vínculo matrimonial es más laxo que en Europa, debido a las peculiaridades sociales iberoamericanas. A pesar de que las leyes europeas, a través de España y Portugal, se hicieron obligatorias en iberoamérica, es lo cierto que, esta obligatoriedad, no pasó de un cierto grado y que, las condiciones particulares geopolíticas, influyeron sobre ellas, moldeándolas y haciéndolas aptas para la vida en aquellos países.

Las necesidades de aumento de población (como en el pueblo hebreo precristiano), la dificultad de las comunicaciones y, al mismo tiempo, la facilidad para cruzar las fronteras, la misma idiosincracia creada por la mezcla de razas, son todos, factores que han influido sobre la institución matrimonial, parejamente a como lo han hecho en otras instituciones.

Esta realidad que, como siempre ocurre, se ha impuesto a los principios, ha desbordado los principios rígidos y las formas previas, ha saltado sobre ellos facilitando la celebración del matrimonio y la disolución del mismo y ha llegado, por un proceso lógico, a tolerar o reconocer uniones no propiamente matrimoniales, como el con

cubinato venezolano o el matrimonio de hecho panameño (3), o, incluso la complaciente situación matrimonial hondureña con sus numerosas uniones sin consagración legal.

Otra de las características, en este punto, del Derecho iberoamericano, es la consideración del matrimonio como un puro contrato de índole civil, en todos los países, incluso en algunos que no admiten la institución del divorcio, como Argentina.

En casi todos los códigos civiles, se declara que, la ley no reconoce otro matrimonio que el civil, diciéndose en muchos, expresamente, que el matrimonio es un contrato. En unos casos, esta regla ha sido establecida en los mismos Códigos; en otros, se ha plasmado a través de leyes especiales, llamadas comúnmente de matrimonio civil, las cuales han modificado la normatividad antigua del matrimonio canónico.

A consecuencia de esto, los efectos civiles del matrimonio, derivan de su carácter civil y son muy pocos los Estados que atribuyen efectos de este tipo, a los matrimonios religiosos. En este sentido, es regla general, la exclusión de las autoridades eclesiásticas de la esfera jurisdiccional del matrimonio.

(3).- SUSANA LENOX, J.A.: El Derecho matrimonial y el llamado matrimonio de hecho en la legislación panameña, Bogotá, 1950.

Hay, no obstante, países, como Colombia, que reconocen el matrimonio como sacramento, con efectos civiles. Pero la tónica general, es la apuntada más arriba. Otros países, reconocen la forma religiosa, como productora de todos los efectos jurídicos del matrimonio, pero dejando en libertad a los futuros cónyuges, la unión meramente civil, a su voluntad.

2.- Sobre divorcio.

En tesis general, el divorcio es institución admitida, en la gran mayoría de estos países.

Efectivamente, si hacemos el recuento de los países que desconocen la institución, resulta que solo cinco, Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Paraguay, pueden ser incluidos en este grupo. Consideran el matrimonio como lazo indisoluble que solo la muerte o, a lo más, la nulidad, pueden romper. Y, de estos países, uno de ellos, Argentina, ha conocido la institución recientemente, aunque por corto tiempo, como veremos después.

También, en este punto, ha ocurrido como con el matrimonio civil. Unas veces, la disolubilidad del matrimonio se ha establecido en los mismos Códigos, lo que ha ocurrido con los de reciente publicación

ción; otras, se ha dispuesto así, por medio de leyes especiales, llamadas comunmente de Divorcio, que han modificado la legislación antigua.

Aunque existen variantes, en la forma de regular la institución, lo cierto es que la admisión de la misma, se puede considerar como rasgo esencial del Derecho iberoamericano en nuestra materia.

Sección II

El divorcio como "questio iuris" de Derecho internacional privado iberoamericano

1.- P l a n t e a m i e n t o .

La aparición del elemento extranjero, en la relación de - divorcio, que es lo que internacionaliza la institución, tiene en - Iberoamérica, la característica especial de la facilidad de su asimilación. El elemento étnico, producto de una mezcla de razas, ha hecho de la mentalidad del iberoamericano, un hombre abierto a todas las corrientes, precisamente porque la mayor parte de la población, es producto de aportaciones relativamente recientes, que han encontrado acogida en estas tierras, antes, extrañas para ellos. Las mismas necesidades del inmenso territorio, escasamente poblado, hace que se reciban con facilidad, estas aportaciones extranjeras, sin la tradicional xenofobia de los países superpoblados, donde la distribución de la riqueza del país, es un problema que se agrava, con la aparición de elementos extraños.

Una consecuencia de lo anterior, es la igualdad de derechos entre nacionales y extranjeros, en el orden civil. De una manera o de otra, se trata de un principio que está escrito en todos los -

Textos Fundamentales de estos países. Y así, dice VALLADAO, "el clima de América, particularmente de América latina, desde comienzos del si glo XIX, presenta un Derecho de profunda orientación democrática y -- está impregnado de un gran humanismo, iluminado por un ideal de igual dad" (4). Esto, constituye una gloria perpetua para la América latina y consiste en considerar que los extranjeros, lo mismo que los nacio nales, tienen y pueden gozar de todos los derechos civiles que la ley reconoce a los nacionales (5).

Ya, en las primeras Constituciones de los Estados america nos, de principios del siglo pasado, así como en los Códigos civiles, se viene instaurando el principio contrario a la distinción europea, hija del nacionalista código de Napoleón, de nacionales y extranjeros por el contrario, en estos países, se establece la igualdad de dere-- chos entre unos y otros. No se atienen a principios convencionales o de reciprocidad, para conceder esta igualdad, sino que está proclama da, en los textos legales, con absoluta independencia de la actitud -- que, a este respecto, adopten otros Estados.

Este principio, no solo está recogido en los textos inter nos, sino también en los convencionales.

(4).- VALLADAO, H.: Le Droit Latino-Americain, Sirey, Paris, 1934

(5).- VALLADAO, H.: ob.cit., R. des Cours, nº 7.

Finalmente es de destacar el carácter democrático de las instituciones jurídicas. Como dice DAVID, "en los países latinos de América, la democracia, más que política o económica, es eminentemente social, hecha del sentimiento de igualdad que existe entre todos los hombres, cualquiera que sea su condición económica, su origen o la raza a que pertenezcan. Los hombres de origen europeo, que constituyen o han constituido hasta tiempos recientes la clase política dominante, son inmigrantes o descendientes de inmigrantes, y cuentan más a sus ojos las cualidades y la personalidad de cada individuo, que la nobleza o la antigüedad de su linaje. Las diferencias de origen étnico o social, quedan atenuadas en países, en que las más amplias oportunidades están abiertas a los individuos independientemente de su origen, y en los que el éxito está en función, esencialmente, de las cualidades de cada uno, de su fuerza, su decisión o su audacia, o de la mala o buena suerte de cada uno. El espíritu universalista florece en estos países de fronteras, a menudo artificiales, en oposición con el espíritu nacionalista que esclaviza a Europa (aunque desgraciadamente.... puede observarse una evolución en esta materia, en muchos países de América latina, en el momento actual, donde los progresos del nacionalismo se deben a las crisis económicas y al temor del expansionismo norteamericano). El espíritu de tolerancia es, allí, natural e innato" (6).

(6).- DAVID, R.: ob.cit., p.253.

2.- P r o b l e m á t i c a e s p e c i a l .

Cuando una cuestión de Derecho internacional privado, se plantea en términos generales, la problemática es mucho más acuciante y amplia que, cuando se plantea entre sistemas jurídicos pertenecientes a lo que DAVID llamaría una misma familia jurídica. Si, además, - los lazos de parentesco de estas legislaciones, son tan estrechas como los que se dan entre las de los países de Iberoamérica, el problema se facilita enormemente.

Y esto es lo que aquí ocurre, precisamente.

El problema confesional, en el orden legislativo, ha desaparecido puesto que, a excepción de Colombia, todas las legislaciones que estudiamos, consideran que el matrimonio es un contrato civil, y si, algunas de ellas, no aceptan el divorcio, puede deberse a inspiración confesional, pero, de ninguna forma, podríamos decir que era la religión la que se imponía imperativamente.

Las diferencias de nacionalidad que, en Europa, son tan acusadas y presentan tantos problemas por las consecuencias tan dis-

tintas que producen, quedan muy paliadas, en Iberoamérica, prácticamente hablando. Por una parte, se recurre mucho menos a la nacionalidad que en los viejos países europeos. Por otra, las consecuencias de las diferentes nacionalidades del varón y la mujer, durante el matrimonio, tampoco producen consecuencias muy diferentes, en general, pues a excepción de los países que rechazan la institución del divorcio, - los demás, suelen producirse, en la materia objeto de nuestro estudio con bastante homogeneidad.

El orden público es el recurso de los países que no admiten la institución del divorcio, contra las sentencias dictadas, respecto de sus súbditos, en otros países que reconocen esta forma de disolución del vínculo conyugal. Si bien, el orden público, ha actuado muy enérgicamente en los países no divorcistas, hasta ahora, hoy parece que se inicia una corriente más liberal que, por lo menos, tiende a admitir parte de los efectos de las sentencias de divorcio, aunque negando, generalmente, el efecto fundamental y característico de reconocer a los divorciados la readquisición de la capacidad nupcial.

El orden público se ha impuesto, incluso en los textos convencionales, como veremos después, y así se ha llegado a fórmulas de -

- 147 -

compromiso que, en realidad, a ninguno han satisfecho.

Por otra parte, la complejidad de los factores que intervienen en la institución, queda, aquí, manifiestamente paliada.

-oOo-

Sección III

Problemática conflictual especial.

A) Conflictos de jurisdicciones.

1.- E n g e n e r a l .

En punto al sistema que, podríamos llamar general, respecto a la conexión utilizada en Iberoamérica para establecer la competencia de los tribunales, habremos de concluir que es el de la conexión domiciliar.

Los Estados iberoamericanos, en función del carácter territorial, universalmente reconocido a las normas procesales y a la regulación de la jurisdicción, pueden adoptar diferentes conexiones para determinar la competencia de sus tribunales, y, de hecho, así lo hacen. Pero, en materia de divorcio, todos, prácticamente, se han inclinado, como en la mayoría de las acciones de tipo personal, por la aceptación de la conexión del domicilio, y, siempre que, en cuestiones de competencia, se habla de la ley personal, hay que entender que se refieren a la ley domiciliar.

En cuanto al valor de las sentencias extranjeras en materias de estado civil, es regla general, recogida en las legislaciones

de todos estos países y en los textos convencionales, que las mismas han de cumplir ciertas condiciones para producir efectos fuera del país que las dictó.

Aproximadamente, los requisitos exigidos a estas sentencias, para poder obtener el exequatur, son: que la competencia del tribunal que haya dictado la sentencia esté correctamente establecida con arreglo al Derecho procesal del país que la dicta; que las partes del pléito hayan podido ser citadas personalmente o de otra forma que los haya permitido acudir al tribunal; que la sentencia tenga fuerza ejecutoria en el país que la dicta; que no contravenga el orden público del país en el cual se pretende que sea reconocida; y, finalmente, se exigen otros requisitos complementarios, relativos, principalmente a traducción y autenticidad del documento.

2.- Sobre divorcio.

Como una consecuencia de ser el divorcio, en cuanto a la acción ejercitable, de naturaleza personal, hemos de concluir que la jurisdicción se determinará a base de la conexión domiciliar. El domicilio, es, pues, lo decisivo para que los tribunales se reconozcan como competentes en materia de divorcio, en casi todos los países iberoamericanos, cuando en tal divorcio, aparezca un elemento extranjero.

Partiendo de esta base, hay que fijar dos cuestiones: la del domicilio de que se trata y la de la posibilidad de utilizar, para la competencia, cuando no exista el domicilio, otras conexiones secundarias.

El domicilio, en base al cual un tribunal (estamos hablando en términos generales y sin referirnos a las excepciones, que las hay y las veremos después, al estudiar cada sistema nacional o convencional) iberoamericano, se reconoce competente para aceptar una demanda de divorcio, continuar la tramitación del procedimiento y dictar una sentencia, es, comúnmente, el domicilio matrimonial o conyugal. - Ocorre, sin embargo que, para unas legislaciones, se estima que el domicilio conyugal puede ser establecido por el marido independientemente, mientras que, para otras, tal domicilio no existe si no se ha establecido de común acuerdo. En este segundo caso, puede no existir el domicilio conyugal y tener los cónyuges domicilios separados, lo que plantea problemas que veremos luego, en cada sistema, en concreto.

En cuanto a la posibilidad de aceptar conexiones secundarias, es normal, en todos los sistemas, reconocer que los tribunales, en defecto de domicilio, pueden establecer su competencia, fundándose en la residencia. En algunos casos, se recurre también a la mera presencia física.

En punto al valor de las sentencias, de divorcio naturalmente y dictadas en país extranjero, lo que más se tiene en cuenta en los países iberoamericanos para aceptarlas o rechazarlas es la firmeza de la base competencia del tribunal que las dicta. La regla general es el reconocimiento, aunque, en algunos casos, se rechazan, acudiendo al expediente del orden público.

B) Conflictos de leyes.

1.- E n g e n e r a l .

En cuanto a la ley aplicable al matrimonio, p^ortico obligado para estudiar, con cierta base, la ley aplicable al divorcio, podemos sostener que la regla general, en Iberoamérica, es la aplicación de la ley del lugar de celebración, y esto tanto para la forma, como para el fondo. Para la forma porque es la solución más práctica. Para el fondo porque se trata de una capacidad que, se sostiene, es de carácter especial y que resulta lo más congruente, hacer que se rija por la misma ley de la forma.

2.- S o b r e d i v o r c i o .

Podríamos sostener que la regla general, en cuanto a la ley aplicable al divorcio, en Iberoamérica, es la aplicación de la ley del domicilio conyugal. "En realidad, se trata de un gran principio continental, que no sufre otras excepciones que las de Méjico y Estados Unidos. En efecto, la regla de la residencia, aplicada por estas dos legislaciones, no difiere demasiado de lo que, para nosotros, representa el concepto mismo de ley del domicilio" (7).

A través de este sistema, que, podemos considerar como el general en Iberoamérica, según acabamos de ver, se facilita la actuación de los tribunales en los pléitos de divorcio y se conjuga la aplicación de la ley que determina la competencia, con la aplicación de la ley que rige el fondo, por lo que se llega a la deseada armonía entre ambas leyes que, desde Savigny, ha sido la solución perseguida por muchos autores y legislaciones. Y esto, porque en todos estos países, por su especial formación étnica, se da siempre preferencia al -

(7).- GALLARDO, R.: ob.cit., p.18

lugar elegido voluntariamente para fundar un hogar, sobre los lugares abandonados para venir a éste. Por tanto, se hace prevalecer, la ley del hogar nuevo, la ley del domicilio conyugal, y esta ley es la que regirá todas las relaciones que se produzcan en lo sucesivo, entre las cuales, una posible, es el divorcio.

Capitulo II

SOLUCIONES INTERNACIONALES (LOS SISTEMAS CONVENCIONALES)

SUMARIO

Sección I. Tratado de Lima.- A) Jurisdicción.- 1. Textos legales.- 2. Aplicación.- 3. Conclusión.- B) Cuestiones conexas.- 1. Ley aplicable.- 2. Valor de las sentencias.

Sección II.- Primeros Tratados de Montevideo.- A) Jurisdicción.- 1. Textos legales.- 2. Aplicación.- 3. Conclusión.- B) Cuestiones conexas.- 1. Ley aplicable.- 2. Valor de las sentencias.

Sección III.- Segundos Tratados de Montevideo.- A) Jurisdicción.- 1. Textos legales.- 2. Aplicación.- 3. Conclusión.- B) Cuestiones conexas.- 1. Ley aplicable.- 2. Valor de las sentencias.

Sección IV.- Código de Bustamante.- A) Jurisdicción.- 1. Textos legales.- 2. Aplicación.- 3. Conclusión.- B) Cuestiones conexas.- 1. Ley aplicable.- 2. Valor de las sentencias.

Capítulo II

SOLUCIONES INTERNACIONALES (LOS SISTEMAS CONVENCIONALES)

En este Capítulo II, vamos a estudiar las convenciones o acuerdos celebrados por los países iberoamericanos, en materia de Derecho internacional privado, y que, naturalmente, establecen unas reglas para solucionar los problemas que presenta la institución del divorcio.

En la Sección I, nos referiremos, siquiera sea rápidamente, al Tratado de Lima, pues lo consideramos punto de partida en el estudio evolutivo, aunque se trate de un texto legal que, por falta de ratificaciones, nunca llegó a aplicarse.

Posteriormente estudiaremos, con el detenimiento que merece, el texto de los Primeros Tratados de Montevideo, que es de gran importancia, sobre el cual se han establecido los convenios siguientes en la misma ciudad, y que nos evitará, el estudiar las soluciones nacionales, tener que repetir lo que con una referencia puede evitarse. Es el contenido del epigrafe de la Sección II.

Seguidamente, y en la Sección III, trataremos de los Segundos Tratados de Montevideo, sobre todo en la parte en que han modificado a los primeros que, en verdad, es muy escasa.

Finalmente, en la Sección IV, trataremos del llamado Código de Bustamante, en la parte que se refiere a los problemas de divorcio, directa o indirectamente, procurando, como haremos con los - Tratados de Montevideo, exponer la materia de forma clara y concisamente.

Hacemos gracia de las Conferencias Panamericanas, ya que sus conclusiones nunca han abocado hasta la creación de un texto legal efectivo.

Sección I

Tratado de Lima

A) Jurisdicción

1.- Textos legales,

El Tratado de Lima, de 9 de noviembre de 1878, con Protocolo adicional de 5 de diciembre del mismo año, fué firmado por Argentina, Bolivia, Bolivia, Costa Rica, Chile, Ecuador, Perú y Venezuela (1).

Fuó un Tratado "para el establecimiento de reglas uniformes en materia de Derecho internacional privado" y recibió posteriormente la adhesión de Uruguay y Guatemala. Nunca tuvo efectividad, por no haber sido ratificado.

En el Título IV, que trata de la competencia de los tribunales, establece, el art. 25 que los que tengan domicilio establecido en la República, sean nacionales o extranjeros y estén presentes o ausentes, pueden ser demandados ante los tribunales territoriales para el cumplimiento de contratos celebrados en otro país. El art. 26 dis

(1).- PUBLICACION OFICIAL: Colección de Tratados, Convenciones y otros pactos internacionales de la Republica Oriental del Uruguay, T.-VII (1876-1890), Montevideo, 1925, p.133.

pone que también pueden serlo los extranjeros que se hallen en el país aunque no sean domiciliados, si esos contratos se hubiesen celebrado con los nacionales o con otros extranjeros domiciliados en la República. Estos preceptos no son otra cosa que la aplicación del art. 1 que dice que los extranjeros, gozan en la República, de los mismos derechos civiles que los nacionales.

2.- A p l i c a c i ó n.

De los preceptos anteriores, resulta claro que los países firmantes del Tratado de Lima, optaron por la regla de establecer la competencia, en base al domicilio, desechando cualesquiera otras consideraciones de nacionalidad, etc.

El domicilio fundamental, en la forma en que se expresa - el art. 25, es el del demandado. la Interpretación de lo que es domicilio, que no viene dada por el texto convencional, debe hacerse conforme al Derecho territorial de cada país en donde se plantea la demanda.

En el art. 26, se recurre a una conexión secundaria, pues, en defecto de domicilio, se entiendo en sentido legal, podrán ser demandados los extranjeros, por la simple presencia física en el país.-

Y aunque parece que se refiere este precepto, solo a los contratos celebrados con nacionales o con extranjeros domiciliados en el país, hay autores que, en la interpretación, van más lejos e interpretan esto como una conexión secundaria de carácter general.

3.- C o n c l u s i ó n .

La competencia de los tribunales, se determina por el domicilio del demandado y, en su defecto, por la presencia física del mismo, en el territorio del tribunal.

B) C u e s t i o n e s c o n e x a s .

1.- L e y a p l i c a b l e .

En el Congreso de Lima, se luchó entre la orientación personalista, que seguía al Código italiano y era defendida por el Delegado de Perú, y la orientación territorialista, que seguía al Código argentino y era defendida por el Delegado de Bolivia (2). Las conclusiones, por que a nuestro estudio afecta, a que se llegó, fueron:

(2).- VALLADAO, H.: ob.cit. (Consecuencias.....), nº IV.

El estado y la capacidad de las personas, en general, así como la capacidad especial para contraer matrimonio, se resuelven según la ley nacional, aunque para los extranjeros que quieren contraer matrimonio en la República, se aplicará la lex fori en lo referente a impedimentos dirimientes (arts. 2, 10 y 12).

La validez del matrimonio se rige por la ley del lugar de la celebración (art. 7).

Para la disolución, se aplica la lex fori de modo absoluto puesto que el matrimonio disuelto en otro país y que no hubiera podido disolverse en la República, no habilitará a los cónyuges para contraer nuevas nupcias (art. 17).

2.- V a l o r d e l a s s e n t e n c i a s .

Se establecen reglas para el cumplimiento de sentencias -provinientes de otros países signatarios (art. 40), exigiendo que no se opongan a la jurisdicción nacional, que las partes hayan sido citadas legalmente, que la sentencia sea ejecutoria en el país que la dicta (art. 42), y que no sean contrarias a la Constitución política, a las leyes de orden público y a las buenas costumbres (art. 54).

Sección II

Primeros Tratados de Montevideo

A) Jurisdicción.

1.- T e x t o s l e g a l o s .

Por Protocolo, firmado en 14 de febrero de 1888, entre los Gobiernos de Uruguay, Argentina, fueron invitados a un Congreso de Derecho Internacional Privado, los Gobiernos de Chile, Brasil, Paraguay, Perú, Bolivia, Ecuador, Colombia y Venezuela. Asistieron las delegaciones (excepto las de Colombia, Ecuador y Venezuela) y dieron comienzo las sesiones, el 25 de agosto de 1888.

Se firmaron ocho Tratados y un Protocolo final. Entre estos Tratados y por lo que hace referencia a nuestra materia, se firmaron el Tratado de Derecho Civil Internacional, en 12 de febrero de 1889, y el Tratado de Derecho Procesal, en 11 de enero de 1889 también, los cuales fueron ratificados por Argentina, en 1894; Bolivia, en 1903; Paraguay, en 1889, Perú, también en 1889; y Uruguay, en 1892 Brasil lo firmó, pero no llegó a ratificarlo y se recibió la adhesión de Colombia. De esta forma, quedó reducido a seis, el número de paí-

ses en los cuales, estos Tratados entraron en vigor (3).

Los Tratados de Derecho Internacional de Montevideo, le 12 de febrero de 1889, son un valioso objeto de orgullo para los cinco países que los han ratificado (4).

En el Tratado de Derecho Procesal Internacional, el art.1 dice que los juicios y sus incidencias, cualquiera que sea su naturaleza, se tramitarán con arreglo a la ley de procedimientos de la Nación en cuyo territorio se promuevan.

En el Tratado de Derecho Civil Internacional, y dentro del Título XIV, que trata de la Jurisdicción, el art. 56 dispone que las acciones personales deben entablarse ante los jueces del lugar a cuya ley está sujeto el acto jurídico materia del juicio, pudiendo

(3).- RESTELLI, E.: Compilación de Actas y Tratados del Congreso Sud-Americano de Derecho Internacional Privado, Buenos Aires, 1928; GOBIERNO DE LA REPUBLICA ARGENTINA: Tratados sancionados por el Congreso Sud-Americano de Derecho internacional Privado, Buenos Aires, 1889; Tratados y Convenciones vigentes en la Nación Argentina, T.II, Acuerdos plurilaterales, B.Aires, 1926; PUBLICACION OFICIAL: Colección de Tratados, Convenciones y otros Pactos internacionales de la Republica Oriental del Uruguay, T. III (1876-1890), Montevideo, 1925, pgs. 621 y s.

(4).- RABEL: The conflict of Laws: A Comparative Study, Michigan Legal Studies, 2ª ed., Michigan, 1958, p.32.

igualmente entablarse ante los jueces del domicilio del demandado. - Dice el art. 62 que el juicio sobre nulidad del matrimonio, divorcio, disolución y, en general, todas las cuestiones que afecten a las relaciones personales de los esposos, se iniciarán ante los jueces del domicilio conyugal. En cuanto a lo que es domicilio, el art. 5 establece que la ley del lugar en el cual reside la persona, determina las condiciones requeridas para que la residencia constituya domicilio. - El art. 8 completa que, el domicilio de los cónyuges, es el que tiene constituido el matrimonio y en defecto de éste, se reputa por tal el domicilio del marido, mientras que la mujer separada legalmente conserva el domicilio del marido, mientras no constituya otro. Para el caso de que no haya domicilio, dice el art. 9 que las personas que no tuvieren domicilio conocido, lo tienen en el lugar de su residencia.

2. A p l i c a c i ó n.

De los preceptos antedichos, resulta que:

La competencia judicial, para el ejercicio de las acciones de divorcio, se determina, según el Tratado, por la ley del domicilio conyugal.

Se entiende que el domicilio conyugal es el que tiene constituido el matrimonio, y este domicilio conyugal es, al mismo tiempo, el domicilio de cada uno de los cónyuges, por lo que, en caso de demanda de divorcio, coincidirán el domicilio conyugal y el domicilio del demandado.

En el caso de que no existiese domicilio conyugal, uno es establecido de consumo, se entenderá que el domicilio conyugal es el domicilio del marido (lo cual es criticable hoy, de acuerdo a las modernas tendencias de equiparación jurídica del varón y la mujer).

En caso de que, conforme a las reglas anteriores, no hubiese domicilio conocido, se recurrirá a la conexión secundaria de la residencia conyugal o de la residencia del marido.

Lo que ocurre es que, en la interpretación de estos preceptos, hay diferencias, ya que cada Estado, los entenderá con arreglo a su legislación territorial.

3.- C o n c l u s i ó n .

Los tribunales de cada país ratificante, serán competentes siempre que el domicilio conyugal, se encuentre dentro de su territorio.

B) Cuestiones conexas.

1.- Ley aplicable.

La ley aplicable al fondo del divorcio es, igualmente, la ley del domicilio conyugal, pero siempre que la causa alegada, sea también admitida por la ley del lugar de celebración del matrimonio (art. 13), lo que implica una solución acumulativa de leyes.

Lo cierto es que, así como en algunos países, se reconoce a este Tratado, un valor decisivo y dominante, en otros, prácticamente, se le niega todo valor y se acude a la aplicación de la ley del domicilio conyugal que es la misma que ha determinado la competencia, con lo que, en definitiva, se ha aplicado la *lex fori* y se ha realizado la armonía entre competencia y ley de fondo.

2.- Valor de las sentencias.

Las sentencias, en general, y las de divorcio en particular, dictadas en uno de los Estados signatarios, tendrán en el territorio de los demás, la misma fuerza que en el país en que se han pronunciado, si reúnen los requisitos de que sean expedidas por tribunal

- 167 -

competente en la esfera internacional, tengan carácter ejecutoriado o sean cosa juzgada, que la parte haya sido citada y representada legalmente en el juicio, y que no se oponga al orden público del país en - que se pretende ejecutar (art. 5).

-oOo-

Sección III

Segundos Tratados de Montevideo

A) Jurisdicción.

1.- Textos legales.

Con ocasión del cincuentenario de los primeros Tratados de Montevideo, los Gobiernos de Uruguay y Argentina, invitaron a los de Paraguay, Bolivia, Brasil, Perú y Chile, a participar en un segundo Congreso de Montevideo, que debía proceder a la revisión de los textos del primero y habría de empezar sus sesiones, el 18 de julio de 1939. Este Congreso, tuvo dos etapas: la primera celebró sus sesiones entre el 18 de julio y el 4 de agosto de 1939 (con asistencia de Uruguay, Argentina, Paraguay, Bolivia, Chile y Perú); la segunda se desarrolló entre el 6 y el 19 de marzo de 1.940 (tomando parte en las sesiones, los mismos países citados y Brasil y Colombia).

Como consecuencia de estos trabajos, se concluyeron ocho Tratados y también un Protocolo Adicional final. Entre estos Tratados figuran, por lo que a nosotros afecta, el Tratado de Derecho Civil Internacional, firmado el 19 de marzo de 1940, y el Tratado de Derecho Procesal Internacional, de la misma fecha.

Estos Tratados, se encuentran, actualmente, ratificados - por Argentina, Paraguay y Uruguay, aunque este último país ha hecho - reservas respecto al Tratado de Derecho Civil. Otros países (Brasil-- excepto el Tratado de Derecho de Civil-, Colombia, Bolivia y Perú), - firmaron también los Tratados, a veces con reservas, pero sin que, - hasta la fecha, los hayan ratificado (5).

En el Tratado de Derecho Procesal Internacional, art. 1.- se establece que los juicios y sus incidencias, cualquiera que sea su naturaleza, se tramitarán con arreglo a la ley de procedimiento del - Estado en donde se promuevan.

En el Tratado de Derecho Civil Internacional, el art. 56, dice que las acciones personales deben entablarse ante los jueces del lugar a cuya ley está sujeto el acto jurídico, pero podrán entablarse igualmente, ante los jueces del domicilio del demandado. El art. 59 - dispone que los juicios sobre nulidad de matrimonio, divorcio, disolu- ción y, en general, sobre todas las cuestiones que afecten a las rela- ciones de los esposos, se iniciarán ante los jueces del domicilio con- yugal y si el juicio se promueve entre personas, que se hallen en el

(5).- VIEIRA, M.A.: Tratados de Montevideo 1888-1889-1940, Montevideo, 1959.

caso previsto en el art. 9 (separación) será competente el juez del último domicilio conyugal. Respecto a lo que se entiende por domicilio, dice el art. 5 que en aquellos casos que no se encuentran especialmente previstos en el presente Tratado, el domicilio civil de una persona física, en lo que atañe a sus relaciones jurídicas internacionales, será determinado, en su orden, por las circunstancias que a continuación se enumeran: 1ª. La residencia habitual en un lugar, con ánimo de permanecer en él; 2ª. A falta de tal elemento, la residencia habitual en el mismo lugar, del grupo familiar, integrado por el cónyuge y los hijos menores o incapaces, o la del cónyuge con quien haga vida común, o, a falta de cónyuge, la de los hijos menores o incapaces con quienes conviva; 3ª. El lugar del centro principal de sus negocios; 4ª. En ausencia de todas estas circunstancias, se reputará como domicilio, la simple residencia. En el art. 8 se dispone que el domicilio de los cónyuges existe en el lugar en donde viven de consumo y, en su defecto, se reputa por tal el del marido. Y el art. 9 dice que la mujer separada judicialmente o divorciada, conserva el domicilio del marido mientras no constituya otro; la mujer casada, abandonada por su marido, conserva el domicilio conyugal, salvo que pruebe que ha constituido por separado, en otro país, domicilio propio.

2.- A p l i c a c i ó n .

Estos preceptos, varían, en algunos puntos, respecto al - Derecho establecido en los Primeros Tratados.

Por principio, la competencia judicial, que en el Primer Tratado estaba establecida solo a base del domicilio conyugal, en este Segundo, se completa, para el caso en que los cónyuges estuvieren separados con anterioridad a la iniciación del divorcio, por el establecimiento de una nueva conexión competencial, cual es la del último domicilio conyugal. Esta segunda conexión solo rige para el caso de separación judicial, previa al divorcio o para el caso de la mujer casada, abandonada por el marido.

En cuanto a lo que se entiende por domicilio conyugal, la idea no expresada en el primer Tratado de que una cosa era el domicilio conyugal y otra el domicilio del marido, aparece aquí con más claridad, ya que se dice que el domicilio conyugal, es el lugar en donde los cónyuges viven de consuno. Y solo, por defecto de él, se recurre al domicilio del marido.

En estos Tratados, por el contrario de lo que sucedía con los primeros, no se hace referencia a la conexión subsidiaria de la - residencia.

No obstante estas clarificaciones en el concepto del domicilio y del establecimiento en aquella nueva conexión del último domicilio conyugal, las diferentes interpretaciones nacionales, han seguido produciendo problemas, en los países acogidos al Tratado, los - que se expondrán en los países respectivos.

3.- C o n c l u s i ó n .

Siguen vigentes las mismas reglas de competencia de tribunales, establecidas en los primeros Tratados, con una competencia más secundaria, en caso de separación judicial anterior o de abandono de la mujer, basada en el último domicilio conyugal. Entendemos que, aun en los países que han ratificado los nuevos Tratados, continua vigente la también conexión subsidiaria de la residencia.

B) Cuestiones conexas.

1.- Ley aplicable.

La ley aplicable al fondo del divorcio, es la del domicilio conyugal, aunque se previene que el reconocimiento del divorcio - no será obligatorio para el Estado donde se celebró el matrimonio, si éste no admite el divorcio, aunque, ningún caso, la celebración del - subsiguiente matrimonio, de acuerdo a las leyes de otro Estado, puede dar lugar al delito de bigamia (art. 15).

Aunque se produce una solución acumulativa de leyes, como en el Tratado anterior, tiene aquí una significación distinta, puesto que allí era necesaria la concurrencia, para que la sentencia fuese - válida, y aquí la concurrencia solo es precisa para que la sentencia produzca todos sus efectos, que, de otra forma, quedan limitados.

El Tratado actual es, pues, más liberal, pues con aplicar la ley del domicilio conyugal, la sentencia es válida y regular, y lo único que ocurre es que, en el país de celebración del matrimonio, el divorcio no tendrá efecto, si se desconoce la institución. Otra muestra de esta liberalidad, es la exclusión de la posibilidad del delito de bigamia.

2.- V a l o r d e l a s s e n t e n c i a s .

Las sentencias tendrán en los países signatarios, la misma fuerza que en el país en que fueron pronunciadas, si han sido dictadas por tribunal competente, si tienen carácter ejecutorio, si la parte ha sido legalmente citada y si no se oponen al orden público — del país de cumplimiento (art. 5).

Sección IV

Código de Bustamante

A) Jurisdicción.

1.- T e x t o s l e g a l e s .

A consecuencia de la Sexta Conferencia de Derecho Internacional Privado, reunida en La Habana, en 1928, apareció, como anexo, el Código llamado de Bustamante, en homenaje a su autor. Esta Sexta Conferencia fué firmada por veintiuna Repúblicas americanas, el 20 de febrero de 1928, y el Código, que tuvo posteriores modificaciones (en 1939 y 1940), fué firmado en esta fecha. Pusieron reservas en la firma, Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, República Dominicana, Paraguay, Nicaragua, El Salvador y Uruguay, y firmaron, sin reserva alguna, las demás Repúblicas concurrentes.

Las ratificaciones fueron hechas en la forma siguiente:

Sin reservas, ratificaron: Cuba, en 20 de abril de 1928; Guatemala, en 9 de noviembre de 1929; Honduras, en 20 de mayo de 1930; Nicaragua, en 28 de febrero de 1937; Panamá, en 26 de octubre de 1928; Perú, en 19 de agosto de 1919.

Con reservas, hicieron su ratificación: Bolivia, en 9 de marzo de 1932, que hizo una reserva de lo que estuviese en desacuerdo con la legislación del país y los tratados internacionales suscritos por el mismo; Brasil, en 3 de agosto de 1929, que negó su aprobación, por lo que a nosotros nos afecta, a los artículos 52 y 54 que disponen la aplicación de la ley del domicilio conyugal para el divorcio; Costa-Rica, en 27 de febrero de 1932, que hace una reserva general sobre lo que pueda estar en contradicción con su legislación, otra en cuanto a la transacción entre ley domiciliar y ley nacional para la capacidad y estado de las personas, diciendo que debe irse hacia la ley domiciliar absoluta, aunque firma el tratado para no retardar la obra; Chile, en 6 de septiembre de 1933, salva su voto en los puntos que estime convenientes, especialmente en lo referente a su política tradicional y a su legislación nacional; Ecuador, en 31 de mayo de 1933, hace, al ratificar el Código, una reserva moramente simbólica que no afecta a materia alguna particular; El Salvador, en 16 de noviembre de 1931, hace una serie de reservas, de las cuales, la única que nos afecta indirectamente, es la que establece que las incapacidades que puedan establecerse para los extranjeros, no serán reconocidas en el país; Haití, en 6 de febrero de 1930, hace una reserva que se refiere a procedimiento; República Dominicana, en 12 de marzo de 1929, hizo constar que deseaba mantener el predominio de la ley nacio

nal en las cuestiones de estado y capacidad de los dominicanos, donde quiera que estos se encontrasen, por lo que acepta con reservas la preeminencia de la ley del domicilio; Venezuela, en 12 de marzo de 1.932, hizo reserva sobre algunos artículos, como el 24 y el 423.

No han ratificado el Código, hasta la fecha, a pesar de haber concurrido a la firma, Argentina, Colombia, Méjico, Paraguay y Uruguay.

El Código está compuesto de un Título preliminar, un Libro primero, referente a Derecho Civil Internacional, un Libro segundo, que trata de Derecho Mercantil Internacional, un Libro tercero sobre Derecho Penal Internacional, y un Libro cuarto sobre Derecho Procesal Internacional.

El sistema general, abarca a los quince países que lo han ratificado.

El sistema, en lo relativo a divorcio, solo afecta a doce países, pues Brasil, Chile y la República Dominicana (Brasil por excluirlo expresamente, Chile por ir contra su legislación nacional, y la República Dominicana por aplicar el sistema de ley nacional) quedan excluidos en virtud de las reservas hechas . Y así resulta que, en -

cuestión de divorcio, el Código se aplica en Cuba, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, Bolivia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Haití y Venezuela.

Hemos de advertir que, de estos países, Perú y Bolivia, - ratificaron también los Tratados de Montevideo, por lo que, su sistema se hace más complicado (7).

En el Título preliminar, el art. 1., dispone que los extranjeros, que pertenezcan a cualquiera de los Estados contratantes, gozan en el territorio de los demás, de los mismos derechos civiles - que se conceden a los nacionales, aunque, cada Estado, por razones de orden público puede condicionar este derecho.

Dentro del Tratado procesal, dispone el art. 314 que la ley de cada Estado contratante, determina la competencia de los tribunales, así como su organización, las formas de enjuiciamiento y ejecución de las sentencias y los recursos contra sus decisiones. El art. 318, en cuanto a competencia civil, dice que será en primer término - juez competente para conocer de los pléitos a que dé origen el ejercicio de las acciones civiles y mercantiles de toda clase, aquél a quien los litigantes se sometan expresa o tácitamente, siempre que uno de ellos, por lo menos, sea nacional del Estado contratante a que el juez

pertenezca o tonga en él su domicilio y salvo el derecho local contrario. El art. 321 dice que se entenderá por sumisión expresa, la hecha por los interesados renunciando clara y terminantemente a su fuero propio y designando con toda precisión el juez a quien se sometan. Y el art. 322 completa que se entenderá por sumisión tácita, la hecha por el demandante acudiendo al juez e interponiendo la demanda, y para el demandado por el hecho de practicar, después de apersonado en el juicio, cualquiera gestión que no sea proponer en forma la declinatoria, entendiéndose que no hay sumisión tácita si el proceso se sigue en rebeldía. En el art. 323 se dispone que fuera de los casos de sumisión expresa o tácita, y salvo el derecho local contrario, será juez competente para el ejercicio de acciones personales, el del lugar de cumplimiento de la obligación y, en su defecto, el del domicilio de los demandados o subsidiariamente, de su residencia.

Para lo que debe entenderse por domicilio, el art. 22 dispone que el concepto, adquisición, pérdida o recuperación del domicilio general y especial de las personas naturales o jurídicas, se regirán por la ley territorial. Y el art. 24, que domicilio legal del jefe de familia se extiende a la mujer y a los hijos no emancipados, si no dispusiere lo contrario, la legislación personal de éstos. Y con carácter general, el art. 25, las cuestiones sobre cambio de domicilio

do las personas naturales o jurídicas, se resolverán de acuerdo con - la ley del tribunal, si fuere el de uno de los Estados interesados, y, en su defecto, por la ley del lugar en que se pretenda haber adquirido el último domicilio. Dice el art. 26 que para las personas que no tengan domicilio, se entenderá como tal el de su residencia o donde - se encuentren. Y el art. 27 que la capacidad de las personas individua les se rige por su ley personal, salvo las restricciones establecidas para su ejercicio por este Código.

2.- A p l i c a c i ó n .

De los preceptos anteriores, ordenadamente interpretados, resulta que:

En principio, todos los problemas que presenta la determi nación de la competencia o interpretación de los preceptos convencionales, debe hacerse con arreglo a la ley territorial, es decir, con - arreglo a la ley del tribunal que entiende del divorcio.

En el ejercicio de las acciones civiles, y la de divorcio es una de ellas, la competencia de los tribunales debe ser fijada sobre la base de la conexión domiciliar del demandado, y, en su defecto, por no existir domicilio o ser este desconocido, sobre la base de

de la conexión subsidiaria de la residencia, también del demandado.

En las acciones de divorcio, el domicilio del demandado, será el domicilio del jefe de familia, puesto que, por principio, éste, es el domicilio de la mujer. Si el demandado es el marido, no hay duda de que su domicilio, legalmente establecido, determinará cuál es el tribunal competente. Si la demandada es la mujer, el domicilio que fijará la competencia, será también el del marido, puesto que el domicilio de élla es el mismo. Esto supone, en muchos casos, una injusticia, y, siempre, una regla de desigualdad jurídica, de peor trato a la mujer, que no se compagina, ni bien, ni mal, con las modernas corrientes equiparadoras de los cónyuges.

Pero siempre se deja a salvo, el que la ley personal de la mujer, nacional o domiciliar—si se reconociese el domicilio separado de élla—, pudiera disponer otra cosa, en cuyo caso, será preferente esta disposición, sobre la que establece el texto convencional.

3.- C o n c l u s i ó n .

En resumen, si la demanda se dirige contra el marido, habrá de interponerse ante el tribunal del domicilio de éste; si se di-

rige contra la mujer, el tribunal competente para interponerla, será el del domicilio del marido, a no ser que la ley personal de la mujer disponga otra cosa.

B) Cuestiones conexas.

1.- Ley aplicable.

La regla fundamental, en este aspecto, es que el derecho al divorcio, se regula por la ley del domicilio conyugal, pero no puede fundarse en causas anteriores a la adquisición de dicho domicilio, si no las autoriza con iguales efectos la ley personal de ambos cónyuges (art. 52).

Cada Estado contratante tiene el derecho de permitir o - reconocer o no el divorcio o el nuevo matrimonio de las personas divorciadas en el extranjero, en casos, con efectos o por causas que - no admita su derecho personal (art. 53).

Las causas de divorcio, se someterán a la ley del lugar - en que se soliciten, siempre que en él estén domiciliados los cónyuges (art. 54).

La ley del juez, ante quien se litiga, determina las consecuencias judiciales de la demanda y por pronunciamientos de la sentencia, respecto de los cónyuges y de los hijos (art. 55).

Así resulta que la ley base aplicable, es la del domicilio conyugal, en el momento en que se interpone la demanda, sin que se puedan alegar causas anteriores a la adquisición de esta ley domiciliar, con objeto de evitar fraudes a la ley. Quiere esto decir, por otra parte, que la ley domiciliar-conyugal, es preferente a la ley personal-nacional, para las cuestiones de divorcio, y solo en el caso de que las causas alegadas sean anteriores a la adquisición de la ley domiciliar, podrá recurrirse a la ley nacional. Con esta orientación, el Código de Bustamante, ha hecho un considerable y loable esfuerzo para la aplicación del principio general iberoamericano de la ley domiciliar, facilitando, al mismo tiempo, que, países como Chile o Brasil, que desconocen el divorcio, o la República Dominicana, que lo admite con arreglo a su ley nacional, pudiesen firmar el Convenio, dejando a salvo, siempre, la posible actuación de su orden público internacional.

2.- V a l o r d e l a s s e n t e n c i a s .

La separación de cuerpos, así como el divorcio, obtenidos conforme a los artículos del Código de Bustamante, surten efectos civiles, de acuerdo con la legislación del tribunal que los otorga, en los demás Estados contratantes, salvo que no reconozcan el divorcio o no lo reconozcan por las causas alegadas, o no reconozcan el nuevo matrimonio de un divorciado (art. 56, en relación con el art. 53).

En el orden de los requisitos exigidos a una sentencia extranjera, para su reconocimiento, y por tanto también a una sentencia de divorcio, el Código establece que toda sentencia civil o contencioso-administrativa dictada en uno de los Estados contratantes, tendrá fuerza o podrá ejecutarse, en los demás, si reúne las siguientes condiciones:

1. Que tenga competencia para conocer del asunto y juzgarlo, de acuerdo con las reglas de este Código, el Juez o Tribunal que la haya dictado.

2. Que las partes hayan sido citadas personalmente o por su representante legal, para el juicio.

3. Que el fallo no contravenga el orden público o el derecho público del país en que quiere ejecutarse.
4. Que sea ejecutoriado en el Estado en que se dicte.
5. Que se traduzca autorizadamente por un funcionario o intérprete oficial del Estado en que ha de ejecutarse, si allí fuere distinto el idioma empleado.
6. Que el documento en que conste, reúna los requisitos - necesarios para ser considerado como auténtico, en el Estado de que - proceda, y los que requiera para que haga fé, la legislación del Estado do en que se aspira a cumplir la sentencia (art. 423).

CAPITULO III

SISTEMAS NACIONALES. A) SOLUCIONES POSITIVAS

(PAISES QUE ADMITEN EL DIVORCIO)

SUMARIO

Sección I.- Bolivia.- A) Jurisdicción.- 1. Textos legales.- 2. Aplicación.- 3. Conclusión.- B) Cuestiones conexas.- 1. Ley aplicable.- 2. Valor de las sentencias extranjeras.

Sección II.- Costa Rica.- A) Jurisdicción.- 1. Textos legales.- 2. Aplicación.- 3. Conclusión.- B) Cuestiones conexas.- 1. Ley aplicable.- 2. Valor de las sentencias extranjeras.

Sección III.- Cuba.- A) Jurisdicción.- 1. Textos legales.- 2. Aplicación.- 3. Conclusión.- B) Cuestiones conexas.- 1. Ley aplicable.- 2. Valor de las sentencias extranjeras.

Sección IV.- El Salvador. A) Jurisdicción.- 1. Textos legales.- 2. Aplicación.- 3. Conclusión.- B) Cuestiones conexas.- 1. Ley aplicable.- 2. Valor de las sentencias extranjeras.

Sección V.- Ecuador.- A) Jurisdicción.- 1. Textos legales.- 2. Aplicación.- 3. Conclusión.- B) Cuestiones conexas.- 1. Ley aplicable.- 2. Valor de las sentencias extranjeras.

Sección VI.- Guatemala.- A) Jurisdicción.- 1. Textos legales.- 2. Aplicación.- 3. Conclusión.- B) Cuestiones conexas.- 1.

Ley aplicable.- 2. Valor de las sentencias extranjeras.

Sección VII.- Haití.- A) Jurisdicción.- 1. Textos legales.
2. Aplicación.- 3. Conclusión.- B) Cuestiones conexas.- 1. Ley aplicable.- 2. Valor de las sentencias extranjeras.

Sección VIII.- Honduras.- A) Jurisdicción.- 1. Textos legales.- 2. Aplicación.- 3. Conclusión.- B) Cuestiones conexas. 1. Ley aplicable.- 2. Valor de las sentencias extranjeras.

Sección IX.- Méjico.- A) Jurisdicción.- 1. Textos legales.- 2. Aplicación.- 3. Conclusión.- B) Cuestiones conexas.- 1. Ley aplicable.- 2. Valor de las sentencias extranjeras.

Sección X.- Nicaragua.- A) Jurisdicción.- 1. Textos legales.- 2. Aplicación.- 3. Conclusión.- B) Cuestiones conexas.- 1. Ley aplicable.- 2. Valor de las sentencias extranjeras.

Sección XI.- Panamá.- A) Jurisdicción.- 1. Textos legales.- 2. Aplicación.- 3. Conclusión.- B) Cuestiones conexas.- 1. Ley aplicable.- 2. Valor de las sentencias extranjeras.

Sección XII.- Perú.- A) Jurisdicción.- 1. Textos legales.
2. Aplicación.- 3. Conclusión.- B) Cuestiones conexas.- 1. Ley aplicable.- 2. Valor de las sentencias extranjeras.

Sección XIII.- Puerto Rico.- A) Jurisdicción.- 1. Textos legales.- 2. Aplicación.- 3. Conclusión.- B) Cuestiones conexas.- 1. Ley aplicable.- 2. Valor de las sentencias extranjeras.

Sección XIV.- República Dominicana.- A) Jurisdicción.- 1. Textos legales.- 2. Aplicación.- 3. Conclusión.- B) Cuestiones conexas.- 1. Ley aplicable.- 2. Valor de las sentencias extranjeras.

Sección XV.- Uruguay.- A) Jurisdicción.- 1. Textos legales.- 2. Aplicación. 3. Conclusión.- B) Cuestiones conexas.- 1. Ley aplicable.- 2. Valor de las sentencias extranjeras.

Sección XVI.- Venezuela.- A) Jurisdicción.- 1. Textos legales.- 2. Aplicación.- 3. Conclusión.- B) Cuestiones conexas.- 1. Ley aplicable.- 2. Valor de las sentencias extranjeras.

... ..

Capítulo III

SISTEMAS NACIONALES. A) SOLUCIONES POSITIVAS

(PAISES QUE ADMITEN EL DIVORCIO)

Con este Capítulo III, entramos en el núcleo fundamental - de nuestro estudio, pues vamos a ver, país por país, cada uno de los - sistemas legales que, en el orden procesal, mejor, en el puro orden - competencial, está vigente.

Para una mejor comprensión del tema, hemos optado por dividir los sistemas iberoamericanos, en dos grandes grupos, el primero -- constituido por los países que admiten la institución del divorcio, y el segundo por los que la desconocen o rechazan. Dedicamos este capítulo al grupo primero, y dejamos a los segundos para el capítulo siguiente.

Como quiera que el orden procesal, depende, sirve y está - íntimamente ligado con el orden sustantivo, es inútil subrayar que la admisión o no del divorcio, tiene una absoluta trascendencia para - nuestro estudio, pues en los países en que la institución no es admitida, naturalmente, no hay normas procesales que regulen lo que no existe.

Refiriéndonos a este Capítulo, lo hemos dividido en tantas Secciones, como países iberoamericanos admiten el divorcio. Y dentro - de cada Sección, hemos seguido la misma sistemática que veníamos em- pleando, para mayor claridad, de distinguir la jurisdicción y estudiar la más extensamente, con una primera exposición de textos legales, una segunda de aplicación de los mismos doctrinal y jurisprudencialmente, y una tercera que, brevemente, recoge las conclusiones, añadiendo, a modo de complemento, unas nociones sobre la ley aplicable al fondo del divorcio, es decir a las causas alegadas fundamentalmente, y otras sobre la forma en que las sentencias extranjeras de divorcio son tratadas en cada país. Para la ordenación de los países, hemos adoptado un índice alfabético.

Sección I

Bolivia

A) Jurisdicción.

1.- T e x t o s l e g a l e s .

En 28 de octubre de 1930, se publicó un Código Civil, que entró en vigor, en 2 de abril de 1931. En 12 de agosto de 1945, se publicó un nuevo Código, que entró en vigor en 18 de noviembre del mismo año. En 1946, se volvió al viejo texto de 1930, que es el que hoy está en vigor, con enmiendas desde 1946. El art. 1 dice que las leyes obligan en todo el territorio boliviano y serán ejecutadas en cada parte de la República en virtud de solemne promulgación. El art. 47 determina que el domicilio de todo boliviano, en cuanto al ejercicio de sus derechos civiles, está en el lugar donde tiene su principal establecimiento. En el art. 53 se dispone que el domicilio de la esposa es el del esposo mientras dura el matrimonio. Hoy carecen de vigencia el art. 7 que sometía a los extranjeros a un régimen de reciprocidad, derogado por el art. 19 de la Constitución, y el art. 142 que rechazaba el divorcio.

En cuanto al Código de Procedimiento Civil vigente, promulgado en 15 de febrero de 1878, sólo destacaremos que el inciso 4º del art. 18, determina que, para las acciones personales, la competencia es del juez del lugar donde se celebró el contrato, ó del juez del domicilio del demandado, siempre a elección del demandante; y a falta de este domicilio del demandado, dispone el inciso 5º del mismo art. 18 que será juez competente el de la residencia, sea esta fija o precaria.

La Ley de 11 de octubre de 1911 sobre Matrimonio Civil, que se insertó en el Código, formando el Título V del Libro I, establecía en el art. 1 que la ley sólo reconoce el matrimonio civil. En el art. 16, se disponía que las acciones de nulidad y divorcio (aunque se refería todavía a separación), y cualesquiera otras que se relacionen con el matrimonio, se interpondrán ante el juez del Partido y se tramitarán con arreglo a las leyes comunes.

En la Ley de 15 de abril de 1932, de Divorcio Absoluto, el art. 1 dispone que el matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges, por la sentencia definitiva de divorcio. En el art. 5, se dice que el juicio de divorcio se sustanciará ante el juez de Partido del último domicilio del demandado, por la vía ordinaria y con inter-

vención del Ministerio público; el art. 7 dice que la demanda de divorcio sólo podrá entablarse por el marido, por la mujer o por ambos. Dice el art. 23 que, disuelto legalmente el matrimonio, los divorciados podrán contraer nuevas nupcias. El art. 24, determina que es disoluble, en la República, el matrimonio realizado en el extranjero, siempre que la ley del país en que se hubiese celebrado, admita la desvinculación(1).

También hay textos CONVENCIONALES, pues Bolivia es, juntamente con Perú, un país que ha suscrito y ratificado los textos de - Montevideo y el Código de Bustamante, incorporándolos a su legislación interna y aplicándolos en los casos oportunos.

Bolivia ratificó el Primer Tratado de Montevideo, en 17 - de noviembre de 1903, por lo que son aplicables, fundamentalmente, en materia jurisdiccional, los artículos 62 y 8 del mismo(2).

Ratificó también el Código de Bustamante, el 9 de marzo - de 1932, siendo por tanto, aplicables los artículos 323 y 24 del mis-

(1).- Para Código Civil y ciertas leyes complementarias, ver Código civil de Bolivia, Ed. del INSTITUTO DE CULTURA HISPANICA, prólogo Dr. Terrazas, Madrid, 1959.

(2).- V. pg. 161.

mo, para resolver determinados problemas jurisdiccionales(3).

2.- Aplicación.

Para el CASO GENERAL, es decir, para cuando en las cuestiones de divorcio, aparece algún elemento extranjero, no procedente de países ligados con los Tratados de Montevideo o con el Código de Bustamante, se aplican las reglas conflictuales puramente bolivianas.

Partiendo del principio de que el divorcio es una institución admitida, en el país (art. 1 de la Ley de Divorcio), la regla general es que la demanda habrá de intentarse ante el Juez de Partido, del último domicilio del demandado (art. 5 de la misma Ley), y en defecto de domicilio, la competencia será del Juez de Partido de la última residencia (art. 18, inc.5º del C. Proccsal).

Varias cuestiones tenemos que examinar:

Se entiende por domicilio, el lugar en que una persona tiene su principal establecimiento (art.47 del C.civil), y aunque es-

(3).- V. pg. 176

ta regla es de carácter doméstico y aplicada a los bolivianos solamente en principio, hay que entender que debe aplicarse también a los extranjeros, en el país, aunque no sea nada más que por el hecho de que no existen preceptos que determinen el domicilio internacional. Por otra parte, si, a falta de otro recurso interpretativo, acudimos a los textos convencionales firmados por este país, art. 5 del T. de Montevideo y art. 22 del C. de Bustamante, encontraremos que la solución propuesta, es la adecuada, ya que el domicilio, en cada país, se determina por las reglas del Derecho territorial.

Para el caso de acciones de divorcio, resulta que la competencia es del Juez del último domicilio del demandado, y así hay que distinguir: si la acción se dirige contra el marido, se entenderá que su domicilio es el que tenga en el momento en que se interponga la acción, sea el mismo que se estimaba como domicilio conyugal y que no ha variado, o sea un domicilio posteriormente adquirido; si la demanda está interpuesta contra la mujer, se entenderá que deberá hacerse ante el Juez del domicilio que fué conyugal, pues este es, por principio, el domicilio de la esposa (art. 53 del C. civil), pero la doctrina tiene sus dudas e incluso la jurisprudencia ha sentado criterios de interpretación más liberales, y así se pregunta que ocurre, si la

esposa, como es natural, antes del divorcio, al surgir la desavenencia, se ha ido a vivir a otro sitio distinto. Aquí, hubicra sido más lógico considerar competente al Juez del domicilio real de la demandada y tener en cuenta su actual residencia. La Corte Suprema, en sentencia de lo de noviembre de 1932, sostiene con excelente criterio que, en los casos de demanda contra la esposa, no rige el art. 53 del C.civil y la acción debe ser intentada en el lugar de la última residencia de la esposa, y esta solución constituye jurisprudencia constante hasta hoy(4).

Esta regla de determinación de la competencia, es aplicable, lo mismo a los bolivianos que a los extranjeros que viven dentro del país, tengan en él domicilio o residencia, porque la igualdad entre nacionales y extranjeros, desde el punto de vista civil, implica también su igualdad desde el punto de vista procesal, y, en particular, de la competencia(5).

(4).- VIRREIRA FLOR, R.: Derecho Civil boliviano, 1942.

(5).- SALINAS, J.M.: Manual de Derecho internacional privado, La Paz, 1945.

Para el CASO ESPECIAL, en que el elemento extranjero, provenga de países en los que sean aplicables el T. de Montevideo o el C. de Bustamante o ambos, hay que precisar.

Si el elemento extranjero proviene de cualquiera de los países del T. de Montevideo, la competencia, en acciones de divorcio, será decidida en favor del Juez del domicilio conyugal, entendiéndose por tal, el domicilio de los cónyuges y, en su defecto, el del marido, aplicándose, a falta de tales domicilios, la conexión subsidiaria de la residencia (arts. 62,8 y 9 del Tratado), pero interpretándose estos conceptos, con arreglo al Derecho boliviano (art. 5 del mismo). La diferencia es que, así como por regla general, lo mismo el Tratado — que el Derecho boliviano, nos conducen al mismo resultado, en el caso de que la mujer esté separada, con anterioridad al divorcio, en el Derecho boliviano sería juez competente el del domicilio real de la misma, mientras que, según el Tratado, sería competente el Juez del domicilio del marido.

Si el elemento extranjero, proviene de países a los que afecta el C. de Bustamante, la competencia será del Juez del domicilio del demandado, y en su defecto, del de la residencia (art. 232 del C. de Bustamante), determinándose el concepto con arreglo a la ley bo

liviana (art. 22 del C. de Bustamante) y entendiéndose que, el domicilio de la mujer, es el del marido (art. 24 del mismo Texto internacional). La única diferencia se produciría, como en el caso anterior, - cuando la mujer de hecho, tuviere con anterioridad al divorcio, un domicilio distinto del conyugal. Finalmente, recordaremos que es admisible y válida la jurisdicción del Juez boliviano, aunque el matrimonio tenga su domicilio fuera del país, cuando hay una sumisión expresa o tácita al mismo, siempre que uno de los cónyuges sea boliviano o tenga en Bolivia su domicilio (art. 318 del C. de Bustamante).

Finalmente, en el caso de que el elemento extranjero, provenga del Perú, país con el que Bolivia está ligada por ambos Textos convencionales citados, el problema queda resuelto si advertimos que Bolivia hizo una reserva al C. de Bustamante para el caso en que este Texto esté en contradicción con el Derecho boliviano y con los tratados suscritos por el país, uno de los cuales es el de Montevideo de 1888-9 que, naturalmente, se aplicará con peregrinancia.

3.- C o n c l u s i ó n.

En el caso general, la competencia, para el divorcio, so-

rá del Juez del domicilio real del demandado, y, en su defecto, del Juez de la residencia.

En el caso especial, la competencia será del Juez del domicilio conyugal y, en su defecto, del Juez del domicilio del marido, con la posibilidad, cuando se aplica el C. de Bustamante, de la sumisión expresa al Juez boliviano, en los términos antes explicados.

B) Cuestiones conexas.

1.- L e y a p l i c a b l e .

Por principio, para que el matrimonio de extranjeros pueda ser divorciado en Bolivia, se exige, en cuanto a las condiciones de fondo, que la ley del lugar donde el matrimonio se hubiere celebrado, admita el divorcio.

Según una interpretación rígida del art. 24 de la Ley de Divorcio, el boliviano que hubiere contraído matrimonio en Chile, país que no acepta el divorcio, no podría divorciarse en Bolivia, y sería de peor condición que el boliviano casado en Uruguay, por ejemplo. Pero, con arreglo a las nuevas tendencias personalistas, la ley boliviana

na hace una interpretación liberal y entiende que en el caso propuesto, el boliviano puede ser divorciado en Bolivia, pues la ley boliviana está dada para todos los súbditos.

La Corte Suprema, en sentencia de 22 de marzo de 1939, interpretando rígidamente el art. 24, declaró que con tal que en el país de celebración del matrimonio, el divorcio sea una institución admitida, hay que admitir, en Bolivia, el divorcio, sin atender a otras consideraciones. Pero, posteriormente, en 15 de diciembre de 1936, teniendo en cuenta los principios generales de Derecho internacional privado boliviano, exigió que lo que había de tenerse en cuenta era la ley nacional de los cónyuges. Lo cierto es que, en cuanto al problema de ley aplicable, no se ha podido unificar la jurisprudencia, y a cada paso se presentan interpretaciones contradictorias(6).

En el caso de que el elemento extranjero provenga de países ligados con el Tratado de Montevideo o con el Código de Bustamante, el sistema resulta de la solución acumulativa de leyes que cada uno de dichos Textos convencionales establece(7).

(6).- MONTERO HOYOS, S.: Derecho procesal boliviano, Ed. particular, sin fecha, p.23.

(7).- V. pgs. 163 y 179.

2.- Valor de las sentencias extranjeras.

La regla general es que, las sentencias extranjeras son reconocidas en Bolivia, siempre que no afecten al orden público del país. Y como, tratándose de sentencias de divorcio, el Derecho boliviano se encontrará que, casi todas las causas en que puede ser fundada una sentencia extranjera de divorcio, son causas admitidas por su propio Derecho, ampliamente liberal, será muy raro descubrir un caso en que la sentencia extranjera afecte realmente al orden público boliviano.

La sentencia de divorcio, para que produzca sus efectos en Bolivia, habrá de ser formalmente reconocida, y por tanto habrá de someterse al exequatur, en el cual, la jurisdicción boliviana examinará todos los requisitos de la sentencia, unas veces con arreglo al propio Derecho boliviano, y otras recurriendo a los Textos convencionales ratificados por el país(8).

(8).- URQUIDI, J.M.: Lecciones sintéticas de Derecho internacional privado, Cochabamba, 1940.

Sección II

Costa Rica

A) Jurisdicción.

1.- Textos legales.

En el Código Civil, de 26 de abril de 1887, en vigor desde 1 de Enero de 1888(9), el art. 1 dispone que las leyes son obligatorias y surten sus efectos en el territorio costarricense. Dice el art. 2 que las leyes en que esté interesado el orden público obligan a los habitantes, y aún a los transeuntes, en el territorio de Costa-Rica. En el art. 3 se determina que las leyes de la República, concernientes al estado y capacidad de las personas, obligan a los costarricenses para todo acto jurídico o contrato que deba tener ejecución en Costa Rica, cualquiera que sea el país donde se ejecute o celebre el

(9).- INSTITUTO DE CULTURA HISPANICA: Código civil de Costa Rica, Madrid, 1962; MAKAROV: ob. cit., II, art. Costa Rica. VICENZI, A. Código Civil, con todas las reformas, San José, 1955; BEECHE, H. Código civil de Costa Rica, San José, 2ª ed., 1949.

acto o contrato, y obligan también a los extranjeros respecto de los actos que se ejecuten o contratos que se celebren y hayan de ejecutarse en Costa Rica. El art. 7 dice que para la interpretación de las cuestiones matrimoniales, se atenderá a las leyes del lugar, donde hubieren convenido en establecerse los cónyuges, y, a falta de este convenio, a las del país donde tenga su domicilio el marido. El art. 9 afirma que el matrimonio, contraído fuera de Costa Rica, por extranjeros, con arreglo a las leyes del país en que se celebre, surtirá todos los efectos civiles del matrimonio legítimo, siempre que no esté comprendido en los matrimonios que son legalmente imposibles. Dispone el art. 21 que la ley no reconoce diferencia entre el costarricense y el extranjero, en cuanto a la adquisición y goce de los derechos civiles. En cuanto al domicilio, dice el art. 29 que el de una persona es el lugar donde tiene su principal establecimiento y, a falta de éste, el de su residencia. Y se completa convenientemente con el art. 31 - que dice que el cambio de domicilio, se efectúa por el cambio de habitación a otro lugar, junto con la intención de fijar en él su principal establecimiento, y la prueba de la intención resulta de la declaración hecha tanto al funcionario competente del lugar que se abandona, como al del lugar a donde se traslada el domicilio, y, a falta de declaración expresa, la prueba de la intención dependerá de las cir-

cunstancias. El art. 54 determina que corresponde a la autoridad civil conocer de toda demanda sobre divorcio o cualquiera otra cuestión relativa al matrimonio. El art. 86 concreta que el divorcio, una vez judicialmente pronunciado, disuelve el vínculo matrimonial.

En cuanto a los textos CONVENCIONALES, Costa Rica ratificó el Código de Bustamante, en 27 de febrero de 1930, con la reserva general de lo que esté o pueda estar en contradicción con su legislación interna, haciendo, al mismo tiempo, la observación de que la transacción que presenta el Código internacional entre la ley nacional y la ley del domicilio, para la regulación de la capacidad y estado de las personas, debe ser una situación puramente transitoria, siendo de parecer que debe irse rápidamente a la adopción de la ley domiciliar, - aunque firma y ratifica el Código, para evitar dilaciones.

Cuando se trata de elementos extranjeros que provienen de otros países ratificantes, también del Código de Bustamante, se aplicarán los artículos 323, y 24 del mismo, para resolver los problemas jurisdiccionales(10).

(10).- V. pg. 176.

2.- Aplicación .

En el CASO GENERAL, cuando el elemento extranjero que entra en la relación de divorcio, no proviene de países ratificantes — del Código de Bustamante, hemos de hacer las siguientes precisiones:

Se reconoce una equiparación jurídica, entre nacionales y extranjeros pues, por principio, la ley se extiende a todo el territorio costarricense y a todos los que se encuentran en él, sean domiciliados o simples transeúntes (arts. 1, 2 y 21 del Código civil).

El principio del orden público, actúa con carácter general, aunque, en muchos casos concretos, la ley especifica su forma de actuación (arts. 2 y 9 del mismo Texto legal).

Establecidos estos principios y entrando ya en el problema de la competencia de los tribunales costarricenses, para entender en pléitos de divorcio, cuando uno o ambos cónyuges son extranjeros, hemos de aclarar que:

En materias de estado y capacidad, la ley obliga a los — costarricenses, aunque se hallen fuera del país, siempre que los actos hayan de tener su ejecución en Costa Rica; pero también, en el —

mismo caso, se aplica la ley costarricense a los extranjeros(art.3).- Esto es como una protección para los que, contratantes costarricenses se presume que desconocen otra ley que la suya propia. En definitiva, algo parecido a la teoría del interés nacional, de la Ley de Introducción alemana.

En materias matrimoniales, de la aplicación de la ley del domicilio conyugal, resultará que la competencia será del tribunal del territorio, en el cual el domicilio conyugal esté establecido.

Con arreglo a los principios generales y a los que se deducen del Código de Bustamante, utilizado con carácter interpretativo meramente, se entiende que el domicilio conyugal, a falta de otra previsión, es el del marido. Este domicilio, para ser tal, requerirá el elemento de hecho de la residencia y el elemento internacional de la permanencia (arts. 29 y 31 del C. civil), teniendo siempre, en cuenta, que los términos domicilio y residencia, tienen, en Derecho Costarricense, significado distinto(11).

Hay un precepto, y es el art.50 del Código civil que establece que el matrimonio es la base esencial de la familia y descansa -

(11).- BRENES CORDOBA, A.: Derecho civil. Tratado de las personas, San José, 1925.

en la igualdad de derechos de los cónyuges. Nosotros pensamos, que es este artículo, proyectado hacia la base domiciliar de la jurisdicción, en materia de divorcio, estaría en contraposición con la regla de dar a la mujer el domicilio del marido, aunque fuera a título de mera presunción, ya que esta presunción descarga la prueba en contrario, sobre la mujer, y, por tanto, la coloca en una situación de desigualdad ante los tribunales. De acuerdo con este precepto, habría que entender que la competencia para las acciones de divorcio, se establece a favor del tribunal del domicilio conyugal, pero, entendiendo, como ocurre - en otras legislaciones, que el domicilio conyugal es el establecido - de consuno por ambos cónyuges y no el domicilio que establezca el marido. Así, puede darse el caso, cuando se interponga la demanda de divorcio, que exista un domicilio conyugal, en cuyo caso, el juez o tribunal de este, será el competente, o que, y será lo más frecuente, el marido y la mujer, ya ocurrida la desavenencia, tengan domicilios distintos, con lo cual, deberíamos entender que la competencia se atribuiría al juez o tribunal del domicilio real del demandado. Esto, por otra parte, está de acuerdo con las modernas tendencias observadas en la materia .

Finalmente, resaltaríamos que la competencia, por el art.

54, está atribuida a la autoridad judicial civil, reminiscencia, sin duda, de épocas en que, esta jurisdicción, estaba en manos distintas.

Para el CASO ESPECIAL en que él elemento extranjero provenga de países ratificantes del Código de Bustamante, habrá que aplicar las reglas de éste(12).

3.- C o n c l u s i ó n.

En el caso general, entendemos que la competencia será del tribunal del domicilio conyugal, salvo que, al tiempo de interponerse la demanda, los cónyuges tengan domicilios distintos, en cuyo caso, la competencia se resolverá a favor del tribunal del domicilio del demandado.

En el caso especial de aplicación del Código de Bustamante, la competencia habrá de resolverse a base del tribunal del domicilio conyugal, aunque es bien probable que, en el supuesto de que existan domicilios separados, los tribunales costarricenses se inclinen -

(12).- V. pg. 176

por aplicar la competencia del tribunal del demandado, incluso con base en el propio Código de Bustamante, según el art. 323.

B) Cuestiones conexas.

1.- Ley aplicable.

En el caso general, la ley aplicable al fondo del divorcio a la admisión e interpretación de la causa o causas alegadas, es la lex fori (arts. 7 y 21 del C.civil).

Este es otro de los países que muestra una decidida tendencia a la protección de la mujer, y si antes hemos destacado el art 50, en este sentido, ahora recordamos la Carta Magna de 1949, que consagró la absoluta igualdad jurídica entre el hombre y la mujer, otorgándoles los mismos derechos, con lo que se ha transformado el terreno de las relaciones familiares, haciéndolas más justas y humanas. En este mismo sentido se manifiestan los actuales proyectos de reforma del Código civil.

En el caso especial, de aplicación del Código de Bustaman

te, ya sabemos que la solución invariable es la aplicación acumulada de la ley del domicilio conyugal y de la ley o leyes personales de los cónyuges.

2.- V a l o r d e l a s s e n t e n c i a s e x -
t r a n j e r a s .

Como quiera que las causas de divorcio admitidas por la legislación de este país, no son demasiado numerosas, son muchos los casos en que las sentencias extranjeras de divorcio, son rechazadas, cuando se trata de uno o ambos cónyuges costarricenses que han obtenido en el extranjero, el divorcio de su matrimonio, fundándose en causas no admitidas por su legislación nacional. Pero es que hay un sistema, frecuentemente empleado, y que consiste en dar un rodeo legal: si la causa de divorcio alegada y admitida en el extranjero, no es -- tal en Costa Rica, pero si se tiene por causa de separación legal, se puede pedir el reconocimiento de la sentencia extranjera de divorcio, como sentencia de simple separación, y después, al cabo de dos años -- de separación, esta se convertirá en divorcio, con lo cual, con más tiempo, se habrá llegado al mismo resultado, para quienes no residen en Costa Rica.

Normalmente, las sentencias extranjeras habrán de estar dictadas por Juez con jurisdicción competente, de forma que nunca se interfiera la natural jurisdicción costarricense; dichas sentencias - contendrán la mención de haber concurrido ambas partes al proceso y haberse podido defender; ninguna sentencia de este tipo, habrá de contravenir el orden público costarricense.

En cuanto a las sentencias extranjeras de divorcio que afecten a súbditos extranjeros, estas encontrarán, como es natural, menos dificultades para su reconocimiento, precisamente porque el orden público se encuentra mucho más indirectamente implicado(13).

(13).- GONZALEZ VIQUEZ, C.: Compilación de leyes no insertas en las colecciones oficiales, San José, 1937.

Sección III

Cuba

A) Jurisdicción.

1.- T e x t o s l e g a l e s .

La Ley fundamental de la República, de 9 de Febrero de 1959, dispone en el art. 19 que los extranjeros residentes en el territorio de la República, se equiparan a los cubanos en cuanto a la protección de su persona y bienes y en cuanto al goce de los derechos reconocidos en la Ley fundamental, con excepción de los que se otorgan exclusivamente a los nacionales. En el art. 43 se afirma que el matrimonio es el fundamento de la familia y descansa en la igualdad de derechos para ambos cónyuges, pudiendo disolverse por acuerdo de los cónyuges o a petición de cualquiera de ellos por las causas y en la forma establecidas en la ley (14).

El Código civil (15) que, en sustancia, es el mismo espa—

(14).— —: Leyes del Gobierno Revolucionario de Cuba (Son cuadernos mensuales y a veces números sueltos—por razón de alguna ley des tacada—que van recogiendo toda la legislación).

(15).— PEREZ LOBO, R.: Código civil y Constitución, La Habana, 1944.

ñol, publicado en 21 de Julio de 1889, y en vigor desde el 5 de Noviem
bre del mismo año, aunque ha sufrido modificaciones posteriormente, -
continua manteniendo su carácter original, si bien, ciertas institucio
nes, como la del divorcio, tienen una configuración nueva. El art. 9 -
dice que los derechos y deberes de familia y los relativos al estado,
condición y capacidad legal de las personas se aplican a todos los cu-
banos, aunque residan en territorio extranjero. Dice el art. 40 que pa
ra el ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones ci-
viles, el domicilio de las personas naturales es el lugar de su resi-
dencia habitual y, en su caso, el que determine la ley. En el art. 42
se dispone que el matrimonio es un contrato civil y solo producirá e-
fectos legales cuando se celebre en la forma establecida por el Códig
go.

La Ley de Enjuiciamiento Civil, determina en el art. 64, -
que el domicilio de las mujeres casadas, no separadas legalmente, es -
el que tengan sus maridos.

La Ley de Extranjería, de 4 de Julio de 1870, dispone en -
el art. 43, que los tribunales cubanos serán también competentes y de-
berán conocer de las demandas entre extranjeros que ante ellos se enta
blen, y que versen sobre el cumplimiento de obligaciones contraídas o

cumplideras en Cuba.

El D-Ley de Divorcio, de 10 de Mayo de 1934, estableció - las siguientes reglas: en el art. 1 dispone que el divorcio será aplicable a los cubanos y a los extranjeros, háyase celebrado el matrimonio en Cuba o en el extranjero y producirá la disolución del vínculo matrimonial y los demás efectos que se establecen. Dice el art. 3 que procederá el divorcio con disolución del vínculo conyugal por el recíproco disenso de los cónyuges y por la serie de causas que el propio precepto enumera. En el art. 25 se establece que será juez competente para conocer de los juicios de divorcio, el de Primera Instancia del lugar del domicilio conyugal; en el caso de residir los cónyuges en distintos Partidos judiciales de Cuba, o residir uno en Cuba y el otro en el extranjero, será juez competente, a elección del demandante, el último domicilio del matrimonio o el de la residencia del demandado o el de la residencia del propio demandante; los que no tuvieren domicilio, ni residencia fijos, podrán ser demandados en el lugar en que se hallaren o en el de su última residencia, a elección del demandante. Dice el art. 54 que los jueces y tribunales cubanos, son competentes para los procesos de divorcio de extranjeros, cuyo matrimonio haya sido celebrado fuera de Cuba, siendo aplicables las presentes disposiciones

nes; esto no se aplica nada más que en el caso en que la acción de divorcio, está fundada en la antipatía mutua o en causas que han surgido después que uno de los esposos ha establecido su domicilio en Cuba, con tal que las leyes personales de los esposos les den tal derecho. El art. 55 completa que para la aplicación del artículo precedente, es necesario que el extranjero que intente la acción de divorcio, pruebe al tiempo de la presentación de su demanda, que ha establecido su domicilio en Cuba y que reside desde hace al menos treinta días antes de la presentación de la demanda. Dice el art. 56 que los extranjeros divorciados conforme a las disposiciones de esta sección, pueden contraer matrimonio delante de un notario público, conforme a las leyes en vigor. Y acaba diciendo el art. 58 que las sentencias de tribunales extranjeros pronunciando el divorcio entre cubanos o extranjeros, son válidas en Cuba, con tal que las causas de divorcio sean idénticas o análogas a las previstas en la presente disposición.

En cuanto a los TEXTOS CONVENCIONALES, es, indudablemente, aplicable el Código de Bustamente, suscrito y ratificado por Cuba el 20 de Febrero de 1928, en toda su extensión. Cuando este texto legal sea aplicable, se recurrirá a los artículos 62 y 8 del mismo (16).

(16).- V. pg. 161.

2.- A p l i c a c i ó n .

En el CASO GENERAL, cuando hay un elemento extranjero y el problema debe resolverse con arreglo al propio Derecho cubano, por no existir convención alguna con el país de que procede dicho elemento, - hay que establecer las reglas jurisdiccionales de acuerdo con la legis- lación y la interpretación jurisprudencial, a partir de 1934.

Los extranjeros tienen una equiparación jurídica con los - cubanos en todas las materias de índole civil (art. 19 de la Ley funda- mental), siendo esto una tradición liberal que pasó de Constitución en Constitución, hasta llegar a los tiempos actuales, como puede compro- barse acudiendo al mismo precepto de la Constitución de 1 de Julio de 1940.

En Cuba no está admitido con efectos civiles, más matrimo- nio que el civil, y este es disoluble por mutuo acuerdo o a petición - de uno o de ambos cónyuges, con alegación de causa (artículo 42 del C. civil y 3 del Decreto-Ley de Divorcio). Este divorcio es aplicable a - los cubanos y a los extranjeros (art. 1 del D-Ley).

La forma de tramitarse el divorcio, es siempre judicial, - por lo que no se admiten formas administrativas como en Méjico o de —

otro tipo, como ha ocurrido hasta recientemente en Rusia.

La competencia de los jueces cubanos, en pleitos de divorcio, se determina considerando como juez competente al de Primera Instancia del lugar del domicilio conyugal. Como quiera que, posteriormente, se admite la posibilidad de domicilios separados en los cónyuges, y por otra parte, en el art. 64 de la Ley de Enjuiciamiento civil, se estima como domicilio de la mujer casada, no separada legalmente, el del marido, nos encontramos con el dilema de aclarar que es lo que la ley cubana entiende por domicilio conyugal. Nosotros creemos que se refiere al domicilio que los cónyuges tengan conjuntamente, pero buscado de consuno. Se estimará que el domicilio conyugal es donde viven los dos cónyuges, mientras no se separen o no haya ninguno de ellos que haga manifestaciones en contrario. Pero si el domicilio conyugal, así entendido, no existiese, entonces solo habría domicilio del marido y domicilio de la mujer, y las reglas de competencia resultarían distintas, como vamos a ver.

Si la competencia no puede determinarse a base del domicilio conyugal, por residir los cónyuges en distintos Partidos judiciales, dentro del país, entonces, el demandante tendrá derecho a interponer la demanda ante tres tribunales distintos y los tres serán competen

tes válidamente: el tribunal del último domicilio matrimonial, el tribunal del lugar de residencia del demandado, y el tribunal de residencia del demandante, todo ellos a elección de este mismo demandante.

Si uno de los cónyuges o ambos, se hallaren fuera de Cuba, entonces, el demandante podrá elegir, para los efectos de la competencia cubana, o el tribunal del último domicilio conyugal, si este hubiese estado en Cuba, o el tribunal de su domicilio o el del demandado, - en el supuesto de que el domicilio elegido sea el del cónyuge que se halle en Cuba.

Pero estas generosas reglas competenciales, tienen también sus limitaciones, que resultan de los artículos 54 y 55 del propio D-Ley: La causa de divorcio alegada por el extranjero, ha de haber surgido después que uno de los esposos haya establecido su domicilio en Cuba; es preciso que la ley personal, nacional o domiciliar, de los esposos, conceda tal derecho; es necesario que, al intentar la acción de divorcio, el extranjero pruebe su domicilio en Cuba con treinta días de antelación al menos.

Unicamente nos queda por hacer una referencia a la postura anterior a 1934, de los tribunales cubanos en materia de competencia sobre divorcio, lo cual nos permitirá ver el gran cambio experimentado.

Antes de 1934, la regla general era que los tribunales cubanos carecían de competencia para entender en los pleitos de divorcio entre extranjeros, cuyo matrimonio no había sido celebrado con arreglo a las leyes cubanas y esto, como dice GALLARDO (17), aunque tales extranjeros hubiesen conseguido la transcripción de su matrimonio en el Registro civil. Parece que, en este tiempo, lo fundamental para la competencia, era que la celebración del matrimonio hubiese tenido lugar en Cuba (o en interpretación mas laxa, con arreglo a las solemnidades cubanas).

En el CASO ESPECIAL de resultar aplicable el Código de Bustamente, la competencia de los tribunales cubanos estará determinada por el lugar del domicilio conyugal, puesto que el domicilio del jefe de familia, se extiende a la esposa. En el caso de que, con arreglo a la posibilidad sostenida por la jurisprudencia cubana, la mujer tuviese un domicilio separado, la acción contra la mujer, debería someterse al tribunal del lugar del domicilio real de ésta.

(17).- GALLARDO: ob. cit.,,p. 157.

3.- C o n c l u s i ó n .

Los tribunales cubanos, en general, son competentes en -
pleitos de divorcio, aunque uno de ambos cónyuges sean extranjeros, -
con tal que se halle dentro de territorio cubano, el domicilio conyu-
gal, con arreglo al cual se establece la competencia, en su defecto, --
por el último domicilio conyugal, y en su defecto aún, por el domici-
lio del demandado o el del demandante.

En el caso especial de aplicarse el Código de Bustamante,
la competencia se determinará por el domicilio del jefe de familia, -
aunque la interpretación cubana del texto convencional lo dulcifica lo
suficiente para permitir que el juez del domicilio separado de la mu-
jer, también tenga competencia.

B) Cuestiones conexas.

1.- L e y a p l i c a b l e .

La ley aplicable es la lex fori, la ley cubana. Así viene
determinado en el art. 1 del D-Ley de Divorcio. Los así divorciados, -

readquieren su capacidad nupcial y hay la disposición curiosa del art. 56 del D-Ley que permite a los extranjeros divorciados contraer matrimonio ante notario público, lo cual ha sido criticado por algunos autores, estimando que se trataba de un privilegio a favor de extranjeros, del cual no gozaban los cubanos.

En el caso de aplicarse el Código de Bustamante, a través de su sistema acumulativo de leyes, se llega en la mayoría de los casos a una solución semejante a la anterior.

2.- Valor de las sentencias extranjeras.

El art. 58 del D-Ley es ampliamente generoso con las sentencias extranjeras, exigiendo solo, para su reconocimiento, que las causas invocadas para obtener el divorcio sean idénticas o análogas a las que establece la ley cubana.

Otros requisitos que tiene que reunir la sentencia extranjera son: que la competencia se haya establecido correctamente a base, normalmente, del domicilio conyugal; que se hayan cumplido los trámi-

tes procesales oportunos, especialmente en lo que se refiere a la cita
ción de la parte demandada; y, por último, que el documento en que cons
te la sentencia extranjera, sea auténtico.

El orden público, en el caso de que la causa invocada guar
de analogía con cualquiera de las del Derecho cubano, tiene poca actua
ción (18).

-000-

(18).- ARANGO GARCIA, J.: El Código civil interpretado por el Tribunal
Supremo, La Habana, 1927; SANCHEZ DE BUSTAMANTE: Derecho Inter
nacional Privado, La Habana, 1943; NUÑEZ, E.R.: Elementos de De
recho Internacional Privado, La Habana, 1921; AGULLAR ALMEIDA, F.
L.: Ley de Enjuiciamiento Civil, La Habana, 1946.

Sección IV

El Salvador

A) Jurisdicción.

1.- Textos legales .

Las reglas del Código civil, de 23 de Agosto de 1959 (cuya primera edición se hizo al año siguiente, por lo que es conocido como "Código de 1860") (19), disponen: en el art. 14 que la ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros. En el art. 15 se dice que las leyes patrias que arreglan las obligaciones y derechos civiles, se aplican a los salvadoreños, no obstante su residencia o domicilio en país extranjero, en lo relativo al estado de las personas y a su capacidad para ejecutar ciertos actos, que hayan de tener efecto en El Salvador, y en las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia, pero solo respecto de sus cónyuges y parientes salvadoreños. Dice el art. 57 que el domicilio consiste en

(19).- INSTITUTO DE CULTURA HISPANICA: Código civil de El Salvador, Madrid, 1959; ---: Constitutiones y Códigos de la República de El Salvador, Imprenta Nacional, 1947.

la residencia, acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella. En el art. 60 se establece que el lugar donde un individuo está de asiento, o donde ejerce habitualmente su profesión u oficio, o donde ha manifestado a la autoridad municipal su ánimo de permanecer, determina su domicilio civil o vecindad. El art. 66 dice que la mera residencia hará las veces de domicilio civil respecto de las personas que no tuvieren domicilio civil en otra parte. El art. 69, que - la mujer casada, en los casos en que el marido la representa por ministerio de la ley, sigue el domicilio del marido, mientras éste resida - en El Salvador. El art. 97 admite solo el matrimonio civil y permite - la disolución por medio de divorcio. En el art. 144 se determina que - el divorcio es la separación legítima de los casados, ordenada por el Juez, por causas legales, quedando disuelto el vínculo matrimonial. Dice el art. 170 que cuando un matrimonio, que ha sido disuelto en el extranjero conforme a las leyes del país en cuestión, no lo hubiera podido ser según las leyes salvadoreñas, las partes no pueden contraer nuevo matrimonio en El Salvador, al menos mientras viva el otro cónyuge. En el art. 171 se dice que el divorcio no puede tener lugar en El Salvador, si no es de conformidad a las leyes del país, sin que importe - que las leyes del lugar de celebración decidan de otra forma.

El Código de Procedimiento civil, de 12 de Enero de 1863 - (20) dispone en el art. 20 que la jurisdicción es el poder de administrar justicia conforme a las leyes, y en el art. 33 que en los juicios, el actor debe seguir el fuero del reo. Dice el art. 35 que el juez del domicilio del demandado, es competente para conocer de toda clase de acciones, ya sean reales o personales. Y el art. 36 completa que el - que no tiene domicilio fijo, puede ser demandado donde se le encuen- tre.

La Ley de Matrimonio Civil, de 4 de Mayo de 1880, modificó el régimen matrimonial del Código, admitiendo el divorcio absoluto. Posteriormente se publicó, en 31 de Marzo de 1881, otra Ley de Matrimonio civil, que reemplazó a la anterior y que, reaccionando contra el - divorcio absoluto, solo admitía la separación. Mas tarde se publicó, - en 20 de Abril de 1894, la definitiva Ley de Divorcio Absoluto que, re formada en 5 de Abril de 1900, ha mantenido el divorcio vincular hasta nuestros días.

En cuanto a los TEXTOS CONVENCIONALES, El Salvador tiene-

(20).- MINISTERIO DE JUSTICIA: Código de Procedimientos y de fórmulas judiciales, San Salvador, 1960.

vigente el Código de Bustamante, dentro de sus fronteras, pues lo ratificó en 16 de Noviembre de 1931, siendo de aplicación, por consiguiente, los preceptos de éste, artículos 1, 314, 323 y 24, que resuelven el problema jurisdiccional del divorcio.

2.- A p l i c a c i ó n .

El principio general, en el CASO NORMAL, reconocido por la jurisprudencia (21) es bien simple: los tribunales salvadoreños tienen jurisdicción para admitir demandas y entender en pleitos de divorcio, aunque uno de ambos cónyuges sean extranjeros, siempre que el domicilio conyugal se halle dentro del territorio de El Salvador.

Este principio, resulta de las siguientes consideraciones:

La Ley es obligatoria para todos los que se hallan en el territorio de la República, sean nacionales o extranjeros.

La ley salvadoreña admite el divorcio vincular o divorcio absoluto, el cual, por principio también, es aplicable a todos aquellos que están bajo la esfera de acción de la ley salvadoreña.

(21).- GALLARDO: ob.cit., jurisprudencia citada en pg. 171.

En materia de jurisdicción, el actor debe seguir el fuero del reo, y se estima competente siempre el juez del domicilio del demandado, para toda clase de acciones personales o reales, y el que no tiene domicilio fijo, puede ser demandado donde quiera que se halle.

Determinada la competencia a base del domicilio, la ley entiende que este consiste en la residencia acompañada del ánimo de permanencia, considerándose que, de faltar alguna de estas circunstancias, se considerará como domicilio, la mera residencia.

En relación con las acciones de divorcio, según aplicación de las reglas generales, nos encontraremos que si la demanda se dirige contra el marido, el domicilio de éste será el determinante de la competencia, mientras que si se dirige contra la mujer, se entenderá, por principio, que esta tiene el mismo domicilio que el marido (así, directamente, o dando el rodeo legal de considerar que el domicilio de la mujer es el domicilio conyugal y éste es el domicilio del marido), y en el domicilio de éste es donde debe interponerse la demanda.

Esta subordinación de la mujer al marido, ha sido criticada por la doctrina. Y así Guzmán dice que "la incapacidad relativa de

la mujer casada y su dependencia del marido en todos los actos de su vida civil, no son el resultado natural del matrimonio, sino la obra puramente artificial y arbitraria de las leyes positivas", puesto que "las disposiciones de la ley relativas a la condición de la mujer en el matrimonio, no sólo son injustas en si mismas, sino también funestas y odiosas por sus resultados" siendo éstas las razones "que asisten a la Comisión para proponer que se restituya a la mujer casada en el pleno goce de sus derechos naturales"(22).

Esta postura, bastante más extendida cada día, ha producido la consecuencia de que, si bien es competente para conocer de una demanda de divorcio, el juez del domicilio de los cónyuges, también se estima que los cónyuges pueden tener domicilios distintos, y en este caso, la demanda ha de entablarse ante el juez del domicilio de la parte reo, menos cuando se trata de un divorcio por mutuo consentimiento, porque entonces, puede entablarse en cualquiera de ambos domicilios(23).

(22).- GUZMAN, M.: Prólogo al Código Civil... editado por el Inst. de Cultura Hispánica, ob.cit., p.18.

(23).- PADILLA, R.: Apuntes de Derecho Procesal Civil salvadoreño, Universidad Autónoma de El Salvador, 1948, p.198.

En el CASO ESPECIAL, de que el elemento extranjero proven-
ga de países ratificantes del Código de Bustamante, la jurisdicción -
sería del juez o tribunal del domicilio del jefe de familia, tanto si
la demanda se dirige contra el marido, como si se dirige contra la mu-
jer. Pero, como vimos antes(24), el Código de Bustamante deja a salvo
el que la ley de la mujer, a la cual se atribuye el domicilio del ma-
rido, disponga que esta pueda tener domicilio propio, lo cual vá en -
aumento, unas veces a base de disposiciones legales, y otras, por in-
terpretaciones jurisprudenciales, puesto que, como la legislación va
a rastras de la vida, la jurisprudencia, ese zamacuco de la ley, se -
vé en la necesidad de hacer interpretaciones acordes con la realidad
de cada día.

3.- C o n c l u s i ó n .

En el caso general, la competencia para los plácitos de di-
vorcio, se determina a base del domicilio conyugal, pero las interpre-
taciones jurisprudenciales van permitiendo, cada día más, que la re-
gla sea determinar la competencia a base del domicilio del demandado,

(24).- V. pg. 176.

admitiendo que uno y otro cónyuge, puedan tenerlos separados.

En el caso especial de aplicación del Código de Bustamante la competencia se determinará por el domicilio del jefe de familia aunque, en la práctica, la interpretación de este Cuerpo legal convencional, por los tribunales salvadoreños, permite que si la acción vá dirigida contra la mujer, sea competente el juez o tribunal del domicilio de ésta.

B) Cuestiones conexas.

1.- L e y a p l i c a b l e .

En El Salvador, como en muchos países que han copiado al Código chileno y en este mismo Código, se dá el contrasentido de que, por un lado, se determina el principio de territorialidad de las leyes, en cuya virtud estas son obligatorias para todos los que habiten en la República (art.14 del C. civil), y por otro lado, se impone la aplicación de la ley nacional, a los salvadoreños, cuando se trata de actos de estado, capacidad y relaciones de familia, que hayan de producir efectos en El Salvador (artículo 15 del C.civil). Aparte de que

es absurda esta manera de mezclar principios programáticos distintos, aumenta más la confusión, el hecho de que se habla de aplicación de la ley patria para "ejecutar ciertos actos", sin especificar cuales sean estos, dando lugar a la confusión de no saber que actos quedarán sujetos a una ley y cuales a otra.

Parece que, la aplicación de la ley salvadoreña, es la regla general, dentro del territorio del Estado, siendo la excepción, cuando se trata de aplicarla fuera de las fronteras del país. En el primer caso, se aplicará a todos, salvadoreños y extranjeros. En el segundo, se aplicará sólo a los salvadoreños, sin especificarse en que casos.

Pero prescindiendo de este problema, así como de las discusiones que ha suscitado el art. 171 del Código civil, hemos de concluir que la ley aplicable al fondo del divorcio, es la lex fori, la ley salvadoreña. Determinada la competencia de los tribunales salvadoreños, para entender en determinado pléito de divorcio, estos aplicarán sin duda alguna, la propia ley del tribunal.

En el caso de que el elemento extranjero que interviene en la relación, por su origen, haga aplicable el Código de Bustamante

ya sabemos, por repetida, que la solución es acumulativa de leyes, ley del domicilio conyugal (que será la salvadoreña en el caso que estudiamos) y leyes personales de los cónyuges.

Aquí no se presenta ningún problema especial.

2.- V a l o r d e l a s s e n t e n c i a s e x -
t r a n j e r a s .

Las sentencias extranjeras, se aplicarán dentro del Salvador, a través de los artículos 451 á 454 del Código de Procedimiento Civil, que determinan:

En primer lugar habrá de estarse a lo dispuesto en los --
Tratados concertados por el Salvador con el país del que emane la sen
tencia.

En segundo lugar, y en defecto de Tratado, la sentencia -
será reconocida y tendrá fuerza ejecutoria si reúne los siguientes re-
quisitos: 1. Que sea ejecutoria a resultas del ejercicio de una acción
personal; 2. Que no haya sido dictada en rebeldía; 3. Que la obliga-
ción sobre la que recaiga la sentencia, sea lícita en El Salvador; 4.

Que documentalmente, la sentencia sea auténtica, según las leyes del país que la dictó y las disposiciones salvadoreñas.

Tratándose de sentencias de divorcio, el art. 170 del Código civil, dispone que no se admitirán las dictadas en el extranjero, cuando dichas sentencias no hubieran podido dictarse según las leyes salvadoreñas. Y exponemos así, el contenido del artículo, pues aunque no hace referencia sino a la imposibilidad de contraer un nuevo matrimonio en El Salvador, los que hubieran obtenido tales sentencias de divorcio, a ello equivale, ya que si a la sentencia de divorcio extranjera, se la priva de su principal efecto, la readquisición de la capacidad matrimonial por parte de los divorciados, bien podemos decir que no se la reconoce.

Hoy (y hacemos gracia de las razones y proyectos para canbiar el contenido del art. 170), se aplica este precepto únicamente - para impedir que tengan efectos en El Salvador, las sentencias obtenidas por salvadoreños, en el extranjero, en base a causas no admitidas por la ley salvadoreña. Lo cual no impide que los salvadoreños en estas condiciones, puedan contraer nuevo matrimonio en el extranjero y

que este sea reconocido en El Salvador(25).

-
- (25).- SOMARRIVA UNDURRAGA, M.: Curso de Derecho civil, San Salvador, sin fecha; RODRIGUEZ RUIZ, N.: Historia de las Instituciones Jurídicas salvadoreñas, San Salvador, 1952; GUZMAN, M.: La acción de divorcio en la ley salvadoreña, San Salvador, 1956; LINDO, H.: El divorcio en El Salvador, Universidad Autónoma de El Salvador, 1948.

Sección V

Ecuador

A) Jurisdicción.

1.- Textos legales.

El Código Civil, de 14 de diciembre de 1860, cuya última revisión es de 30 de junio de 1950(26), dispone en el art.13 que la ley obliga a todos los habitantes de la República, con inclusión de los extranjeros, y su ignorancia no excusa a persona alguna. Dice el art.14 que los ecuatorianos, aunque residan o se hallen domiciliados en lugar extraño, están sujetos a las leyes de su patria, en todo lo relativo al estado de las personas y a la capacidad que tienen para ejecutar ciertos actos, con tal que estos deban verificarse en el Ecuador, así como en los derechos y obligaciones que nacen de las relaciones

(26).- EDICION DE LA COMISION LEGISLATIVA: Código Civil de la República del Ecuador, Quito, 1950; MAKAROV: ob. cit. T.I. art. Ecuador;—: Recopilación de leyes codificadas por la Comisión legislativa, Quito, 1.951.

nes de familia, pero solo respecto de su cónyuge y parientes ecuatorianos. En el art. 48 se establece que la ley no reconoce diferencia entre el ecuatoriano y el extranjero, en cuanto a la adquisición y goce de los derechos civiles que regla este Código. Dice el art. 50 que el domicilio consiste en la residencia acompañada, real o presuntivamente del ánimo de permanecer en ella. El art. 53 afirma que el lugar donde un individuo está de asiento o donde ejerce habitualmente su profesión u oficio, determina su domicilio real o vecindad. Y el art. 60 que la misma residencia hará las veces de domicilio civil respecto de las personas que no lo tuvieren en otra parte. La mujer casada, dice el art. 63, sigue el domicilio de su marido, mientras este resida en el Ecuador. Establece el art. 105 que el matrimonio disuelto en territorio extranjero, conforme a las leyes del lugar, pero que no podría ser disuelto conforme a las leyes ecuatorianas, no habilita a ninguno de los cónyuges para casarse en el Ecuador mientras viva el otro cónyuge. Y dice el art. 106 que el matrimonio, que según la ley del lugar de su celebración pueda ser disuelto, no podrá, sin embargo, ser disuelto en Ecuador, sino de conformidad a las leyes ecuatorianas. En el art. 127, se considera al divorcio como una de las causas por las que termina el matrimonio. Y el art. 128 dispone que el divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud para contrar nuevo matri

monio. También por mutuo consentimiento, dice el art. 129, pueden los cónyuges divorciarse.

En el Código de Procedimiento Civil, vigente desde 10 de abril de 1937(27), el art. 25 dice que toda persona tiene derecho a no ser demandada sino ante el juez de su fuero. Y el art. 27, dispone que el juez del lugar donde tiene su domicilio el demandado, es el competente para conocer de las causas que contra éste se promuevan. El art. 28, dice que el que no tiene domicilio fijo, puede ser demandado donde se le encuentra. Y el art. 29 que el que tiene domicilio en dos ó más lugares, puede ser demandado en cualquiera de ellos.

La Ley de Matrimonio Civil y Divorcio, de 6 de Abril de 1948, dice en el art. 20, que los agentes diplomáticos y consulares ecuatorianos en el extranjero pueden celebrar el matrimonio, autorizándolo, entre ecuatorianos, entre ecuatoriano y extranjero y entre extranjeros domiciliados en la República. Y el art. 43 afirma que los cónyuges extranjeros que establecen su domicilio en el Ecuador, están sometidos a las obligaciones establecidas por la presente ley y gozan

(27).- —: Código de Procedimiento Civil, Talleres gráficos nacionales, Quito, 1952.

de los derechos civiles que ella concede.

Ecuador, en orden a TEXTOS CONVENCIONALES, tiene vigentes los del Código de Bustamante que ratificó en 31 de mayo de 1933, por lo que resultan aplicables los artículos 314, 318, 323 y 24 de este - Cuerpo legal(28).

Con caracter especialísimo añadiremos el Tratado Ecuatoriano-Colombiano de 18 de junio de 1903, cuyo art. 1, dice que los naturales de los dos países contratantes, gozarán de los mismos derechos civiles que los nacionales. Dice el art. 7 que el matrimonio celebrado - en país extranjero, en conformidad a sus leyes, o a las leyes de la otra Nación signataria, surtirá en la República los mismos efectos civiles que si se hubiese celebrado en ella, aunque si un nacional contra- jere matrimonio en la otra nación, contraviniendo de algún modo a las leyes de su país, la contravención surtirá en éste, los mismos efectos que si se hubiese cometido en él. Dice el art. 9, que la capacidad para contraer matrimonio se juzgarán por la ley nacional de los contra- yentes. En el art. 12, se concreta que los derechos y deberes personales que el matrimonio produce entre los cónyuges y entre estos y sus -

(28).- V. pg. 176

hijos, serán regidos por la ley del domicilio matrimonial, pero si este variare, se registrarán por las leyes del nuevo domicilio. Y el art.16 dispone que el matrimonio disuelto en otro país, con arreglo a sus propias leyes, y que no hubiera podido disolverse en la República, no habilitará a los cónyuges para contraer nuevas nupcias. El art. 39, dice que las sentencias y cualesquiera otras resoluciones judiciales en materia civil, expedidas en las Repúblicas signatarias, se cumplirán por las autoridades nacionales, con sujeción a lo prevenido en este título. Completa el art.41 que el juez exhortado dará cumplimiento siempre que la sentencia no se oponga a la jurisdicción nacional, que la parte hubiere sido legitimamente citada y que la sentencia o resolución estuviere ejecutoriada. Confirmando en el art.53 que las leyes, sentencias, contratos y demás actos jurídicos que hayan tenido origen en el país extranjero, sólo se observarán en la República, en cuanto no sean incompatibles con su Constitución política, con las leyes de orden público y con las buenas costumbres.

Finalmente, citaremos el Pacto de ejecución de actos extranjeros, de 1911, entre Ecuador, Colombia, Venezuela, Perú y Bolivia, y que se refiere a materias procesales y documentarias.

2.- Aplicación.

En el CASO GENERAL, cuando el elemento extranjero proviene de países no ligados por Tratados con Ecuador, se aplicarán las reglas de conflicto de éste. Como dice MAKAROV al comienzo de la exposición de los textos legales de este país, la realidad es que las reglas de conflicto ecuatorianas, se corresponden con las de Chile, lo cual confirma VALLADAO(29) al situar el Código civil de este país, entre los que reciben la influencia chilena de A.Bello.

Aplicando los textos correspondientes al caso, nos encontramos con que la jurisdicción competente para pléitos de divorcio, dentro de Ecuador, se determina teniendo en cuenta el principio general de territorialidad de que la ley obliga a todos los habitantes de la República, nacionales o extranjeros (art.13 del C.civil) y el principio especial de que el matrimonio, no puede ser disuelto en Ecuador, sino de conformidad a las leyes ecuatorianas (art.106 del C.civil).

Por tanto, la ley aplicable para determinar la competencia es la ley ecuatoriana, principio que, si no se estableciese de forma -

(29).- VALLADAO, H.: ob.cit. nº III

concluyente, sería igualmente aplicable por la regla de la territorialidad procesal, unánimemente reconocida. Así resulta que "solo a los tribunales nacionales corresponde el conocimiento de todos los asuntos sometidos a la influencia de sus leyes, sean naturales o extranjeros, domiciliados o transcientes, los interesados en ellos"(30).

Por otra parte, la doctrina también interpreta en este sentido, las leyes sobre jurisdicción ecuatoriana, al decir, respecto a la Ley de Matrimonio Civil que, esta, cuando aplica a los extranjeros, por el mero hecho de llegar al país, las leyes ecuatorianas, sin excepción sienta un principio demasiado absolutista, que somete a estos extranjeros a la Constitución, Leyes, Jurisdicción y Policía de la República, sin que en ningún caso, ni por ningún motivo, puedan hacer valer contra las mismas, su calidad de extranjeros(31).

Y, entrando ahora, en el problema de determinar la competencia concreta dentro del territorio ecuatoriano, vemos que la demanda ha de ser introducida ante el fuero de la persona demandada (art.25 del C. de Procedimiento), siendo competente el juez del domicilio del

(30).- ---: Código civil de la República del Ecuador, con la jurisprudencia de la Corte Suprema y concordancias, Universidad Católica del Ecuador, Tres volúmenes, Quito, 1957 a 1960, comentario al art.13 p.21.

(31).- SALAZAR FLOR, C.: Derecho Civil Internacional, Quito, 1955, p.116

demandado (art.27 del mismo Cuerpo legal), entendiéndose por domicilio el lugar de la residencia, acompañado del ánimo (art.50 del C.-Civil) y estableciendo, como competencia secundaria, para cuando no hay domicilio fijo, el lugar en que el demandado se encuentre (art. 28 del C. de Procedimiento), y para cuando hay dos o más domicilios, el que se pueda demandar en cualquiera de ellos (art.29 del mismo).

En cuanto a la mujer casada, en principio, sigue el domicilio de su marido (art.63 del C.civil).

Siempre que la ley, para los efectos jurisdiccionales, habla de domicilio, se entiende que se refiere al domicilio civil, que es el relativo a una parte determinada del territorio del Estado y - el lugar donde un individuo está de asiento o donde ejerce habitualmente su profesión u oficio, y nunca se trata del domicilio político(32).

En resumen, la competencia jurisdiccional se establece a base del domicilio del demandado, y como quiera que, según acabamos de ver, la mujer tiene el domicilio de su marido, siempre resultará competente el juez del domicilio del marido, tanto cuando la demanda

(32).- SALAZAR FLOR, C.: ob.cit., p.368

de divorcio se intente contra el marido, como cuando se intente contra la mujer. Este es el principio general, pero, como vamos a ver, no se manifiesta absolutamente, ni mucho menos.

En relación al principio general, el domicilio ha de probarse, y así, la jurisdicción de un juez provincial, para conocer de un juicio de divorcio que ante él se presente, depende del hecho de que, al tiempo de la demanda, tengan su domicilio los cónyuges de cuyo matrimonio se trate o, por lo menos, uno de ellos, en el territorio a que se extiende la jurisdicción de aquél juez, por lo que ese hecho debe establecerse debidamente en autos, para que pueda entenderse que la causa se ventila ante su juez propio, y de no llenarse este requisito, el proceso es nulo(33).

Si uno de los cónyuges afirma que tiene su domicilio en el cantón donde se ha iniciado el juicio y ninguna de las partes contradice tal afirmación y consta la declaración de testigos relativa a que uno de los cónyuges tiene su domicilio en ese mismo cantón, por no referirse estos testimonios tan sólo a la fecha en que fué presta

(33).- Caso Cevallos-Lofevre, G. Jud., Serie 5ª, nº47 y Caso Avalos - Navarro, G. Jud. Serie 5ª nº 51, citados ambos por CISNEROS en Derecho Civil ecuatoriano, Quito, 1959.

da, ya que se funda en un hecho, la residencia habitual, que necesariamente supone una serie de actos reiterados en un lapso anterior, no hay incertidumbre acerca del domicilio de uno de los cónyuges en el lugar del juicio, ni consta que ambos estuviesen domiciliados en otro cantón, único caso en que debe aclararse que el Juez de Primera Instancia carece de jurisdicción, con arreglo al art. 28 de la Ley de Matrimonio Civil(34).

Constando en autos que los cónyuges han propuesto el divorcio en un cantón distinto del en que contrajeron el matrimonio y estaban domiciliados al celebrarlo, sin que estos, ni sus apoderados hubiesen manifestado al proponer el divorcio alguno de aquellos, que por lo menos uno de ellos tenía su domicilio en el cantón donde lo intentaron, para que fuese competente el Alcalde de ese cantón para conocer y fallar tal juicio, y habiendo observado oportunamente el Fiscal esta circunstancia, se produce la nulidad del proceso por incompetencia de jurisdicción(35).

Hay, sin embargo, una interpretación menos rígida del do

(34).- Caso Jaramillo-Fierro, G.Jud., Serie 5ª, nº 81, cita del mismo autor CISNEROS ESPINEL, C. on ob.cit.

(35).- Caso Roca-Díaz, C.Jud., Serie 5ª, nº 73, igual cita.

micilio de la mujer, para los pléitos de divorcio, la cual parte del supuesto de que la mujer puede tener un domicilio distinto del domicilio del marido, antes de intentar la acción. Así, sostiene la jurisprudencia(36) que al disponer el art.28 de la Ley de Matrimonio Civil, que el Alcalde cantonal de cualquiera de los cónyuges, es competente para conocer del juicio de divorcio, presupone que aquellos pueden tener distintos domicilios al tiempo de proponer dicho juicio y establece, en consecuencia, una excepción más a la regla del art. 63 del C. civil de que la mujer casada, no divorciada, sigue el domicilio del marido, mientras éste resida en el Ecuador. El Alcalde cantonal del domicilio de cualquiera de los cónyuges es competente para conocer de la validez o nulidad del matrimonio, así como de los divorcios y demás incidentes de este contrato; el domicilio de la mujer en estos casos, no es el del marido, sino aquel en donde la mujer ha tenido su residencia, acompañada real o presuntivamente del ánimo de permanecer en ella; la disposición del art. 28 de la Ley de Matrimonio, para que pueda tener aplicación práctica, debe considerarse como una excepción de la regla general en orden al domicilio de la mu-

(36).- Código... con la jurisprudencia... ob. cit., p.44

jer no divorciada(37). La jurisdicción se resuelve y es privativa de los Alcaldes del domicilio de cualquiera de los cónyuges(38).

Finalmente, y a título complementario de la jurisdicción diremos que la citación a la parte, es una de las solemnidades del proceso de divorcio, pero la falta de citación a una de las partes, no dá lugar a que, de oficio, se anule el proceso(39). Y el hecho de que una de las partes no haya contestado al traslado corrido, no está comprendido entre las solemnidades sustanciales que, omitidas en segunda instancia, causan la nulidad del proceso, según el art.424 - del Código de Procedimiento Civil(40).

Y como resumen, diremos que el Juez provincial tiene también jurisdicción y competencia para conocer de las demandas de divorcio que se sustancien en el territorio en que ejerce jurisdicción (41).-

(37).- Caso Dávalos-Graja, G.Jud., Cuarta Sección, nº 218

(38).- Caso Hurtado-Martín, Serie 5ª nº 99

(39).- Caso Fuñen-Velarde, G.Jud., Serie 4ª nº 226.

(40).- Caso Cevallos-Mieles, G. Jud., Serie 4ª, nº 225.

(41).- PEREZ GUERRERO, A.: Tomas jurídicos, Quito, 1955, T.II, p.115

En el CASO ESPECIAL, en que resulte aplicable el Código de Bustamante, la competencia se determinará a base del domicilio del jefe de familia(42), pero como se deja a salvo la posibilidad de actuación del derecho de la mujer, en lo relativo al domicilio, base de la competencia, puede llegarse a análogos resultados que en el Derecho conflictual ecuatoriano.

En cuanto al Convenio Ecuatoriano-Colombiano, lo único que cabe resaltar es la actuación enérgica del orden público a través de los artículos 7 y 16 del mismo, pero reglas de competencia, en sentido estricto, no se establecen.

3.- C o n c l u s i ó n .

La competencia, en el caso general, se determinará acudiendo al domicilio del marido, cuando la acción se interponga contra él; y al domicilio real de la mujer, cuando la acción se dirija contra ella, el cual puede ser el del marido mismo, o tener un domicilio separado que debe probarse.

(42).- V. pg. 176.

En caso especial de aplicación del Código de Bustamante, ya sabemos que la competencia se determina a base del domicilio conyugal, con una amplia interpretación que permite acudir al domicilio de la mujer, cuando, de hecho, lo tiene separado.

B) Cuestiones conexas.

1.- Ley aplicable.

La regla general es aplicar en cuando a los problemas de fondo del divorcio, la *lex fori*.

Siempre que los tribunales ecuatorianos se declaren competentes para entender en un pléito de divorcio, habrán de aplicar, para la admisión de la demanda y de las causas alogadas, la ley ecuatoriana (art. 106 del C.civil).

En caso especial de aplicación del Código de Bustamante, es obvio repetir que se trata de solucionar el problema mediante una acumulación de leyes(43).

(43).- V. pg. 179

En el caso de aplicación del Tratado Ecuatoriano-Colombia no nos encontraríamos con que el divorcio obtenido en Ecuador por colombianos, no sería reconocido en su país, y si llevamos al límite, la interpretación del art. 9, podríamos concluir que verdaderamente, ni aún, este divorcio, es válido en Ecuador, pues cuando los divorciados intentasen contraer nuevo matrimonio, en el mismo Ecuador, su capacidad habría de ser juzgada con arreglo a su ley nacional, que los impediría contraer el nuevo matrimonio.

2.- V a l o r d o l a s s e n t e n c i a s e x -
t r a n j e r a s .

En principio, Ecuador admite las sentencias extranjeras de divorcio, de matrimonios celebrados en Ecuador o de súbditos ecuatorianos. La restricción del art. 105 del C. civil, es más teórica - que práctica, por la liberalidad con que se manifiesta el Derecho ecuatoriano en cuanto a las causas de divorcio.

Para que las sentencias de divorcio extranjeras, sean reconocidas en Ecuador, necesitan, no obstante, cumplir con los requisitos señalados por el art. 449 del Código de Procedimiento Civil, -

que, además de exigir ciertos requisitos concretos, deja a salvo el orden público ecuatoriano, las leyes nacionales y los tratados vigentes(44).

(44).- PENAHERRERA, V.M.: Lecciones de Derecho práctico civil y penal, Quito, 1944, T.II; CORDOVA, A.F.: Derecho civil ecuatoriano, Quito, 1956; ZEVALLOS REYRE, F.: Historia del Derecho, Guayaquil, 1950.

Sección IV

Guatemala

A) Jurisdicción.

1.- T e x t o s l e g a l e s .

En cuanto al Código civil, en 1926 terminó sus trabajos - una Comisión que había sido nombrada para la redacción del mismo, presentando un Título preliminar y dos Libros. En el Título preliminar - aparecían una serie de disposiciones que, cuando se hizo la redacción del Código actualmente vigente, de 21 de Mayo de 1933, pasaron a formar parte de la Ley Constitutiva del Poder judicial de la República. En el Libro primero, el art. 12, contrariamente al criterio de la nacionalidad, que se había venido observando en el país, dispuso que el estado y capacidad de las personas se rigen por la ley del domicilio (principio esto, adoptado desde 1926). El art. 35 dispone que el domi cilio de una persona individual es el lugar donde reside habitualmente, con ánimo de permanecer en él, y, a falta de esto, el en que tiene el principal asiento de sus negocios y, a falta de uno y otro, se reputa domicilio de una persona, el lugar en que esta se halla. El

art. 123 dispone que el matrimonio se disuelve por el divorcio, y, esto, lo mismo que la separación, pueden declararse por mutuo acuerdo o por voluntad de uno de los cónyuges con alegación de causa (45).

La Ley Constitutiva del Poder Judicial, de 3 de Agosto de 1936 (46) dispone, en el art. VIII, que el imperio de la ley se extiende a todos los habitantes de la República, comprendidos los extranjeros, con la reserva de las disposiciones del Derecho internacional, aceptadas por Guatemala. El art. XVII dice que el estado y capacidad de las personas, se rigen por la ley de su domicilio. En el art. XIX se establece que el estado civil, adquirido por un extranjero, conforme a las leyes extranjeras, será reconocido en Guatemala, si no se opone a las leyes nacionales de orden público. En el art. XX se dice que la ley del país en el cual reside una persona, determina las condiciones requeridas para que la residencia constituya domicilio. El art. XXIV determina que la competencia, las formas de procedimiento y los medios de defensa, se rigen por la ley del lugar donde la acción ha sido ejercitada.

La Ley de Extranjería, de 25 de Enero de 1936 (47), dice en

(45).- MATOS, J.: Curso de Derecho internacional privado, Guatemala, 1941
p. 228.

(46).- MAKAROV: ob.oit., I, art. Guatemala.

(47).- MAKAROV: ob.oit., art. Guatemala.

el art. 14 que la ley no reconoce diferencia entre el guatemalteco y el extranjero, en cuanto a la adquisición y goce de los derechos civiles. Dice el art. 15 que los derechos civiles son independientes de la cualidad de ciudadano. Establece el art. 17 que las leyes guatemaltecas obligan a toda persona que se encuentre sobre el territorio de Guatemala, sin distinción de nacionalidad y el estado y la capacidad de las personas y las relaciones de familia se rigen por la ley personal que es la del domicilio. El art. 18 dispone que el estado civil adquirido por un extranjero, conforme a las leyes extranjeras, será reconocido en Guatemala, si estas leyes no se oponen a las leyes nacionales de orden público. La capacidad civil, una vez adquirida, no se modifica por el cambio de domicilio. Y la ley del lugar donde reside una persona, determina las condiciones requeridas para que la residencia constituya domicilio. En el art. 23 se dispone que las leyes, los documentos y las sentencias de países extranjeros, así como las disposiciones y convenciones particulares, no producen efecto si son contrarias a la soberanía nacional, a las leyes y al orden público. Dice el art. 38 - (en su nueva redacción) que los efectos y las consecuencias de la nulidad del matrimonio, así como los de la separación o divorcio, se regularán por las leyes del país en el cual la sentencia ha sido dada, siempre que la legislación del país extranjero exija que los dos cónyuges sean interrogados en el curso del procedimiento en cuestión, pero en -

lo que concierne a los bienes, las disposiciones de las leyes guatemaltecas siguen aplicándose. Finalmente, el art. 39 dice que los tribunales de Guatemala, no podrán pronunciar la separación o el divorcio, si no por las causas previstas en el Código civil.

En cuanto a los TEXTOS INTERNACIONALES, en Guatemala está vigente el Código de Bustamante, por haberlo ratificado el 9 de Noviembre de 1929, por lo que son aplicables sus disposiciones cuando se trate de súbditos de países que, también, hayan ratificado este Código.

2.- A p l i c a c i ó n.

En el CASO GENERAL, cuando han de aplicarse las reglas de conflicto guatemaltecas, el problema competencial se presenta del modo siguiente:

La regla primera es que, la competencia, se rige y determina por la ley del lugar donde la acción ha sido ejercitada (art. XXIV de la Ley Constitutiva del Poder Judicial). Si la acción, por tanto, - se ha ejercitado dentro de territorio guatemalteco, habrá de aplicarse la ley guatemalteca para determinar la competencia de sus tribunales.

La regla segunda es que, esto, se aplicará igualmente cuando se trate de nacionales, como cuando se trate de extranjeros, bastando solo el hecho de que se encuentren en Guatemala (art. VIII de la misma Ley). El hecho, pues, de que se trate de nacionales o de extranjeros, es indiferente para que los tribunales guatemaltecos apliquen sus reglas procesales y determinen su competencia.

Si se trata del ejercicio de una acción de divorcio, también, siguiendo el principio general, la competencia habrá de determinarse por las reglas procesales civiles guatemaltocas aplicadas por los propios tribunales del país. Y jurisdiccionalmente, no hay duda sobre tal competencia para admitir una demanda de divorcio de un extranjero, bien vaya dirigida contra otro extranjero o contra un nacional, o en el caso inverso.

En ese sentido, dice MATOS (48) que la ley guatemalteca establece que, la competencia para el divorcio, se rige por la ley del lugar donde se ejercite la acción y son aplicables a los extranjeros, las reglas de competencia civiles, cuando acuden a jueces o tribunales guatemaltecos, y, por tanto, los tribunales guatemaltecos tienen competencia para entender en los divorcios de extranjeros, puesto que estos

(48).- MATOS, J.: ob. cit., p.233.

gozan de los mismos derechos civiles que los nacionales.

Llegados a este punto, nos encontramos con que las reglas procesales civiles guatemaltecas, establecen la competencia a base del domicilio, entendiéndose por domicilio, la residencia con ánimo de permanencia. Entendemos, aunque no hemos encontrado preceptos que lo confirmen, que el domicilio a que se atenderá en primer término, será el domicilio conyugal y, en su defecto, podrá atenderse al domicilio de cada uno de los cónyugos, si es que lo tienen separado, para la determinación de la competencia judicial en acciones de divorcio.

En este sentido, afirma GALLARDO (49) que los tribunales guatemaltecos son competentes para admitir la acción de divorcio intentada por extranjeros, siempre que tengan su domicilio en Guatemala.

En el CASO ESPECIAL de aplicación del Código de Bustamante, ratificado, sin reservas, por Guatemala en 9 de Noviembre de 1929, la acción de divorcio, a tenor de los artículos 314, 323 y 24 del mismo, se interpondrá ante el juez o tribunal del domicilio del jefe de familia, tanto cuando se dirija contra éste, como cuando se dirija con

(49).- GALLARDO, R.: ob.cit., p. 181.

tra la mujer. La interpretación de lo que se entiende por domicilio y, concretamente, por domicilio conyugal, queda al cuidado de la legislación de conflicto guatemalteca, y en definitiva, a la legislación interna, ya que, este país, como la generalidad, carece de reglas específicas que determinen lo que se entiende por domicilio en el orden internacional.

3.- C o n c l u s i ó n .

En el caso general, la competencia será del juez o tribunal del domicilio conyugal y, si este domicilio, normalmente establecido por el marido, no existe, se podrá recurrir a entablar la acción ante el juez o tribunal del domicilio del demandado.

En el caso especial de aplicación del Código de Bustamante, las reglas serán las de este Texto convencional, que conducen a la competencia del juez o tribunal del domicilio del jefe de familia.

B) Cuestiones conexas.

1.- L e y a p l i c a b l e .

En cuanto a la ley aplicable en divorcio, y, en general en las cuestiones de estado, capacidad y familia, se ha observado en Guatemala, un cambio total.

Antes, la legislación guatemalteca, siguiendo la influencia italiana, aceptaba el principio de la nacionalidad, sobre todo en el Código de 1878. Principio este deducible de los artículos 4, 5, 131 y 133 de dicho Código. Posteriormente, la Ley de Extranjería de 21 de Febrero de 1894, admitió categóricamente, el principio de la nacionalidad. Tres años más tarde, ya se intentó el cambio hacia la ley del domicilio. En efecto, en 1897, se reunieron en Guatemala, los delegados de los otros Gobiernos de Centro-América, para uniformar la legislación de estos países y concluyeron cinco Convenios, entre ellos uno sobre Derecho Civil y otro sobre Derecho Procesal, los cuales eran reproducción de los de Montevideo, y en los que se aceptaba el principio del sistema domiciliar; pero, estos Convenios, no se consideraron obligatorios en todos los países, aunque parece ser que, la mayor parte de ellos, adquirieron fuerza de ley. Y ya, en el año 1926, con los trabajos

en torno al nuevo Código civil, el principio domiciliar entró como una realidad en el Derecho de Guatemala.

Hoy, pues, la ley aplicable al fondo del divorcio, es la domiciliar, y, si los tribunales guatemaltecos de declaran competentes para conocer de un determinado pleito de divorcio, es obvio que, al hacerlo sobre la base del domicilio de los cónyuges, habrán de aplicar su propia ley. Esto queda remachado, con el art. 39 de la Ley de Extranjería, que dispone que los tribunales de Guatemala, no podrán pronunciar la separación o el divorcio, sino por las causas previstas en el Código civil.

2.- Valor de las sentencias extranjeras.

Se admiten los efectos de las sentencias extranjeras de divorcio, siempre que dichas sentencias, a tenor del art. 38 de la Ley de Extranjería, se hayan dictado de acuerdo con las normas vigentes en el país del que proceden.

Pero hay tres limitaciones expresamente establecidas para el reconocimiento de tales sentencias: 1. que las partes hayan sido correctamente citadas y hayan concurrido al procedimiento de divorcio -

(art. 38 de la Ley de Extranjería); 2. Que las sentencias no sean contrarias a la soberanía nacional (lo que implica, en nuestro caso, que no se haya conucado la jurisdicción guatemalteca); 3. Que no sean contrarias tampoco a las leyes, ni al orden público (estas dos últimas - prevenciones, están establecidas en el art. 23 de la misma Ley de Ex-
tranjería).

En el caso especial de que la sentencia provenga de otro de los países ratificantes del Código de Bustamante, habrá de observar se el art. 423 del mismo, con las prevenciones que establece (50).

-oOo-

(50).- AGUIRRE GODOY, M: Repertorio de Jurisprudencia, Guatemala, 1962;
GARCÍA BAUER, J: Nuestra revolución legislativa, Guatemala, 1948.

Sección VII^a

Haití

A) Jurisdicción.

1.-- T e x t o s l e g a l e s .

(51)

El Código Civil de Haití, está compuesto de varias leyes se-
paradas, y puede ser considerado como una edición del Código civil fran-
cés. Se publicó en 27 de Marzo de 1825. En el art. 7 se dispone que los
haitianos, que habiten momentaneamente en país extranjeros, se rigen -
por las leyes que conciernen al estado y la capacidad de las personas,
en Haití. Dispone el art. 10 que las leyes que afecten al orden públi-
co y a las buenas costumbres no se pueden derogar por convenciones par-
ticulares. Dice el art. 16 que los extranjeros podrán comparecer delan-
te de los tribunales haitianos. Y el art. 155 sienta el principio de -
que el matrimonio contraído en país extranjero por un haitiano, será -
válido si se ha celebrado conforme a las formas usadas en el país don-
de ha sido hecho, con tal que el haitiano no haya contravenido las dis

(51).-- Respecto de este país, es tan escasa la bibliografía encontrada
que, necesariamente, se hallará falto de contenido.

posiciones del capítulo primero de la presente ley (que se refiere a la capacidad matrimonial) (52).

En punto a los TEXTOS INTERNACIONALES vigentes en este país, hay que citar como único el Código de Bustamante, ratificado por Haití en 6 de Febrero de 1930, y, si bien hizo una reserva, esta se refería a cuestiones de procedimiento y por tanto, en nada afectaba al problema de la ley domiciliar, como hubiera sido lógico, si pensamos que, para las materias de estado y capacidad de las personas, al menos de los haitianos, se aplica la ley nacional. Los artículos de este Texto convencional que regulan la competencia, son, pues, aplicables.

2.- A p l i c a c i ó n .

Por principio, y deducido del art. 16 del Código civil, podemos decir que, la jurisdicción haitiana, tiene carácter territorial y, al mismo tiempo, equipara jurídicamente a los nacionales, con los extranjeros, en el orden procesal. Lo mismo los nacionales, que los ex

(52).- MAKAROV: ob. cit., T.I., art. Haití; GALLARDO, R.: ob. cit., p. 182.

tranjeros pueden concurrir delante de los tribunales del país.

Tratándose de las demandas de divorcio, no hay escollo, en cuanto al derecho sustantivo, para su admisión, puesto que se trata de una institución admitida.

Aplicando los principios generales entendemos que en este país, la competencia se determina, como en todos, ya que se trata de una regla general, por los propios tribunales haitianos y de acuerdo con el Derecho procesal territorial. El principio especial "actos sóquitur forum rei", dará como consecuencia que la acción deba interponerse ante el tribunal o juez del domicilio del demandado, y, tratándose de una acción de divorcio, esta, deberá ser intentada ante el juez o tribunal del domicilio del marido, cuando se dirija contra él, y ante el juez o tribunal del domicilio de la mujer, cuando la acción se interponga contra ella.

Curiosamente, dice GALLARDO (53) que la doctrina es unánime en cuanto a considerar que los tribunales haitianos, son incompetentes para conocer de las cuestiones civiles, surgidas entre extranjeros, a menos que estos no consientan formalmente, en someterse a esta jurisdicción.

(53).- GALLARDO, R.: ob. cit., p. 185.

Hay un caso en que desde luego, los tribunales haitianos, deben declararse incompetentes, y es cuando unos extranjeros pretendan en Haití, que se declare un divorcio, cuando su ley personal, o la ley personal de alguno de los cónyuges, no admita la institución. Y esto porque, regulando el Código civil de Hití, las cuestiones de estado y capacidad por la ley nacional, no sería admisible que los extranjeros, cuya ley nacional desconoce la institución del divorcio, pudiesen conseguir éste, en el país.

En el CASO ESPECIAL, en que resulte aplicable el Código de Bustamante, por tratarse de elemento o elementos extranjeros procedentes de cualquiera de los demás países que ratificaron el Código internacional, la competencia habría de determinarse, en primer lugar, a virtud de la sumisión expresa o tácita de las partes (art. 314); y en defecto de sumisión, a través del domicilio del demandado o de su residencia (art. 323) que, en el caso de acción de divorcio, vendría determinado por el domicilio del jefe de familia (art. 24).

3.- C o n c l u s i ó n .

En el caso general, creemos que la competencia se determina rá a través del domicilio del demandado.

En el caso especial de tratarse de súbditos de países ratifificantes del Código de Bustamante, la competencia será del tribunal - del domicilio del jefe de familia.

B) Cuestiones conexas.

1.- L e y a p l i c a b l e .

La ley aplicable al fondo del divorcio, admisión y juicio de las causas alegadas, será la ley nacional (art. 7 del C. civil). - Aunque el C. civil presenta una regla de conflicto, o más bien interna, de carácter unilateral, la jurisprudencia la ha completado, entendiendo que se trata de un precepto bilateral, que establece, para todos - los casos, la aplicación de la ley nacional.

Aplicando, pues, la legislación nacional de los extranjeros que pretenden obtener su divorcio, de los tribunales haitianos, se ven, estos, en la necesidad de examinar la causa o causas alegadas, en relación con el Derecho nacional de las partes. Y puede ocurrir:

Que la causa alegada, no se encuentre entre las que recoge la legislación nacional o las legislaciones nacionales aplicables, en cuyo caso, habrán de rechazar, de plano, la demanda.

O que la causa alegada, no obstante ser de las que establece la legislación o legislaciones nacionales respectivas, sea contraria al orden público haitiano, y no análoga a ninguna de las que esta legislación establece, en cuyo caso, y para salvaguardar el orden público y las buenas costumbres del país, los tribunales haitianos, también habrán de rechazar la demanda.

En este segundo supuesto y dado que los cónyuges que pretenden el divorcio, tengan su domicilio en Haití, puede haber una práctica denegación de justicia, que solo podría salvarse a base de aplicar la propia legislación haitiana, a pesar de estar, esta solución, en contra del principio fundamental de la aplicación de la ley nacional para las cuestiones de estado y capacidad.

En el caso especial de aplicación del Código de Bustamante, la solución, sería la general de todos estos casos, de aplicación acumulada de la ley del domicilio conyugal, que sería la propia ley haitiana, y de las leyes personales de los cónyuges. En caso de que una u otras leyes no admitan la causa alegada, el divorcio no podría dictarse.

2.- V a l o r d e l a s s e n t e n c i a s e x -
t r a n j e r a s .

En cuanto al caso general de sentencias extranjeras de divorcio que pretendan su reconocimiento en Haití, la regla ordinaria, - es que serán reconocidas. Pero si dichas sentencias afectan a haitianos o por lo menos, una de las partes es haitiana, se rechazarán las - ssntencias que no se hubiesen dado fundadas en una de las causas reconocidas por la legislación nacional haitiana. Y esto por una actuación normal del orden público haitiano y para salvaguardar las buenas costumbres y combatir un posible fraude a la ley del país.

Cuando, en casos especiales, sea aplicable el Código de Bus tamanto, habrá de observarse lo dispuesto en el art. 423 del mismo Código.

Sección VIII

Honduras

A) Jurisdicción.

1.- Textos legales.

El Código civil, de 22 de Enero de 1906 (54), dispone en el art. 9 que los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor, salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de la nulidad, para el caso de contravención. Dice el art. 11 que las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres no podrán eludirse, ni modificarse, por convenciones particulares. El art. 13 afirma que las leyes relativas a los derechos y deberes de familia, y al estado, condición y capacidad legal de las personas, son obligatorias para todos los súbditos de Honduras, incluso si residen en país extranjero. El art. 60 establece que el domicilio de una persona es el lugar donde

(54).- MAKAROV: ob. cit., T.I. art.: Honduras; —: Código civil de la República de Honduras, Tegucigalpa, 1898; —: Constitución política, Leyes constitutivas, Código civil, Código penal, Código de Procedimientos, Ley de Organización y atribuciones de los Tribunales, Tegucigalpa, 1949.

tiene su residencia habitual. Dice el art. 62 que la mera residencia - hará las veces de domicilio civil respecto de las personas que no lo - tienen en otra parte. Y el art. 79 concreta que la mujer casada tiene el domicilio de su marido, aún cuando se halle en otro lugar con su a- venimiento. Dice el art. 80 que el domicilio de una persona determina la jurisdicción de las autoridades que deben conocer en las demandas - que contra ella se entablen, salvo las excepciones legales. El art. 138 dispone que el matrimonio contraído en el extranjero por dos hondure- ños, o por un hondureño y un extranjero, será válido en Honduras, siem- pre que se hayan observado en su celebración, las leyes establecidas - en el país en que tuvo efecto, para regular la forma externa de aquel contrato, y los contrayentes tuvieren aptitud para celebrarlo con arre- glo a las leyes hondureñas. En el art. 140 se afirma que el matrimonio se disuelve, entre otras formas, por sentencia firme en que se declare el divorcio contencioso o voluntario. El art. 146 establece que los - efectos civiles de las demandas y sentencias sobre nulidad del matrimo- nio y sobre divorcio, solo pueden obtenerse ante los tribunales ordina- rios.

El Código de Procedimiento, de 22 de Enero de 1906, deter- mina, en el art. 1 que toda demanda deberá interponerse ante juez com- petente. En los artículos 235 a 241, se fijan reglas para examinar las

condiciones de fondo de la sentencia extranjera que pretenda ser ejecutada dentro de territorio hondureño.

La Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, - determina, en el art. 137 que, la competencia es la facultad que tiene cada Juez o Tribunal, para conocer de los negocios que las leyes han - colocado dentro de la esfera de sus atribuciones. En el art. 143 se establece que el Juzgado o Tribunal a que los litigantes se sometieren, expresa o tácitamente, será el competente para conocer de los pleitos y actos a que dé origen el ejercicio de acciones civiles, siempre que la sumisión se haga en quien tenga jurisdicción para conocer de la misma clase de negocios y en el mismo grado. Completa el art. 146 que fuera de los casos de sumisión expresa o tácita, de que tratan los artículos anteriores, se seguirán las reglas siguientes de competencia, en los negocios civiles: 1. En los juicios en que se ejerciten acciones personales, será Juez competente el del lugar en que deba cumplirse la obligación, y, a falta de este, a elección del demandante, el del domicilio del demandado o el del lugar del contrato, si, hallándose en él, aunque accidentalmente, pudiera hacerse el emplazamiento. Concreta el art. 147 que el domicilio de las mujeres casadas, que no estén separadas legalmente de sus maridos, será el que estos tengan. El art. 158 - termina diciendo que no obstante las reglas establecidas, en las deman

das sobre estado civil, será juez competente el del domicilio del demandado.

Como TEXTO CONVENCIONAL, es aplicable, en los casos en que proceda, el Código de Bustamante, ratificado por Honduras en 20 de Mayo de 1930 (55).

2.- A p l i c a c i ó n .

La Ley hondureña es obligatoria para todos los habitantes de la República, de modo que tanto los nacionales, como los extranjeros tienen que someterse a la misma, y en consecuencia establécese una equiparación jurídica (art. 12 del C. civil). Como los preceptos que determinan este principio, no hacen distinción alguna de que clase de leyes son las que se estiman obligatorias, hemos de considerar comprendidas todas y por tanto, también las leyes procesales, tanto en la tramita—ción de los pleitos, como en la determinación de la competencia.

Para la determinación de la competencia, en general, hemos de observar las reglas siguientes.

(55).- V. pg. 176.

El domicilio de una persona, por principio, determina la - jurisdicción de los tribunales que deben conocer de las demandas que - se entablen contra ella.

Se entiende por domicilio, el lugar de la residencia habitual, y para quienes no tengan domicilio en tal sentido, se estimará - como tal el lugar de la mera residencia.

Aunque se establecen otras conexiones competenciales, como el lugar del cumplimiento de la obligación o el lugar del contrato, para las acciones que a nosotros nos interesan, queda reforzada la idea de que la competencia es del tribunal del domicilio del demandado, por que hablando de acciones de estado civil, la misma Ley de Organización, vuelve a repetirla.

Hemos de advertir que, no obstante esta regla general, las partes pueden someterse expresa o tácitamente, a un tribunal, el cual será el competente, si puede conocer de la misma clase y grado de negocios.

Si, ahora, aplicamos estos principios, a las acciones de - divorcio, conjugándolos con las reglas especiales que los afectan, podemos concluir:

Si la demanda de divorcio se dirige contra el marido, será Juez competente el del domicilio de este y, en su defecto, el de su residencia.

Si la demanda se interpone contra la mujer, será competente el Juez del domicilio del marido, puesto que, por presunción de la ley, las mujeres casadas, no separadas legalmente, tienen el domicilio de sus maridos, incluso cuando se encuentren en otro lugar, con consentimiento del marido, en cuyo caso, nunca podrán constituir domicilio - separado, aunque esto fuere posible.

En CASOS ESPECIALES en que resulta aplicable el Código de Bustamante, la competencia se determinará a base del domicilio del demandado que, si es el marido, no planteará problemas, y si es la esposa, habrá de entenderse que tiene su domicilio en el domicilio del marido o jefe de familia y por tanto allí tendrá también que interponerse la acción.

Habremos, por tanto, de concluir que para las acciones de divorcio, lo decisivo y que determina la competencia, en todos los casos, es el domicilio conyugal, salvo disposición en contrario del país cuyo tribunal entiende del asunto (56).

3.- C o n c l u s i ó n .

En el caso general, la competencia para acciones de divorcio, se atribuye al Juez o Tribunal del lugar del domicilio del marido.

En el caso especial de aplicación del Código de Bustamante, se llega a la misma solución, a través del domicilio del jefe de familia.

B) C u e s t i o n e s c o n e x a s .

1.- L e y a p l i c a b l e .

Declarándose competentes los tribunales hondureños para entender en determinado pleito de divorcio, no se plantea duda de que la ley aplicable es la *lex fori* o ley del tribunal que está en funciones, en definitiva, la ley hondureña.

A tenor del art. 12 del Código civil y de acuerdo con las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales pertinentes, la única ley aplicable es la hondureña, lo mismo cuando los cónyuges son hondureños (en cuyo caso se aumentarían los argumentos, con el art. 13 - del propio C. civil), que cuando se trata de extranjeros, o de matrimo

nios mixtos que reclaman, dentro de Honduras, el divorcio.

Esta solución, que armoniza con la competencial, facilita grandemente la tarea de los tribunales del país que no necesitan, como es el caso de Haití, recurrir, en cada caso, al conocimiento, a veces imposible y siempre deficiente, de una ley extranjera.

Si los tribunales hondureños, en el caso especial del Código de Bustamante, tienen que resolver un pleito de divorcio, acudirán a la solución acumulativa del art. 52 del Texto convencional, en relación con el art. 54, y así aplicarán la ley del domicilio conyugal, - juntamente con la ley o leyes personales de los cónyuges, con lo cual, la facilidad del Derecho hondureño de conflictos, se complica.

3.- V a l o r d e l a s s e n t e n c i a s e x - t r a n j e r a s .

Con arreglo a los artículos 235 a 241 del Código de Procedimiento, las sentencias extranjeras, en general, serán reconocidas, siempre que, en el caso de no existir Tratados con el país de que provengan, reunan los siguientes requisitos: 1. Que haya sido dictada a consecuencia del ejercicio de una acción personal; 2. Que la parte de-

mandada haya sido citada y no se haya dictado la sentencia en rebeldia;
3. Que el contenido sea lícito y no contrario a las leyes, ni al orden público del país; 4. Que sea auténtica.

En el orden particular de las sentencias extranjeras de divorcio, hemos de distinguir: 1. Cuando la sentencia de divorcio afecta a extranjeros, esta sentencia solo será rechazada en el caso de que el matrimonio divorciado tuviere su domicilio dentro de Honduras, por tenerlo el marido; en esta situación, si los cónyuges extranjeros, han buscado más de las fronteras hondureñas, un domicilio ficticio para obtener un divorcio, la sentencia no será reconocida en Honduras por haberse conculcado la propia jurisdicción y se incorrecta la competencia; 2. Cuando la sentencia de divorcio extranjera haya sido obtenida por dos cónyuges hondureños o por un matrimonio en que uno de los cónyuges lo sea, entonces, además del problema del domicilio en virtud del cual se haya conseguido la competencia de un tribunal, aparece el del orden público hondureño según el art. 11 del C. civil que, en relación con el art. 13 del mismo Cuerpo legal, implica que en el divorcio conseguido se hayan observado las leyes hondureñas. Lo que ocurre en la práctica, es que dada la liberalidad de causas admitidas para el divorcio, en Honduras, e incluso la posibilidad del divorcio por mutuo disenso, en muy pocos supuestos se presentará un atentado al orden público hondureño.

Para cuando, en el caso especial de aplicación del Código de Bustamante, deba decidirse sobre el reconocimiento de una sentencia extranjera, se recurrirá al art. 423 del mismo.

Sección IX

Méjico

A) Jurisdicción.

1.— T e x t o s l e g a l e s .

La legislación mejicana aparece muy confusa por la profusión de textos legales. El legislador federal, no dicta reglas para todo el territorio mejicano, sino que lo hace solamente para el Distrito Federal y los llamados Territorios Federales (Estados de Baja California y Quintana Roo), así como, para todos los Estados mejicanos, pero solamente en algunas materias declaradas de interés nacional, como minas, timbre, ley de amparo, correos, aduanas, extranjería y otras.

Por tanto, las materias civiles y mercantiles, en general, quedan a cargo de los legisladores de cada Estado (salvo en lo concerniente a Tratados internacionales), a excepción de algunas reglas de la Constitución vigente de 1917 y del Código de Procedimiento Civil(56).

Aparte de la legislación general, pues, hay que concretar

(56).— MAKAROV: ob. cit., I. art.: Méjico.

que, el Distrito Federal y los Territorios Federales, se rigen por el Código Civil de 1928, a más de algunos otros Estados que lo han adoptado (Guerrero, Méjico y Nayarit). Ciertos Estados, por otra parte, han adaptado sus Códigos civiles, a este de 1928 (Aguascalientes, Campeche, Coahuila, Chiapas, Chihuahua, Durango, Hidalgo, Jalisco, Michoacán, Nuevo León, Oañaca, San Luis Potosí, Sinaloa, Tabasco, Veracruz y Yucatán), mientras que, en algunos, continua en vigor el antiguo Código Civil del Distrito Federal (hoy sin vigencia para este) de 1884 (Colima, Guanajuato, Puebla, Querétaro y Zacatecas). Finalmente, hay Estados que tienen sus Códigos civiles originales (Morelos, Sonora, Tamaulipas, Tlaxcala). En todos estos Códigos aparecen reglas referentes a divorcio y jurisdicción.

En el orden judicial, también la organización mejicana, - presenta particularidades que nos afectan. Por una parte, existe el poder Judicial de la Federación, representado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, residente en la Capital, y por los Tribunales de Circuito y Juzgados de Distrito que, residentes en todo el país, dependen de la Suprema Corte y constituyen el llamado Fuero Federal. En cada uno de los Estados, existe un Supremo Tribunal de Justicia, varios Jueces de primera instancia y varios Jueces de Paz que aplican las leyes del respectivo Estado y constituyen el Fuero Común. Además, en los

Municipios, existen los Jueces locales de paz.

La legislación adjetiva en vigor, está constituida por el Código Federal de Procedimientos Civiles, de 31 de Diciembre de 1942, que rige en todo el territorio mejicano, y por el Código de Procedimientos Civiles del Distrito y Territorios Federales, de 30 de Agosto de 1932, en vías de reforma, por anteproyecto de 1948, y al cual siguen los Códigos de otros Estados (57).

En principio, el Derecho de Familia mejicano, está construído sobre los modelos más avanzados y en lo que a divorcio respecta, éste se admite muy ampliamente, no solo en cuanto a competencia jurisdiccional, sino en lo roferente a las causas que dan lugar a él (58).

En el orden jurisprudencial, es amplia la actuación de la Corte Suprema y constantes las decisiones invalidando divorcios sobre la base de una actuación insconstitucional de los Tribunales de los Estados.

Doctrinalmente, la bibliografía es amplia y la tendencia de los autores a restringir, en lo posible, una exagerada interpreta-

(57).-- LEON, A DE : Compendio de Procedimiento Civil, Mexico, 1941, p.25.

(58).-- ARMINJON-NOLDE-WOLFF: ob. cit., T, p. 172.

ción liberal de las leyes de divorcio.

En la Constitución de los Estados Unidos de Méjico, de 31 de Enero de 1917, vigente hoy, el art. 121 establece que los actos del estado civil, realizados conforme a las leyes de uno de los Estados, - son válidos en todos los otros.

El Código Civil del Distrito Federal y Territorios Federales, de 1928, dispone en su art. 12 que las leyes mejicanas, comprendi- das las que se refieren al estado y capacidad de las personas, se apli- can a todos los habitantes de la República, sean nacionales o extranje- ros, sean domiciliados o se hallen en él temporalmente. El art. 15 oi- ce que los actos jurídicos, en todo lo que concierne a su forma, se re- girán por la ley del lugar en que se realicen, aunque los mejicanos y extranjeros, residentes fuera del Distrito y Territorios Federales, n- pueden someterse a las formas prescritas por este Código, cuando el ac- to deba ser ejecutado en los territorios mencionados.

En Veracruz, uno de los Estados que adaptó su Código al - del Distrito Federal de 1928 (en 1 de Septiembre de 1932) y en vigor - desde 1 de Octubre del propio año), se afirma, en el art. 5 que las - leyes de Veracruz, incluidas las que se refioron al estado y capaci- dad de las personas, y las leyes federales competontos, se aplican a -

todos los habitantes del Estado, sean mejicanos o extranjeros, y estén domiciliados o se encuentren temporalmente en él.

En Puebla, con su Código de 30 de Marzo de 1901 (adaptado al antiguo del Distrito Federal, de 1884), el art. 10 establece que las leyes concernientes al estado y capacidad de las personas, son obligatorias para todos los súbditos del Estado, incluso si residen fuera de él, cuando se trata de actos que deban ser ejecutados totalmente o en parte, en este Estado.

Entre los Estados que tienen Códigos originales, el de Morelos (27 de Septiembre de 1945) dispone, en su art. 12 que las leyes del Estado de Morelos, incluidas las que se refieren al estado y capacidad de las personas, serán aplicables a todos los habitantes de este Estado, sean nacionales o extranjeros, estén domiciliados o se encuentren en tránsito. El de Sonora (8 de Julio de 1949), establece en su art. 13 que las leyes del Estado de Sonora, comprendidas las que se refieren al estado y capacidad de las personas, serán aplicadas a todos los habitantes de este Estado, sean nacionales o extranjeros, estén domiciliados dentro de los límites de su jurisdicción territorial o se encuentren de paso, siendo aplicables para el trato de los extranjeros, las disposiciones de las leyes federales sobre la materia. Y el de Ta-

maulipas (29 de Agosto de 1940), en su art. 9 dispone que los conflictos entre las leyes del Estado de Tamaulipas y las de otro Estado de la República o de otro país, se resolverán teniendo en cuenta que los actos llevados a cabo en el territorio del Estado de Tamaulipas, quedan sometidos a sus leyes y que las acciones personales quedan sometidas a las leyes del lugar donde se produjo el acto que les dió nacimiento.

En cuanto a la determinación del domicilio, el art. 30 del Código Federal, dice que se presume el propósito de establecerse en algún lugar, cuando se reside por más de seis meses en él. La mayor parte de los demás Códigos siguen este precepto. El Código de Oaxaca determina que el domicilio de las personas casadas, para los efectos de las relaciones entre sí, es el lugar donde está establecida la morada conyugal. En el Código de Tamaulipas se contiene una serie de disposiciones reputando, primeramente, domicilio de las personas, el lugar en que estas habitan y, secundariamente, el lugar donde tengan el asiento de sus negocios, añadiendo que se estimarán también domiciliadas en el lugar donde realicen algún acto jurídico, a las personas que lo ejecuten, aun cuando no residan habitualmente en él. El Código de Yucatán dice que, el hecho de inscribirse en el padrón municipal, pone de manifiesto y prueba plenamente la intención de domiciliarse en determinado

lugar.

El nuevo Código Federal de Procedimientos Civiles, de 1943, determina en el art. 12 que no influyen sobre la competencia, los cambios en el estado de hecho, que tengan lugar después de verificado el emplazamiento. Dice el art. 23 que la competencia territorial es prorrogable por mutuo consentimiento de las partes, expreso o tácito, habiendo prórroga tácita de parte del actor, por el hecho de concurrir al tribunal entablando su demanda, y, de parte del demandado, por contestar a la demanda y reconvenir al actor, y, de parte de cualquiera de los interesados, cuando desistan de una competencia. En el art. 24, 4º se dice que el tribunal es competente por razón del territorio, teniendo en cuenta el domicilio del demandado, cuando se trata de acciones personales o de estado civil.

El Código de Procedimiento Civil para el Distrito y Territorios Federales, de 1932, determina en el art. 143 que toda demanda debe formularse ante juez competente. Dice el art. 151 que es juez competente aquel al que los litigantes se hubieren sometido expresa o tácitamente, cuando se trate de fuero renunciable. Y el art. 152 que hay sumisión expresa cuando los litigantes renuncian clara y terminantemente al fuero que les señala la ley y designan, con precisión, el juez al que se someten. Completa el art. 153 que hay sometimiento táci

to, en el demandante, por el hecho de concurrir al juez, en el demandado, por contestar la demanda o reconvenir, y, en el tercer opositor, - por venir a juicio. Finalmente, en el art. 156, 4º, se considera juez competente, al del domicilio del demandado, si se trata del ejercicio de acciones personales o de estado civil (59).

En el orden CONVENCIONAL, Méjico carece de reglas de Conflicto, pues si bien firmó el Código de Bustamante, y lo hizo sin reservas, es lo cierto que, hasta la fecha, no lo ha ratificado, por lo que no tiene vigencia en el territorio mejicano.

2.- A p l i c a c i ó n .

Entrando en el concepto jurisdiccional del Derecho mejicano, y teniendo en cuenta los textos legales expuestos que, a pesar de su diversidad, encierran una cierta homogeneidad de soluciones, nos en

(59).- MAKAROV: ob. cit., art.: Méjico; ---: Panorama de la Legislación civil de Méjico, Instituto de Derecho Comparado, Universidad Nacional Autónoma de Méjico, Méjico, 1960; VANCE, J.T.: A Guide to the Law and Legal Literature of Mexico, Washington, 1945; GLAGETT, H.L.: A Guide to the Law and Legal Literature of Mexican States, Washington, 1947; PALLARES, E.: Diccionario de Derecho Procesal Civil, Mexico, 1942; CASTILLO-DE PINA: Instituciones de Derecho Procesal Civil, Mexico, 1950; ---: Nuevo Código Federal de Procedimientos Civiles, Mexico, 1943; ---: Leyes mexicanas, Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales, Mexico, 1955.

contramos con que debemos distinguir tres cuestiones:

1. En materia jurisdiccional, en la cual, el país, tiene - tan amplio concepto de la competencia de sus tribunales, hay que aclarar que es al Estado mejicano, a quien corresponde determinar la esfera en que pueden actuar sus tribunales, sin tener en cuenta las leyes de otros Estados extranjeros y, por tanto, sin admitir injerencias de sus competencias. La Ley federal es la sola competente para resolver - los casos que se presenten en el orden internacional, y si corresponde o no, a un tribunal mejicano, el conocimiento de un asunto. A falta de tratados, el problema se decidirá, no conforme a las disposiciones procesales de las leyes locales, sino siempre de acuerdo con las leyes federales aplicables, si especialmente rigen el caso, y por su falta, se observarán las reglas del Código Federal de Procedimientos civiles; si, conforme a ellas, resulta competente un tribunal mejicano, quedará zanjada la cuestión internacional, sin perjuicio de que, en el orden in-terno, se plantee una eventual cuestión competencial entre tribunales federales y locales, o entre diversos tribunales locales (60).

Las leyes mejicanas, en materia de estado y capacidad, -

(60).- MALDONADO, A.: Derecho Procesal Civil, México, 1947.

tienen un carácter territorial absoluto (61), aplicándose a todos los habitantes de la República, nacionales o extranjeros, domiciliados, residentes o simples transeuntes (art. 12 del C. civil del D. Federal), y determinándose la competencia de los tribunales, por razón del territorio, en este tipo de acciones, a base del elemento domiciliar, entendido en el amplio sentido que veremos después (art. 24 del C. Federal de Procedimientos Civiles). Si el tribunal, con arreglo a este principio, ha actuado con competencia, sus sentencias serán válidas en todo el territorio mejicano (art. 121 de la Constitución).

Pero es que, además del elemento del domicilio, para decidir la competencia, el art. 121 de la Constitución Federal, admite que la competencia se determine por una sumisión expresa o tácita al tribunal interviniente, y exige también, que la parte demandada haya sido citada, para darle todas las garantías procesales precisas.

Estas reglas generales, actúan también en orden a la jurisdicción para acciones de divorcio.

Veamos, ahora, como actúa este principio jurisdiccional, - distinguiendo el problema del domicilio y el de la citación.

(61).- ROJINA VILLEGAS, R.: Derecho Civil mejicano, México, 1949.

2. El concepto de domicilio, como punto de conexión jurisdiccional en materia de divorcio, se interpreta, mejor, como residencia y aún, en algunos casos, esta, está tan facilitada que más bien, se trata de una mera presencia física y, aún casos ha habido, en que ni esta mera presencia física ha sido necesaria.

Méjico, se ha distinguido por las facilidades que dá para la obtención del domicilio, tal vez, como apunta algún autor, por razones político-sociales. Así, se establece un criterio objetivo para presumir el ánimus, que consiste en sentar la presunción de que, por la permanencia de seis meses en un lugar, ya existe el ánimo de domiciliar se, salvo declaración en contrario (62).

Este concepto mejicano del domicilio, no coincide, en absoluto, con lo que, por tal, se entiende comunmente en casi todos los países y en el concepto doctrinal. La vieja concepción romana del domicilio (*ubi quis larem rerumque ac fortunarum suarum summum constituit*), que, el Código de Napoleón, situaba en el lugar del principal establecimiento de una persona, no aparece, aquí, por ningún sitio. No coincide, ni con el domicilio inglés de origen o de elección, ni con el domicilio francés de establecimiento. Falta la permanencia y la intención

(62).- VIEIRA, M.A.: El domicilio en el Derecho internacional privado, Montevideo, 1958, p. 67.

do permanecer. (63).

La causa de que quiebre la concepción clásica del domicilio, al menos en materia de divorcio, proviene de que, conforme a la Constitución, la competencia para determinar el domicilio conyugal, corresponde exclusivamente a los legisladores de cada Estado, y estos, - en parte por aumentar sus ingresos fiscales (provenientes de los aspirantes al divorcio), y, en parte, por influencia de ciertos Estados norteamericanos (Arkansas, Florida, Idaho, Nevada, Wyoming), reducen al mínimo los requisitos para obtener el divorcio, y, entre ellos, la base domiciliar (64).

A veces, ni incluso la simple presencia física, es necesaria y se permite la obtención de divorcios, mediante simples comunicaciones postales.

En el orden legal, varios Estados permiten obtener el divorcio en cuatro horas solamente (Campeche, Chihuahua, Chiapas, Morelos, etc.), con ligeras variantes. El Estado de Sonora, por una ley de 1915, permite obtener el divorcio seis meses después de la presentación

(63).- WOLFF, M: ob. cit., 1958, pgs. 101 y 130; VERPLAETSE: ob. cit., p. 137.

(64).- GALLARDO, R.: ob. cit., p. 193.

de la demanda, sin exigir siquiera la presencia física de los interesados dentro del Estado. Basten estas citas, a título de ejemplo.

Naturalmente que, este estado de cosas, llegó a alarmar a la doctrina, que clamaba, no contra el divorcio, pero si contra la forma de obtenerlo, sin las mínimas garantías que un acto de esta clase exige. Esto, trascendió al orden jurisprudencial y provocó del Tribunal Supremo Federal, una serie de fallos, en unos de los cuales se declaraban inconstitucionales las leyes del tipo de las anteriormente citadas, y en otros se declaraba la invalidez de las sentencias pronunciadas. Se basa el Tribunal Supremo, tanto para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, como la invalidez de las sentencias, en que carecen de las más mínimas garantías procesales.

Finalmente, diremos que en el caso en que el elemento del domicilio, como base de la competencia jurisdiccional, haya sido establecido correctamente, es indiferente que sea el del marido o el de la mujer, pues la igualdad de derechos civiles entre los sexos y, concretamente, entre los cónyuges, principio básico mejicano, impide hacer distinciones.

Si el domicilio matrimonial está dentro del territorio del Estado, alguno de cuyos tribunales dicta la sentencia, no se plantea -

problema alguno. Si el domicilio matrimonial no existe, entonces, por principio, hay que atender al domicilio de la parte demandante, sea - cual fuere, sustituyendo el domicilio de la parte demandada, por las - citaciones de que hablaremos posteriormente. Este principio de igual-- dad, va tan lejos, que ha sido declarado como inconstitucional el art. 180 del Código de Durango, de 1900, que prohibía a la mujer, acudir a los tribunales, sin autorización de su marido.

Lo que si es preciso, para que la sentencia sea correcta, es que, el demandante, al menos, tenga su domicilio en el territorio - del tribunal que entiende del asunto, aunque casos ha habido en que se ha negado la ejecución de una sentencia de divorcio, por falta de domi cilio del demandado (65).

La falta de domicilio, se puede suplir mediante sumisión - expresa o tácita.

3. Dentro del problema de establecer una jurisdicción co-- rrecta, para la obtención del divorcio, además del elemento del domici lio, es necesario contar con que se hayan hecho, a la parte demandada, las correspondientes citaciones en forma, ante el tribunal que entien-

(65).- GALLARDO, R: ob. cit., p. 190 y ss (citas de jurisprudencia).

de del asunto.

En este sentido, hay abundantes resoluciones jurisprudenciales que declaran inválida la sentencia obtenida, por falta de tal requisito. La Corte Suprema, en 29 de Julio de 1631, admitió el recurso de amparo y declaró inconstitucional el art. 5 de la Ley de Divorcio de Yucatán, que permitía obtener el divorcio por simple declaración de uno de los cónyuges. Por sentencia de 5 de Octubre de 1931, se declaró inconstitucional la Ley de Divorcio del Estado de Morelos, que permitía la citación de la parte demandada, por correo. En otra sentencia del mismo tipo y también con relación a Morelos, va más lejos la Suprema Corte al considerar inconstitucional a la Ley que permitía hacer la citación publicándola en el periódico oficial del Estado, pero entendiéndose, en el caso de autos, que se había privado a la parte de los medios legales de defensa, por falta de una verdadera citación.

Por último, es preciso explicar que, en Méjico, junto el divorcio juridical, existe un divorcio voluntario, de tipo administrativo que, incluso el mismo Código del Distrito Federal, recoge. Este tipo de divorcio, llevado a su extremo, en algunos Estados, provocó la reacción de la Corte Suprema, declarándolo inconstitucional. Aprove-

chando uno de estos casos, como dice GALLARDO (66), la Corte Suprema - declaró que confiar la disolución del matrimonio a un funcionario del Poder Ejecutivo, era establecer una confusión entre las atribuciones - de este Poder y las que correspondían al Poder Judicial, lo cual viola ría los artículos 133 del Código Civil Federal y 130 de la Constitución. Si el divorcio es, un contrato civil de matrimonio que se rompe, no se puede dejar esto a la voluntad de una de las dos partes (67).

3.- C o n c l u s i ó n .

La jurisdicción mejicana sobre divorcio, desde el punto de vista internacional, viene determinada por las leyes federales. Estas, por constante jurisprudencia tienen declarado que, es la jurisdicción establecida, cuando el demandante, al menos, se encuentra domiciliado en el territorio del tribunal que entiendo del caso, aunque el domicilio, como conexión, se convierta en una mera residencia, y aún, en muchos casos, ni eso. Es requisito concurrente que la citación a la par-

(66).- GALLARDO, R.: ob. cit., p. 201.

(67).- COVIELLO con anotaciones de BERRON, R: Doctrina General del Derecho Civil, México, 1949; FERNANDEZ CLERIGO, L.: El Derecho de Familia en la Legislación Comparada, México, 1947.

te, se haya hecho en forma y que se adopte el procedimiento judicial.

B) Cuestiones conexas.

1.- Ley aplicable.

La ley aplicable, al fondo del divorcio, es la ley mejicana, la cual regulará la admisión de la demanda, la causa o causas alegadas y todos los problemas de fondo, en general.

Del art. 12 del Código civil del Distrito Federal y de los correspondientes de los Códigos de todos los demás Estados, resulta — así, esta ley de fondo, por lo cual, determinada la competencia de un tribunal mejicano, este, aplicará la lex fori, lo cual vale igualmente para los nacionales y para los extranjeros, domiciliados, residentes o simples transeuntes.

Esto provoca frecuentes fraudes a la ley de otros Estados, no solo mejicanos, sino extranjeros.

2.- Valor de las sentencias extranjeras.

En cuanto a la eficacia de las sentencias extranjeras de divorcio, en Méjico, la regla general es que serán reconocidas y producirán todos sus efectos, pues el obstáculo del orden público, que es el que normalmente, se opone a la validez de tales sentencias, en el caso que estudiamos, no se producirá. Y esto, porque las legislaciones mejicanas, ofrecen tan amplias posibilidades para el divorcio, y son tan extensas y variadas las causas que pueden alegarse, que, difícilmente, se encontrarán sentencias extranjeras que se salgan de este campo de acción.

Para el reconocimiento de tales sentencias, habrá de recurrirse a los artículos 599 y siguientes del Código de Procedimiento Civil para el Distrito y Territorios Federales.

Ultimamente y por la importancia que tiene, vamos a hacer algunas referencias, al problema contrario al que señala la rúbrica de esta parte, es decir, al valor que usualmente tienen las sentencias mejicanas, en el extranjero. En general se observa una marcada desconfianza hacia estas sentencias de divorcio, lo cual no quiere decir que

sean rechazadas de plano, pues, en muchos casos, y no obstante, haberse dictado el divorcio sin las debidas garantías, la sentencia ha producido sus efectos en Estados extranjeros.

Los países extranjeros, donde se intenta que tengan validez las sentencias mejicanas, acuden a dos argumentos usuales, para oponerse a ellas: el fraude a la ley y el orden público. Naturalmente que nos referimos a los países que aceptan la institución del divorcio, pues lo que la desconocen, rechazarán, por principio, — siempre, tales sentencias provengan del país de donde provengan.

Los Estados Unidos, que miran exclusivamente a la ley del domicilio de los esposos, o de la residencia mejor, al tiempo en que se solicita el divorcio, se muestran muy reacios a reconocer las sentencias mejicanas, dadas respecto a sus súbditos, lo que no impide que, dentro de ellos se den sentencias de divorcio con tan pocas garantías como en Méjico, y que, en muchos casos, se acepten las sentencias mejicanas, a pesar de que ni la base competencial, ni las garantías de citación correcta, se han observado en forma (68).

-oOo-

(68).- LORENZEN: ob. cit., p. 575 (Caso Caldwellv. Caldwell, en 1948 y otros).

Sección X

Nicaragua

A) Jurisdicción.

1.- T e x t o s l e g a l e s .

La Constitución de 1950 (69) dispone en su art. 24 que los extranjeros gozan, en Nicaragua, de todos los derechos civiles y garantías que se conceden a los nicaragüenses, con las restricciones que establezcan las leyes.

El Código civil (70), en su edición oficial de 1 de Febrero de 1904, que empezó a regir tres meses después, contiene las siguientes disposiciones en el Título preliminar: VI: en cuanto a los conflictos que ocurran en la aplicación de leyes de diferentes países, se observarán las reglas de que la capacidad civil de los nicaragüenses, una vez adquirida, se rige por la ley de su domicilio; la capacidad civil, una vez adquirida, no se altera por el cambio de domicilio; el do

(69).- ALVAREZ LEJARZA, E: Las Constituciones de Nicaragua, Madrid, 1958.

(70).- —: Código Civil de la República de Nicaragua, 3ª ed., Dos tomos, 1931 y 1933; MAKAROV: ob. cit., I, art.: Nicaragua.

trrimonio se rige por la ley del lugar donde se celebra y en caso de -
cambio de domicilio, por la ley de éste; el estado civil adquirido por
un extranjero, conforme a las leyes de su país, será reconocido en Ni
caragua; el acto celebrado por nicaragüenses entre sí, en país extran-
jero, adonde se hubieren trasladado para eludir el cumplimiento de las
leyes nicaragüenses, carece de toda validez. VII: La aplicación de le-
yes extranjeras, en los casos en que este Código la autoriza, nunca -
tendrá lugar sino a solicitud de parte interesada, a cuyo cargo será -
la prueba de la existencia de dichas leyes; exceptuánse las leyes ex-
tranjeras que se hicieren obligatorias en la República, en virtud de -
tratados o por ley especial. VIII: Las leyes extranjeras no serán apli-
cables cuando su aplicación se oponga al Derecho público o criminal de
la República, a la libertad de cultos, a la moral, a las buenas costum-
bres y a las leyes prohibitivas; ni cuando su aplicación fuere incompa-
tible con el espíritu de la legislación de este Código; ni cuando fue-
ren mero privilegio; ni cuando los preceptos de este Código, en coli-
sión con las leyes extranjeras, fueren mas favorables a la validez de
los actos. IX: Los conflictos entre leyes procesales nicaragüenses y -
extranjeras, serán objeto de los respectivos Códigos. X: Los actos eje-
cutados contra leyes prohibitivas o preceptivas, son de ningún valor,
si ellas no designan expresamente otro efecto para el caso de contra-

vención. XII: Las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres, no podrán eludirse, ni modificarse por convenciones particulares. XIV: La ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros.

Y ya dentro del propio Código, el art. 25 establece que el domicilio de una persona es el lugar en donde tiene su residencia habitual, siendo transeunte el que está de paso en un lugar. Afirma el art. 7 que la mera residencia hará las veces de domicilio civil, respecto de las personas que no lo tienen en otra parte. Concreta el art. 44 que la mujer casada tiene el domicilio de su marido, aun cuando se halle en otro lugar con su avenimiento. En el art. 45 se determina que el domicilio de una persona determina la jurisdicción de las autoridades que deben conocer de las demandas que contra ella se entablen, salvo las excepciones legales. Dice el art. 108 que el matrimonio que, según las leyes del país en que se contrajo, pudiera disolverse en él, no podrá, sin embargo, disolverse en Nicaragua, sino de conformidad a las leyes nicaragüenses. El art. 121 dispone que el divorcio, pronunciado en el extranjero, de un matrimonio que no hubiera podido ser disuelto con arreglo a la legislación de Nicaragua, no es admisible en -

el país. En el art. 122 se establece que el matrimonio de extranjeros, domiciliado en Nicaragua, solo podrá disolverse, dentro del país, con arreglo a la legislación nicaragüense. En el art. 160 se admite el divorcio con alegación de causa y el divorcio por mutuo consentimiento. El art. 166 contiene la regla de que la demanda de divorcio se sustanciará en juicio ordinario, observándose en toda su plenitud los procedimientos que establece el Código de la materia. El art. 168 confirma que el divorcio, una vez judicialmente pronunciado, autoriza a cualquiera de los cónyuges para contraer matrimonio.

El Código de Procedimiento Civil, en vigor desde 1 de Enero de 1906 (71) dispone en el art. 9 que toda persona tiene libre acceso a los tribunales para hacer efectivos sus derechos y para defenderlos. En el art. 16 se concreta que las sentencias, autos o fallos arbitrales de cualquiera de los Estados de Centro-América, tendrán en Nicaragua la misma fuerza que en el de su origen, si reúnen los siguientes requisitos: que sean expedidos por tribunal competente, que tengan carácter de ejecutoriados en el lugar de donde procedan, que la parte vencida haya sido citada y representada o declarada rebelde, que no se

(71).- ---: Código de Procedimiento Civil de la República de Nicaragua, Managua, 1944.

opongan al orden público o a las leyes del Estado de Nicaragua, que proceda la declaratoria de la Corte Suprema del Estado de Nicaragua, y que se haga constar su autenticidad y eficacia. El art. 251 dice que la justicia ordinaria, será la única competente para conocer de los negocios civiles que se susciten en territorio nicaragüense, entre nicaragüenses, entre extranjeros, y entre nicaragüenses y extranjeros. Dice el art. 260 que será juez competente para conocer de los juicios a que dé origen el ejercicio de las acciones de toda clase, aquel al que los litigantes se hubieren sometido expresa o tácitamente. Y completa el art. 265 que fuera de los casos de sumisión expresa o tácita de que tratan los artículos anteriores, se seguirán las siguientes reglas de competencia: 1. En los juicios en que se ejerciten acciones personales, será Juez competente el del lugar en que deba cumplirse la obligación y, a falta de este, a elección del demandante, el del domicilio del demandado o el del lugar del contrato, si hallándose en él, aunque accidentalmente, pudiera hacérsele el emplazamiento,"...El art. 266 reitera que para determinar la competencia, fuera de los casos expresados en los artículos anteriores, se seguirán las reglas siguientes: 1. En las demandas sobre estado civil, será juez competente, el del domicilio del demandado; 2....Dice el art. 270 que la mujer casada tiene el domicilio de su marido, aun cuando se halle en otro lugar con su aveni

miento. Y el art. 280 que el domicilio de una persona determina la jurisdicción de las autoridades que deben conocer de la demanda que contra ella se entable, salvo las excepciones legales.

En cuanto a TEXTOS CONVENCIONALES, Nicaragua es otro de los países ratificantes del Código de Bustamante, y aunque puso reserva a la firma, no lo hizo al tiempo de la ratificación que efectuó en 28 de Febrero de 1930.

2. A p l i c a c i ó n .

En el CASO GENERAL, cuando solamente son aplicables las reglas de conflicto nicaragüenses, las reglas que se deducen de los preceptos anteriores, interpretadas, conforme lo hacen los autores y la jurisprudencia del país, son las siguientes:

Por principio, cualquiera puede acudir ante los tribunales nicaragüenses para solicitar el divorcio de su matrimonio, con la única condición de que ha de tener, dentro del país, su domicilio (ya que en el pleito, se le aplicará la ley nicaragüense (pues es principio, - la aplicación de la *lex fori*)).

Por lo veamos más detenidamente como se fundamenta este principio:

Entre los nacionales y los extranjeros que se encuentran en Nicaragua, hay igualdad de derechos (art. 24 de la Constitución y XIV del Título preliminar del Código), por lo que, consecuentemente, todos tienen acceso a los tribunales para hacer efectivos sus derechos y para defenderlos (art. 9 del Código de Procedimiento Civil), siendo la justicia ordinaria, la única competente para conocer de los negocios civiles (art. 251 del mismo Código de Procedimiento).

Aunque no se excluye, de entrada, la posible aplicación de una ley extranjera, se la rodea prácticamente de tantas dificultades, de prueba, especialmente, que, salvo el caso de Tratado, resulta imposible su aplicación (VII y VIII del Título preliminar).

La jurisdicción se determina, normalmente, a base del domicilio, el cual será la pauta para saber que autoridades judiciales deben conocer de un asunto determinado (art. 280 del Código de Procedimiento, y art. 45 del Código civil).

Se entiende por domicilio, el lugar de la residencia habitual (art. 25 del Código Civil), y, por su defecto, se acudirá a la re

sidencia (art. 27 del mismo Texto).

El domicilio determinante de la jurisdicción, es el del de mandado, por el principio *actos sequitur forum rei* (art. 45 del Código civil y art. 280 del Código de Procedimiento), rigiendo esta regla, — tanto en el caso de ejercicio de acciones personales (art. 265 del Código de Procedimiento), como cuando las demandas versan concretamente sobre estado civil (art. 266 del mismo Código).

También, la jurisdicción, puede determinarse a través de — sumisión expresa o tácita de las partes (art. 260 del Código de Procedimiento).

En puestas estas ideas generales sobre jurisdicción, vamos a aplicarlas, ahora, al caso concreto del divorcio:

Admitido el divorcio vincular, en Nicaragua, como una de — las formas de disolver el vínculo matrimonial (art. 160 del Código Civil), el efecto fundamental del mismo es que los divorciados readquieren su capacidad matrimonial (art. 168 del mismo Cuerpo legal).

La demanda de divorcio, se sustanciará en juicio ordinario, observándose los procedimientos del Código adjetivo (art. 166 del Códi

go civil).

Pueden solicitar el divorcio los nacionales y los extranjeros, lo mismo si el matrimonio ha sido celebrado en el país, que si ha sido celebrado en el extranjero (art. 24 de la Constitución, art. 122 del Código civil y art. 9 del Código procesal).

La Competencia se establece a base del domicilio del demandado (artículos 265 y 266 del Código de Procedimiento), salvo el caso de sumisión expresa o tácita (art. 260 del mismo Código).

En el caso de que la demanda se dirija contra el marido, - no se plantea problema respecto del juez o tribunal competente. Si la demanda se dirige contra la mujer, será juez competente el del domicilio del marido, puesto que se entiende que el domicilio de la mujer, - es el del marido, aún cuando, con su consentimiento, se halle en otro lugar (art. 44 del Código civil y art. 270 del Código procesal).

En el CASO ESPECIAL, en que resulte aplicable el Código de Bustamante, por provenir el elemento extranjero de la relación de divorcio, de uno de los países ratificantes de este texto convencional, la competencia correcta será, siempre, la del juez o tribunal del lu-

gar donde el jefe de familia, el marido, tenga su domicilio (72).

3.- C o n c l u s i ó n .

En el caso general, será juez competente el del lugar de el marido tenga su domicilio, pues en él, se interpreta que lo no también la mujer, por lo cual es indiferente que la demanda se ja contra uno o contra otro, ya que, por principio, no pueden tener domicilios separados con anterioridad a la sentencia de divorcio.

En el caso especial, de aplicación del Código internacional, la solución será la misma y como aquí, el Derecho nicaraguense modifica el principio convencional, no se plantearán problemas.

B) Cuestiones conexas.

1.- L e y a p l i c a b l e .

El tribunal nicaraguense, competente para entender en

(72).- V. pg. 176.

terminado pleito de divorcio, aplicará al fondo del mismo, la lex fori su propia ley, la ley nicaragüense.

El art. 122 del Código Civil dispone que el matrimonio de extranjeros, domiciliado en Nicaragua, se podrá disolver, dentro de Nicaragua, con arreglo a la legislación nicaragüense. Reitera esta disposición, el art. 108 al afirmar que el matrimonio que, según las leyes del país en que se contrajo, pudiera disolverse en él, no podrá, si embargo, disolverse en Nicaragua, sino de conformidad a las leyes nicaragüenses.

En Nicaragua, la tendencia actual es a ampliar el campo de aplicación del divorcio, facilitándolo al máximo. La doctrina se muestra favorable a esta tendencia jurisprudencial (75).

En caso de aplicarse el Código de Bustamante, la solución sería acumulativa de la ley domiciliar y de las leyes personales de los cónyuges, pero prácticamente, por la actuación de la legislación nicaragüense y, concretamente, del orden público, se llegaría a soluciones no muy dispares de las aplicadas por el Derecho de conflicto

(73).- ROMERO, R: Tratado de las personas. T.I. Managua, 1933, p. 12

terno.

2.- V a l o r d e l a s s e n t e n c i a s e x
t r a n j e r a s .

El art. 16 del Código procesal, determina los requisitos necesarios para que la sentencia extranjera, en general, y la de divorcio, por tanto, en especial, sean reconocidas en Nicaragua.

Concretamente, tratándose de una sentencia extranjera de divorcio, no será esta admitida en Nicaragua, si el mismo divorcio hubiera podido ser pronunciado por los tribunales nicaragüenses (art. 121 del Código civil).

Lo fundamental, para que la sentencia extranjera de divorcio, no sea rechazada en Nicaragua, es que:

Por una parte, la competencia del tribunal que dictó la sentencia sea correcta, es decir, se haya establecido sobre la base de un domicilio real y no ficticio.

Por otra, que la sentencia, lo que sería difícil prácticamente hablando, no contravenga el orden público nicaragüense. Esto,

- 310 -

dada la actual tendencia liberal de los tribunales de Nicaragua,
parece previsible.

-oOo-

Sección XI

Panamá

A) Jurisdicción.

1.- Textos legales.

La Constitución de la República, establece en el art.16 que todos los panameños y extranjeros son iguales ante la ley y no brá fueros, ni privilegios especiales.

El Código civil, vigente desde 1 de octubre de 1.917(74) dispone, en el art.1 que la ley obliga, tanto a los nacionales, como a los extranjeros, residentes o transeuntes en el territorio de la pública. Dice el art. 5.a que las leyes relativas a los derechos y deberes de familia, o al estado, condición y capacidad legal de las personas, obligan a los panameños, aunque residan en países extranjeros (artículo introducido por la Ley nº 43 de 1.925, con un principio, jeto de serias discusiones). En el art. 76 se dispone que el domicilio civil de una persona, está en el lugar donde ejerce habitualmente su empleo, profesión, oficio o industria, o donde tiene su principal establecimiento. Completa el art. 80 que la mera residencia hará las veces de domicilio civil respecto de las personas que no lo tuvieran

(74) CORREA GARCIA, A.: Código civil, Panamá, 1.927.

formalmente constituido en otra parte. El art. 88 establece que la ley regula el matrimonio civil, que deberá celebrarse del modo que determina el Código, pero reconoce que son válidos, para todos los efectos civiles, los matrimonios que se celebren conforme al culto católico o cualquier otro culto que tenga personería jurídica en la República, sujeción a las formalidades que establece esta ley (fué introducida por la Ley nº 53 de 1.919). En el art. 91 se dispone que el matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges o por divorcio. El art. 119 establece que el divorcio, una vez judicialmente pronunciado, disuelve el vínculo matrimonial, pero ninguno de los cónyuges podrá contraer matrimonio sino un año después de ejecutoriada la sentencia de divorcio.

En el Código judicial, en el art. 581 se dá fuerza a las sentencias pronunciadas por tribunales extranjeros, por lo que establezcan expresamente los tratados públicos celebrados con dichos países. En el art. 582 se dá a las sentencias extranjeras los mismos derechos y fuerza que, en el país en que se dictaron se diere a las sentencias pronunciadas en Panamá. Dice el art. 583 que si la sentencia procediere de una nación en que, por jurisprudencia, no se diere cumplimiento a las sentencias dictadas por tribunales panameños, tales sentencias no tendrán fuerza en Panamá. El art. 584 señala que las sentencias extranjeras, que no estuvieren en ninguno de los casos anteriores, tendrán fuerza en Panamá, si reúnen los siguientes requisitos

tos: 1.- Que la sentencia haya sido dictada a consecuencia del ejercicio de una acción personal, salvo lo que la ley disponga especialmente en materia de sucesiones abiertas en países extranjeros; 2.- Que no haya sido dictada en rebeldía, lo que implica que las partes haya sido citadas personalmente o por medio de sus representantes; 3.- Que la obligación, para cuyo cumplimiento se haya procedido, sea lícita en Panamá; 4.- Que la copia de la sentencia reúna los requisitos necesarios para ser considerada como auténtica. Finalmente, el art. 586 establece que el tribunal competente para la ejecución de la sentencia extranjera, será el que hubiese dictado tal sentencia, en Panamá en su caso.

En el ORDEN INTERNACIONAL, Panamá ratificó, en 26 de octubre de 1.928, el Código de Bustamante, por lo que, en ciertos casos, serán aplicables sus preceptos (75).

2.- A p l i c a c i ó n.

En el CASO GENERAL, cuando han de aplicarse las normas de conflicto panameñas únicamente, el principio básico es que los tribunales panameños son competentes para entender en los pleitos de divorcio, cuando la demanda sea interpuesta por extranjeros o contra extranjeros, siempre que la persona contra la cual se interponga, tenga su

(75) V. pag. 176

domicilio dentro del país.

Es indiferente que los cónyuges tengan la misma o distintas nacionalidades y cuales sean éstas. Carece de relevancia que el matrimonio haya sido contraído en Panamá, o hubiere sido celebrado en el extranjero.

Y la jurisprudencia, aún vá más lejos (76), pues la Cort Suprema no hace distinción alguna entre los matrimonios que han sido celebrados con las solemnidades religiosas y los que han sido celebrados en la forma civil. Para todos ellos, se estima que los tribunales panameños son competentes y tienen jurisdicción, tratándose de acciones de divorcio.

La competencia de los tribunales de Panamá, para las cuestiones de divorcio, se establece a base del domicilio, entendiéndose por tal, el lugar en que se ejerce una profesión o se tiene un establecimiento. Quiere decir esto que, la permanencia de hecho en un lugar, con una forma estable de trabajo, implica ya, el ánimo de estar en él con carácter duradero. Por esto, la ley no ha hecho la advertencia de la necesidad de la existencia del animus junto a la residencia ya que, dada la clase de residencia a que se refiere la ley, el animus se sobreentiende incluido. Pero, además, en el caso de que el domici

(76) GALLARDO, R.: Ob.cit.p.210

lio legal no existiese, se puede recurrir a una conexión competencia secundaria, que es la mera residencia, lo que equivale a tanto como simple presencia física en un lugar durante algún tiempo, aunque sin necesidad de que haya trabajo estable o negocios o cualquier otro indicio que implique la necesidad de permanecer durante mucho tiempo en el mismo punto.

El domicilio que dá base a la competencia, es el del demandado. Hay que entender, en principio, que la demanda debe intentarse ante el Juez del domicilio conyugal. Y dadas las tendencias modernas, en el sentido de equiparación jurídica de los cónyuges, hay que pensar que esto no supone rechazar la posibilidad de que cada cónyuge tenga su domicilio separado. Si no lo tuvieren y su único domicilio fuere el conyugal, el juez o tribunal de éste, será el competente. Si tuviesen domicilios separados, será competente el Juez del domicilio de la mujer o del marido, según la demanda se dirija contra una o contra otro.

En el CASO ESPECIAL de aplicación del Código internacional la competencia vendrá determinada por el mismo y será competente el Juez o Tribunal del lugar en donde el marido o jefe de familia, tenga su domicilio y tanto si la demanda se dirige contra él, como si se dirige contra la esposa.

3.- C o n c l u s i ó n .

En el caso general, la competencia para las acciones de divorcio, será del juez o tribunal del domicilio de la persona, marido o mujer, contra la cual se dirija la demanda; en el caso de que no exista más domicilio que el conyugal, el juez o tribunal de éste, será competente; si los cónyuges tuviesen domicilios separados, en el domicilio de aquél contra quién la acción vaya dirigida, estará fijada la competencia.

En el caso especial de aplicación del Código de Bustamante damos por sabida la solución de competencia por el domicilio del jefe de familia.

B) Cuestiones conexas.

1.- L e y a p l i c a b l e .

La Ley aplicable al fondo del divorcio, por los tribunales panameños, es la ley fori o ley panameña.

Esto queda deducido claramente, del art. 16 de la Constitución y del art. 1 del Código civil. Los extranjeros son iguales judicialmente hablando, a los panameños, en el orden civil. Por tanto tienen el mismo derecho acudir a los tribunales y estos deben aplicarles la misma ley.

Además es un principio general en todos estos países que al tiempo que facilita la labor del juez, realiza la armonía entre jurisdicción y ley aplicable.

2.- Valor de las sentencias extranjeras.

Ya hemos expuesto anteriormente, en los "textos legales como se procede al reconocimiento de las sentencias extranjeras y los requisitos que son necesarios para que esto sea posible.

Se adopta, en primer lugar, el principio de atenderse a Tratados, y cuando no los hubiere a la reciprocidad y en último lugar se acude al procedimiento usual de exigir a la sentencia extranjera cumplimiento de una serie de requisitos para que pueda ser reconocida y tener eficacia dentro del territorio panameño.

Normalmente, las sentencias de divorcio, no tienen obstáculos en Panamá, y solo, en pura teoría, podrían ser rechazadas cuando estuviesen en contraposición con el orden público del país (77).

(77) BERNAL GUARDIA, T.A.: Reglas comunes al procedimiento civil, Panamá, 1963; SOUSA LENOX, J.A.: ob.cit.

Sección XII

Perú

A) Jurisdicción.

1.- Textos legales.

El primer Código civil del Perú, promulgado el 29 de diciembre de 1851, para entrar en vigor en 28 de julio de 1852, presentaba una gran influencia francesa, aunque ya tenía divergencias con el Código de Napoleón pues, por ejemplo, sustituía el odioso art. 14 de este último, por el principio liberal del art. 37 peruano, que englobaba a todos los domiciliados en el territorio (78). En este Código se rechazaba el divorcio y se establecía el principio de la aplicación de la ley nacional para todas las cuestiones familiares. Posteriormente se fueron haciendo reformas sobre este texto, hasta llegar al Código actual.

El Código civil actual, promulgado el 30 de agosto de 19 (79), dispone en el Título preliminar: V: el estado y la capacidad civil de las personas, se regla por la ley del domicilio, pero se aplicará la ley peruana cuando se trate de peruanos, añadiendo que las -

(78) VALLADAU, H.: Le Droit interne... ob. cit. p. 81 y

mismas leyes regularán los derechos de familia y las relaciones personales de los cónyuges. X: las leyes extranjeras no son aplicables cuando son contrarias al orden público o a las buenas costumbres. XIV: ningún habitante de Perú puede eximirse de las obligaciones contraídas en la República conforme a las leyes. XVII: tanto los peruanos, como los extranjeros domiciliados en Perú, donde quiera que se hallen, pueden ser citados ante los tribunales de la República, para el cumplimiento de los contratos celebrados con peruanos o extranjeros domiciliados en Perú. XVIII: el extranjero que se halle en el Perú, aunque no sea domiciliado, puede ser obligado al cumplimiento de los contratos celebrados con peruano, aun en país extranjero, sobre objetos que no estén prohibidos por las leyes de la República. XIX: los residentes en el extranjero, estén o no domiciliados en la República, pueden ser citados en la República... cuando se ha estipulado que los tribunales del Perú decidan la controversia. XXI: los jueces no podrán, en ninguna circunstancia, aplicar leyes extranjeras.

Y ya en el propio Código civil, el art. 19 determina que el domicilio se constituye por la residencia en un lugar, con ánimo de permanecer en él. Dice el art. 20 que si una persona vive alternativamente o tiene ocupaciones habituales en varios lugares, se cons

(79) MAKAROV: ob.cit. art.: Perú; LEON BARANDIARAN, J.: Estudio preliminar en Ed. Inst. Cul. Hisp.: Código Civil de Perú, Madrid, 1962; ALBONICO VALENZUELA, F.: Derecho Internacional Privado Chileno, 1.958, p.327.

dera domiciliada en cualquiera de ellos. El art. 21 dice que las personas que no tienen residencia habitual se consideran domiciliadas en el lugar donde se encuentran. En el art. 24 se concreta que la mujer casada tiene por domicilio, el de su marido. En el art. 248 se determina que la acción de divorcio corresponde a los cónyuges, y se aclara en el art. 253 que el divorcio disuelve el vínculo matrimonial. En el art. 278 se especifica que los juicios de divorcio se sustanciarán por los trámites fijados para los de menor cuantía, completándose en el art. 280 que el Ministerio Fiscal es parte en todos los juicios de divorcio o separación.

Ultimamente y dentro del Código Civil, aunque directamente no nos afectan, hemos de citar los artículos 6 y 7 que contienen dos reglas según las cuales en materia de estado y capacidad de las personas y en relaciones de familia, se sigue la ley del domicilio para los extranjeros y la ley nacional para los peruanos.

En 1.920, se aprobó la Ley de Matrimonio Civil por la cual se hizo este obligatorio en todos los casos, derigando así la Ley de 1897 que admitía también el matrimonio canónico.

Por Decreto-Ley nº 6.890 de 8 de octubre de 1930, se admitió el Divorcio Absoluto. La Ley nº 7.894 admitió, junto al divorcio establecido con alegación de causa, el divorcio por mutuo consenti-

miento.(80)

En el Código de Procedimiento Civil, se establecen a partir del art. 578, una serie de reglas sobre tramitación de procedimientos de divorcio y separación que, aunque referidos al divorcio como simple separación, están en vigor, hoy, también para el divorcio vincular, ya que la Ley nº 8.305 dispuso, en su art. 1, la inalterabilidad de las disposiciones anteriores sobre matrimonio civil y divorcio después de 1930 (81).

En el ORDEN INTERNACIONAL, Perú es otro de los dos países que han ratificado, por una parte el Tratado de Montevideo de 1888-9, y por otra el Código de Bustamante. Por tanto, y junto a su legislación interna de conflicto, también, en ciertos casos hay que tener presentes y aplicar, estos textos convencionales (82).

(80) CORNEJO CHAVEZ, H.: Derecho familiar peruano, Arequipa 1950.

(81) TOLEDO MAS, C.: Legislación matrimonial en el Perú, sin indicación de lugar de publicación, 1.938

(82) Para ver estos sistemas, consultar pgs. 161 y 176.

2.- A p l i c a c i o n .

El principio GENERAL, deducido de la legislación en vigor interpretada muy liberalmente por la jurisprudencia, es que, de acuerdo con el común sentir de la doctrina, la jurisdicción peruana es competente para entender de los pléitos de divorcio, cuando los cónyuges no importa si nacionales o extranjeros, tienen su domicilio dentro del país.

Importa aclarar:

Cuando se habla de domicilio, se entiende, por principio el domicilio conyugal, Este será el que tengan los cónyuges mientras vivan juntos, entendiéndose, en defecto de éste, que el domicilio conyugal es el domicilio del marido. Hay que explicar que esto no impide que los cónyuges tengan domicilios separados, sino que la jurisprudencia interpreta que, para el ejercicio de las acciones de divorcio especial, hay que atenderse al contenido del art. 24 del Código civil que impone a la mujer, el domicilio del marido. De esta forma,

Los tribunales peruanos, son competentes siempre que el domicilio conyugal se encuentre dentro del territorio donde ejercen su jurisdicción, sin que, según la jurisprudencia, haya de tenerse en cuenta el lugar de celebración del matrimonio (83), ni la nacionalidad

(83) Jurisprudencia citada por GALLARDO: ob.cit. p.220 y

dad de los cónyuges, por lo cual la competencia, así entendida, no hará distinción en el caso de ser ambos cónyuges extranjeros, ó de ser lo uno de ellos.

Los tribunales peruanos no son competentes, cuando el domicilio conyugal no se encuentra dentro del país, llegando, en algunos casos, a rechazar la competencia, cuando, a pesar de estar en el país el domicilio conyugal, no se halla en él domicilio de alguno de los cónyuges (84), con lo cual parece que se abre la puerta a la posibilidad de que los cónyuges tengan domicilios separados y a tomar cuenta los mismos, para los pléitos de divorcio.

La regla de considerar que el domicilio conyugal, se encuentra, en último término, donde tiene su domicilio el marido, se presta al fraude de que éste, practicamente traslade el domicilio a un lugar, donde la acción de divorcio sea muy difícil o imposible para la mujer y así, impida a ésta, el ejercicio de su derecho. Por lo tanto hoy, la jurisprudencia se vá abriendo más liberalmente, hacia la posibilidad de considerar el domicilio separado de la mujer, para acciones de divorcio.

Todos los trámites procesales, se cumplirán con arreglo a la ley peruana, tanto más cuanto que los tribunales peruanos no pue

(84) Jurisprudencia citada por GALLARDO: ob. cit. p.220

nunca, aplicar una ley extranjera (XXI del Título preliminar del Código).

En el CASO ESPECIAL de que resulten aplicables textos convencionales, hemos de concretar:

Si el elemento extranjero que aparece en la relación de divorcio, es procedente de uno de los países que han ratificado el Tratado de Montevideo, la solución, a través del art. 62 en relación con el art. 8 del Tratado, es la misma que da el Derecho conflictual peruano: la competencia de los tribunales para el divorcio, se establece a base del domicilio conyugal, que, en último extremo, es el domicilio del marido.

Si el elemento extranjero, procede de países ligados con el Código de Bustamante, por aplicación del art. 24, en relación con el art. 323 del mismo Código internacional, la acción de divorcio habrá de intentarse en el lugar donde el jefe de familia, el marido, tenga su domicilio, lo cual es, también una solución coincidente, precisamente.

Si el elemento extranjero fuese un Boliviano, país, que con el que estudiamos, tiene también suscrito ambos Textos convencionales, no estaría resultada la teórica colisión, como en el caso boliviano, ya que Perú no estableció reservas o precedencia alguna al r

tificar el Código de Bustamante, pero como hemos visto, de hecho, problema no puede plantearse.

3. C o n c l u s i ó n.

En el caso general, la competencia de los tribunales por las acciones de divorcio, se establece a base del domicilio conyugal que, en último término, es el domicilio del marido. Hoy hay tendencia a considerar el posible domicilio separado de la mujer, con transcendencia en orden a la competencia en acciones de divorcio.

En el caso especial de aplicación de Textos convencionales la solución práctica es la misma de establecer la competencia a base del domicilio conyugal, aunque teóricamente, en algunos casos de diferente redacción de los preceptos de uno y otro Texto, nos puede conducir a soluciones diferentes.

B) Cuestiones conexas.

1.- L e y a p l i c a b l e.

La Ley aplicable al divorcio, es siempre la ley peruana cuando son los tribunales peruanos los que juzgan por haberse declarado competentes.

Esto resulta del V del Título Preliminar del Código Civil y de los artículos 6 y 7 del mismo que determinan, formalmente, que

los extranjeros, en Perú, se les aplicará la Ley del domicilio, y como la competencia de los tribunales peruanos se ha establecido, precisamente, a base de este domicilio, es claro que la ley aplicable es peruana.

Pero es que, además, en el mismo Título Preliminar, XXI, se dispone que los jueces no podrán, en ninguna circunstancia, aplicar leyes extranjeras. Y como aquí no se plantea problema de laguna legal (XXIII), único caso en que, a través de los principios generales, podría llegarse a recoger algún principio extranjero, es claro que toda legislación extraña, queda al margen de la actuación de los tribunales peruanos.

En el caso de que, en la relación de divorcio, hubiese un elemento extranjero y otro peruano, a este se le aplicaría, además, la ley peruana, por su nacionalidad.

No entramos, por considerarlo fuera de lugar, en el problema que plantean los híbridos textos, a que acabamos de referirnos, que establecen el principio de aplicación de la ley domiciliar a los extranjeros y la ley nacional a los peruanos. Nos cabe decir que no se justifica ni aún recurriendo al momento histórico de su nacimiento, que es una regla confusa en su origen y lamentable en sus resultados y que lo único que puede verse en ella, es una actuación del orden público peruano, mal expresada.

Considerando que hay casos en que se aplicarán el Código de Bustamante (solución acumulativa de la ley del domicilio conyugal y la ley personal de las partes) y el Tratado de Montevideo (solución acumulativa de la ley del domicilio conyugal y de la ley del lugar de celebración), hemos de decir que las soluciones a que puede llegarse, son distintas de las propias del Derecho peruano, y tienen precedencia sobre ellas, siempre que no afecten al orden público del país.

2.- V a l o r d e l a s s e n t e n c i a s e x - t r a n j e r a s .

Hasta la admisión del divorcio, en 1930, el problema que se planteaba con las sentencias extranjeras de divorcio, era muy difícil y la jurisprudencia rechazaba constantemente tales sentencias cuando afectaban a elementos peruanos, por aplicación de su orden público (X del Título Preliminar).

Posteriormente, se acudió, después de la firma del Tratado de Montevideo, a la solución acumulativa de leyes, pretendiendo el cumplimiento de las leyes del país del domicilio conyugal y de las del país de celebración del matrimonio, con lo cual, en la mayoría de los casos, se llegaba en Perú, al mismo resultado anterior.

Después, con la admisión del divorcio, la jurisprudencia ha cambiado de signo y la regla general, es la de admisión de las sentencias extranjeras. Esta, sin embargo, está subordinada al exequatur para lo cual, entre otros menos importantes, deben tenerse en cuenta los siguientes requisitos: 1.- Que se respete el orden público peruano, tanto en la denominación, como en el contenido de las causas de divorcio alegadas; 2.- Que la competencia del tribunal extranjero que haya dictado la sentencia, esté correctamente determinada, principalmente a base de que, el domicilio de los cónyuges en el extranjero, sea real (85) (86).

(85).- GARCIA RADA, D.: El poder judicial, Lima 1944

(86).- APARICIO, G.: Código civil concordancias, Lima, 1942.

Sección XIII

Puerto Rico

A) Jurisdicción.

1.- T e x t o s l e g a l e s.

En realidad, Puerto Rico es un país a caballo entre la independencia administrativa y la asociación política, entre las concepciones jurídicas españolas y las interpretaciones anglosajones del Derecho, entre una legislación, cada vez menos aplicada, y una jurisprudencia, cada vez más elaboradora de una normatividad nueva. Por todo ello, los textos legales puertorriqueños, no tienen la significación general que en cualquier país, ya que, hoy, los tribunales no los aplican, sin que ello, haya supuesto una abolición formal de los mismos. Por otra parte, según el momento en que han sido publicados, tales textos entrañan concepciones tan distintas que los tribunales, abstrayéndose de tan confusa situación legal, se mueven libremente y obran apoyados en las actuales tendencias jurídicas.

El Código civil es sustancialmente el español, y en su -

reimpresión de 1930, mantiene incluso el mismo plan de exposición. El art. 9 establece que los derechos y deberes de familia y los relativos al estado, condición y capacidad legal de las personas, se aplican a los puertorriqueños, aunque residan en país extranjero (como veremos luego, este precepto no se aplica prácticamente). El art. 22 dispone que la ley civil es igual para todos, sin distinción de personas, ni de sexo, exceptuando los casos en que especialmente se declare lo contrario. En el art. 95 se reconoce que el vínculo del matrimonio puede disolverse, entre otras causas, por medio del divorcio. El art. 97 - concreta que el divorcio solo puede ser concedido mediante juicio en la forma ordinaria y por sentencia dictada por el Tribunal Superior; en ningún caso puede concederse el divorcio, cuando la causa en que se funde sea el resultado de un convenio o confabulación entre marido y mujer o de una aquiescencia de cualquiera de ellos para conseguirlo; ninguna persona podrá obtener el divorcio de acuerdo con este título, que no haya residido en el Estado Libre Asociado, un año inmediatamente antes de hacer la demanda, a menos que la causa en que se funde, se cometiera en Puerto Rico o cuando uno de los cónyuges residiese aquí. Y se confirma en el art. 105 que el divorcio lleva consigo la ruptura completa del vínculo matrimonial.

El Código de Enjuiciamiento Civil, aprobado en 10 de marzo

de 1904, es copia, en gran parte, del sistema de enjuiciamiento civil de California, y muchas de sus reglas han sido tomadas de las Federal Rules of Civil Procedure. Se hizo una nueva edición en 1933 y una reforma en 1943.

En el ORDEN CONVENCIONAL, Puerto Rico carece de textos, -- pues por su situación política, queda subordinado a Norteamérica en esta materia, y ésta, no obstante la asistencia de su Delegación a -- las sesiones que precedieron al Código de Bustamante, no ratificó este Texto convencional.

2.- A p l i c a c i ó n.

Como hemos anticipado, en Puerto Rico, la legislación y -- la jurisprudencia andan desconectadas.

Por ejemplo, en lo referente a estado, condición y capacidad legal de las personas, así como en las relaciones familiares, el art. 9 del Código civil, aplica la ley nacional, la cual sigue al individuo a donde quiera que se traslade; en cambio, la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, anteriormente, aplicaba esta solución (numerosas sentencias en este sentido), hoy la abandona, diciendo que "la doctrina que debe prevalecer en Puerto Rico, es la interpretación del

art.9, en cuanto a los ciudadanos puertorriqueños, es la del domicilio imperante en los Estados Unidos, y no la de la nacionalidad que rige en España, Italia y los países europeos". Con ello, el Tribunal Supremo de Puerto Rico, se ha apartado sin ambages, de la personalidad del Derecho, para aceptar el mismo criterio de Estados Unidos (87).

Según los principios anglosajones de Estados Unidos, dominantes hoy en Puerto Rico, resulta que:

El divorcio vincular, está admitido en Puerto Rico, lo mismo que en todos los Estados norteamericanos (ya que Carolina del Sur, que era el único que lo rechazaba, acabó admitiendo la institución en 1948). Se parte de la base de que el matrimonio es un contrato civil y como tal, puede disolverse.

Los tribunales puertorriqueños son competentes para entender en todos los pléitos de divorcio que se planteen en su territorio y no sólo entre puertorriqueños o entre norteamericanos (que en ciertos aspectos se hallan equiparados), sino también cuando se trata de extranjeros, en el sentido estricto de los términos.

La competencia se establece a base del domicilio, en el -

(87).- GUAROA VELAZQUEZ: Directivas fundamentales del Derecho internacional privado puertorriqueño, Rio Piedras, 1945, p.40.

sentido anglosajón, pues aquí, el domicilio juega un papel, para determinar el estatuto personal, análogo al de la ciudadanía en otros países. El Restatement, define el domicilio como el lugar donde una persona está fijamente radicada para ciertos propósitos legales, bien porque su hogar está allí, bien porque la ley le ha asignado dicho lugar. Este mismo Cuerpo de doctrina, subraya la palabra "residencia" diciendo que es a menudo empleada como equivalente de domicilio, debiéndose determinar su sentido exacto en cada caso. Jurídicamente, la residencia es el lugar donde una persona tiene su vivienda habitual, distinguiéndose del domicilio en que no tiene la fijezca de éste. La jurisprudencia puertorriqueña considera, sin embargo, como residente a una persona que se establece en un sitio, con la intención de permanecer realmente en el mismo (Sureda V. Sureda). En cambio, hay "habitación" cuando se reside de modo accidental o transitorio, y esta noción no tiene trascendencia en Derecho internacional privado. La Constitución de Puerto Rico, establece en el art. 11 que toda persona tiene un domicilio legal, considerando como tal el lugar en que habitualmente reside; se presume que el domicilio de la esposa, es el del marido; el domicilio solo puede cambiarse mediante la unión del acto y el intento. En la concepción angloamericana, nunca puede hablarse de carencia de domicilio, ya que todo el mundo tiene necesariamente domicilio de origen; tampoco puede, en puridad, hablarse de pluralidad de

domicilios (88).

Aplicando el sistema competencial a la material de divorcio, habrá que entender que será juez o tribunal competente para entender del mismo, el que lo sea en la circunscripción donde el matrimonio tenga establecido el domicilio conyugal. En el caso de que los cónyuges tuviesen domicilios separados (lo cual es aceptado por los tribunales del país), la presunción de que la esposa tiene el mismo domicilio que el marido, dejará de actuar, y entonces, aunque el marido abandone el domicilio conyugal, la mujer podrá interponer ante el Juez del mismo, su demanda de divorcio.

Pero a la determinación de la competencia en base al domicilio, hay que ponerle el límite de que sólo puede utilizarse, cuando tal domicilio se haya tenido con un año de antelación al menos, a la interposición de la demanda, a no ser que la causa de divorcio hubiese ocurrido en el país. Esta limitación busca la evitación de fraudes legales, o como dice el art. 97 del Código Civil, confabulaciones, para obtener en Puerto Rico divorcios que no pudieran obtenerse en otro país.

(88).- GUAROA VELAZQUEZ: ob. cit. p.45 y s. (citas jurisprudenciales

3.- C o n c l u s i ó n .

La competencia para entender en los pléitos de divorcio, se determina en Puerto Rico, a base de la residencia en el país por un período de, al menos, un año anterior a la presentación de la demanda. Será competente el tribunal o juez en cuya circunscripción se haya tenido tal residencia.

B) Cuestiones conexas.

1.- L e y a p l i c a b l e .

El Tribunal Supremo de Puerto Rico, confunde el orden público con la territorialidad de la ley. Y así, en divorcio, se considera jurisprudencialmente, que se trata de una materia de orden público y que, por tanto, queda excluida en absoluto de la aplicación de la ley extranjera que, en algunos casos, podría ser competente (89).

Pero es que no hacía falta esta confusión para que resultase aplicable la lex fori, pues este un principio angloamericano que como hemos expuesto anteriormente, se viene aceptando en Puerto Rico.

La aplicación de la lex fori, se fundamenta, unas veces en el orden público; pero otras, se parte de la base de que, determinada la competencia domiciliar o, mejor, residencialmente, la ley aplicable es la misma, en consideración, ahora, a su carácter de ley personal. El Restatement parece atender a esta segunda consideración.

Lo que si aprecian, muy finamente, los Tribunales puertorriqueños, es la causa alegada para solicitar el divorcio, ya que siempre tratan de evitar que el traslado del domicilio de un matrimonio, a Puerto Rico, se haya efectuado con el exclusivo propósito de buscar unos tribunales favorables para obtener el divorcio.

2.- Valor de las sentencias extranjeras.

Como norma, las sentencias extranjeras de divorcio, son reconocidas en Puerto Rico.

Las dos circunstancias que se examinan en tales sentencias con mayor detenimiento, para ver si son correctas y no se producen situaciones inadmisibles, son la de la competencia del tribunal que dictó la sentencia y la del posible atentado al orden público puertorriqueño.

qución (90).

(90).- MUÑOZ MORALES, L.: Compendio de Legislación puertorriqueña y sus precedentes, Rio Piedras, 1948; MOUCHET-SUSSINI: Derecho Hispánico y "Common Law" en Puerto Rico, Buenos Aires 1953.

Sección XIV

República Dominicana

A) Jurisdicción.

1.- Textos legales

(91)

El Código Civil (92) que es prácticamente el Código francés, en vigor desde 1845, con la redacción actual de 17 de abril de 1884, dispone en el art. 3, que las leyes de policía y de seguridad obligan a todos los que habitan en el territorio; los inmuebles, incluso los poseídos por extranjeros, se rigen por la ley dominicana; las leyes concernientes al estado y capacidad de las personas, son obligatorias para todos los dominicanos, incluso residentes en país extranjero. En el art. 70 se dispone que el matrimonio contraído en país extranjero entre dominicanos, o entre dominicanos y extranjeros, será válido si se ha celebrado en las formas establecidas en dicho país, -

(91).- Se trata de otro país sobre el cual la bibliografía es muy escasa y los textos legales muy difíciles de hallar.

(92).- MAKAROV: ob. cit. T.I., art.: Rep. Dominicana.

con tal que haya sido precedido de las publicaciones y que el dominicano no haya contravenido las disposiciones del capítulo precedente (que trata de la capacidad para contraer matrimonio). El art. 102 dispone que el domicilio de todo dominicano, en cuanto al ejercicio de sus derechos civiles, es el lugar de su principal establecimiento.

Por Ley de 1897, se introdujo en el país el Divorcio Absoluto, sin distinción de forma adoptada para la celebración del matrimonio.

La Ley de 17 de junio de 1944, actualmente en vigor, sobre los actos de estado civil, exige ciertas circunstancias, como la transcripción, para que dichos actos tengan efectos civiles en el territorio de la República.

El Concordato de 16 de junio de 1954 firmado entre la República Dominicana y el Vaticano, entró en vigor, en la República, el 6 de agosto del mismo año. Posteriormente, por Ley de 20 de septiembre, también de 1954, se dieron normas aplicativas. A consecuencia de este Concordato y Ley subsiguiente, se admiten dos tipos de matrimonio: el civil que lleva consigo la posibilidad del divorcio, y el canónico que produce todos los efectos civiles y no es disoluble por divorcio. Hay libertad para escoger la forma civil ó canónica, pero la elección

de una u otra, lleva consigo efectos distintos.

En el ORDEN CONVENCIONAL, la República Dominicana, ratificó el Código de Bustamante, en 12 de marzo de 1929, con la reserva de que "deseaba mantener el predominio de la ley nacional en las cuestiones referentes al estado y capacidad de los dominicanos, en cualquier lugar en que estos se encuentren, por lo que no puede aceptar, sino con reservas, las disposiciones del proyecto de codificación, en el cual se ha dado preferencia a la ley del domicilio o a la ley local, no obstante el principio conciliador, enunciado en el art. 7 del Proyecto, del cual, el art. 53 es una aplicación".

2.- A p l i c a c i ó n .

La competencia de los tribunales, en materia de divorcio, está determinada sobre el domicilio, que es el lugar fijado por el Derecho como asiento legal de una persona, en el cual se presume que está siempre presente, lo esté o no en la realidad. Los tribunales administran justicia a toda persona, porque toda persona tiene el goce de sus derechos civiles, cualesquiera que sean su sexo, edad o condición y se incluye a los extranjeros, a los cuales se les ha mantenido siempre, en sus derechos, en la República Dominicana.(93)

(93).- GONZALEZ HERRERA, J.: Ciencia jurídica dominicana, 1959

De lo que acabamos de exponer, resultan los principios sobre los cuales, con carácter concreto aplicado al divorcio, se establece la competencia de los tribunales.

El procedimiento para decretar el divorcio, dentro del país, es de carácter judicial y serán competentes los diferentes tribunales a base de su respectiva circunscripción territorial. La transcripción de los divorcios judiciales, en el Registro Civil, hace que tengan efectos civiles, los cuales no provienen, sin embargo, del Registro, sino de la decisión judicial. Si la transcripción no hubiere sido hecha, podrá salvarse posteriormente, a base de la sentencia de divorcio pronunciada.

La competencia de los tribunales, se determina, como se ha anticipado, a base del domicilio. Se entiende por domicilio, el lugar de la residencia habitual, habitualidad que implica, de por sí, una intención de permanencia. En defecto de domicilio, los tribunales en muchos casos, han aceptado como base de competencia secundaria, la mera residencia.

Se entiende que el domicilio a tomar en cuenta, será el conyugal, salvo el caso de que los cónyuges tengan domicilios separados, en cuyo caso se estará al que tenga realmente cada uno de ellos.

sin atender a presunciones y pruebas en contrario, como otras legislaciones establecen.

La demanda habrá de fundarse, en primer lugar, en el domicilio del demandado, pero si este no lo tuviese, ni tampoco residencia, o esta se hallare fuera del país, hay jurisprudencia que permite estimar como competente al juez o tribunal del domicilio del demandante.

Y ahora entramos en el problema de si la competencia de los tribunales dominicanos, así establecida en materia de divorcio, se extiende a los casos en ambos cónyuges, o por lo menos, uno de ellos es extranjero.

Dada la incidencia de la ley de los elementos personales sobre la competencia de los tribunales dominicanos, es preciso exponer todo el problema que supone la oposición de la ley nacional y la ley domiciliar, en este país.

El Código Civil, en su art. 3, párrafo 3º, dispone que las leyes concernientes al estado y capacidad de las personas, son obligatorias para los dominicanos, aunque residan en país extranjero. Este precepto ha sido copia del párrafo 3º del art. 3 del Código de Napoleón, y es el mismo art. 9 del actual Código Civil español. Se trata

de una regla de conflicto, de enunciación unilateral que, la jurisprudencia de los países que la han aceptado, y entre ellos el que estudiamos ha ido completando y convirtiendo en regla bilateral, pues se ha interpretado que si la enunciación legal se refería solo a los nacionales, implícitamente contenía también la misma regla para los extranjeros, dentro del país. De esta forma, ha quedado establecido que todas las personas, en cuanto a su estado y capacidad y también en sus relaciones de familia, quedan sujetas a su ley nacional. No es extraño el precepto, cuando se vé en los Cuerpos legales europeos, que lo introdujeron siguiendo una corriente general iniciada por el Código francés. Pero, en las páginas de un Código iberoamericano, resulta un cuerpo extraño, porque vá contra el común sentir y la tendencia actual de aplicación de la ley domiciliar. Y vá tan contra la tesis general que, los mismos tribunales dominicanos, se han visto en la necesidad de hacer juegos malabares, para interpretarlo de forma que, sin conculcar la letra, se pueda llegar a soluciones más de acuerdo con la realidad social que rodea el precepto.

Vamos a ver como, los tribunales dominicanos, han ido actuando en materia de divorcio, en los casos en que la sentencia afectaba a uno o a ambos cónyuges extranjeros.

Hay una primera época, en la que los tribunales dominicanos

nos rechazaban las peticiones de divorcio, en las cuales, los cónyuges o al menos uno de ellos, eran súbditos de países que no admitían la institución. En realidad, lo que hacían era aplicar a rajatabla el precepto, por lo que si la ley nacional de los solicitantes, admitía el divorcio, los tribunales dominicanos se consideraban competentes. En otro caso, estos tribunales, declaraban su incompetencia, aunque los cónyuges se hallasen domiciliados en la República Dominicana. Casos se dieron, tratándose de separación (pero que igualmente podrían aplicarse al divorcio) en que se admitió la demanda, cuando el matrimonio, sin tener en cuenta la nacionalidad de los cónyuges, había sido celebrado en la República Dominicana. Pero la postura original, era contraria a aceptar la competencia en el caso de que la ley nacional de los cónyuges, desconociese la institución del divorcio.

En una segunda época, la postura de la jurisprudencia, se liberaliza. Siempre que un extranjero demanda el divorcio, ante los tribunales dominicanos, ha de alegar una de las causas establecidas en la legislación dominicana y, en este caso, los tribunales dominicanos se considerarán competentes, sin importar que la causa alegada, no se encuentre en la legislación nacional del demandante. Aquí, en realidad, se interpretaba que había una colisión entre dos leyes nacionales, de las cuales, una, era la ley dominicana, y, en esta colisión, era natural que la ley dominicana triunfara, porque era la *lex fori*,

que siempre lleva consigo cierta preeminencia, y porque el mismo principio del orden público dominicano, lo imponía así. La doctrina había llegado a establecer que: 1.- cuando uno de los esposos extranjeros ha adquirido, antes de su divorcio, la nacionalidad dominicana, e incluso si el otro cónyuge ha conservado su propio estatuto, la demanda de divorcio interpuesta por el primero, es siempre admisible; 2.- si se trata de una mujer dominicana, que se ha casado con un extranjero, cuya ley personal no admite el divorcio, la demanda es, evidentemente admisible, respetando el procedimiento de fondo y las condiciones prescritas por la ley dominicana.

En una tercera etapa, la admisión de las demandas de divorcio de extranjeros, se admiten con carácter casi general y fundadas, precisamente, en el carácter de orden público de la ley dominicana sobre divorcio. La competencia, se establece a base del domicilio o residencia del demandado o demandante, cuando falta aquel. GALLARDO (94) cita una serie de sentencias coincidentes en la admisión de las demandas de extranjeros respecto al divorcio, a saber: en el caso de una demanda de divorcio intentada por un dominicano, contra su esposa siria o libanesa, se admite la demanda, pues también se admitiría si se tratase de dos extranjeros cuya legislación nacional no permitiese el divorcio; en una serie de casos que afectaban a españoles refugiados y en los cuales, ciertos tribunales dominicanos no admitieron -

las demandas de divorcio, el de San Pedro de Macoris, llegó a sentar jurisprudencia constante en el sentido de su admisión: se admitió, aunque la parte demandada no se encontraba en territorio de la República; se admitió la demanda de una esposa, cuyo marido había quedado en España; en este mismo sentido liberal, se admitió la demanda de un francés, contra su mujer de nacionalidad colombiana; se admitió entre cónyuges italianos, uno de los cuales adquirió posteriormente la nacionalidad dominicana, mientras el otro había permanecido en Italia. La lista se haría interminable. Baste decir que, en esta última etapa, la única condición que se exige para determinar la competencia de los tribunales dominicanos en materia de divorcio, es que el domicilio del demandado, o, en su caso, el del demandante, se halle dentro de la circunscripción territorial del tribunal.

Cuando, en CASO ESPECIAL, por tratarse de elementos extranjeros procedentes de países vinculados con el Código de Bustamante, este Texto convencional sea aplicable, ya sabemos que, en principio, la competencia habrá de determinarse a base del domicilio del jefe de familia (art. 24), pero que como se deja la puerta abierta a la posible actuación del Derecho nacional, en el caso de que, según el Derecho dominicano, interpretado jurisprudencialmente, la mujer tenga un domicilio separado de su marido, el domicilio real de aquella será, dentro

de la República Dominicana, el determinante de la jurisdicción.

En este sentido, no aparecen dudas, dentro de la jurisdicción dominicana.

3.- C o n c l u s i ó n.

En el caso general, la competencia, en materia de divorcio, de los tribunales dominicanos, se determinará a base del domicilio del esposo o esposa demandados. Si no tuvieren domicilio, a base de la conexión subsidiaria de la residencia. Si tampoco tuvieren residencia conocida o no la tuvieren dentro del país, será correcta la competencia establecida a base del domicilio, o de la residencia, de propio demandante.

En el caso especial de aplicación del Código de Bustamante, la competencia, por principio, se establecerá a base del domicilio del jefe de familia, independientemente de contra quién se dirija la acción. Pero, en muchos casos, el Derecho convencional, quedará modificado por el Derecho nacional, llegándose a las mismas soluciones que en éste.

B) Cuestiones conexas.

1.- L e y a p l i c a b l e.

La ley aplicable al divorcio es, por imperativo legal, la ley nacional de los esposos. Así, en el caso de acciones de divorcio interpuestas por extranjeros, los tribunales dominicanos estarán regidos, en cuanto a competencia, por la ley dominicana, y en cuanto a ley aplicable, por la ley nacional de los interesados.

Esto, provocaba numerosos problemas, de los cuales no era el menor, el de carácter técnico que suponía la necesidad de armonizar estas dos leyes. Por esto, los tribunales, fundándose en que el hecho de aplicar una ley extranjera, muchas veces en contraposición con la ley dominicana, implicaba invadir la esfera de acción de la legislación nacional, fueron paliando la rigida interpretación de los textos y aplicando, poco a poco, siempre, la legislación dominicana, a la que conducía, también, el mismo orden público.

Y así, a pesar de que los textos legales decían una cosa, la jurisprudencia, de acuerdo con la realidad, sostenía la contraria, aplicando su propia legislación constantemente.

2.- V a l o r d e l a s s e n t e n c i a s e x t r a
j e r a s.

Volvemos a la disparidad entre los textos legales y la jurisprudencia.

Con arreglo a la legislación, solo serían reconocidas, la sentencias extranjeras que se hubicren dictado teniendo en cuenta el Derecho nacional de las partes y concretamente, cuando afectasen a dominicanos, la ley dominicana.

Pero, en la práctica, los tribunales actuan con otro criterio más comprensivo y, en general, siendo muy difícil que el orden público dominicano, se sienta afectado por el contenido de cualquier sentencia extranjera de divorcio, es lo cierto que normalmente, se reciben y reconocen tales sentencias, produciendo todos sus efectos dentro de territorio dominicano.

En caso de aplicación del Código de Bustamante, se observará el art. 423 del mismo.

Sección XV

Uruguay

A) Jurisdicción.

1.- Textos legales.

En el Código Civil, de 23 de enero de 1868 (95) que, después de una prórroga, entró a regir en 18 de julio del mismo año, re-dactado nuevamente en 1914, y adicicnado por la ley de 3 de diciembre de 1941(96), se contienen los siguientes preceptos que nos afectan:el art. 3 dice que las leyes obligan indistintamente a todos los que ha-bitan en el territorio de la República. El art. 24 determina que el -domicilio consiste en la residencia, acompañada, real o presuntivamen-te del ánimo de permanecer en ella. En el art. 25 se concreta que el lugar donde un individuo está de asiento, o donde ejerce habitualmen-

(95) MAKAROV, : Ob.cit. I,art.: Uruguay; NIN Y SILVA,C.: Código Civil de la República Oriental del Uruguay, anotado y concordado,4^a ed Montevideo,1958; INSTITUTO DE CULTURA HISPANICA: Código Civil de Uruguay; ABADIE-SANTOS: Código Civil de Uruguay; BRITES, J.E.: Recopilación de Leyes vigentes del Uruguay, Montevideo.

(96) Esta Ley es la n^o 10.084 y añadió un Apéndice al C. civil tratand-o las materias de Derecho internacional privado.

te su profesión u oficio, determina su domicilio real o vecindad. Dice el art. 26 cuales son las circunstancias que no presumen ánimo de permanencia, y el art. 27 cuales son las que presumen este ánimo. En el art. 33 se concreta que la mujer no divorciada, sigue el domicilio del marido, mientras éste reside en la República. Dice el art. 103 que el matrimonio disuelto en territorio extranjero, en conformidad a las leyes de la República uruguaya, no habilita a ninguno de los dos cónyugos para casarse en la República, mientras viviese el otro cónyuge. Y el art. 104 que el matrimonio que, según las leyes del país en que se contrajo, pudiera disolverse en él, no podrá, sin embargo, disolverse en la República sino de conformidad a las leyes de ella. El art. 145 dice que los juicios de disolución de matrimonio, se regirán privativamente por las leyes y judicaturas civiles, con absoluta prescindencia de las autoridades eclesiásticas. El art. 146 determina que la disolución del matrimonio se sujeta a la ley del domicilio del marido. En el art. 186 se considera que, una manera de disolverse el matrimonio, es el divorcio legalmente pronunciado. En el art. 187 se admiten tres clases de divorcios: por alegación de causa, por mutuo consentimiento, y por simple voluntad unilateral de la mujer, sin alegación de causa. Para la ley, dice el art. 188, es nula toda renuncia o reserva que se establezca en las capitulaciones matrimoniales respecto a la facultad de pedir el divorcio. En el art. 190,

se concreta que disuelto legalmente el matrimonio, los cónyuges quedan facultados para contraer nueva unión.

En el Apéndice, el art. 2393 determina que el estado y la capacidad de las personas se rigen por la ley de su domicilio. Dice el art. 2395 que la ley del lugar de la celebración del matrimonio rige la capacidad de las personas para contraerlo y la forma, existencia y validez del acto matrimonial. En el art. 2396 se fija que la ley del domicilio matrimonial rige las relaciones personales de los cónyuges, la separación de cuerpos y el divorcio, y las de los padres con los hijos. El art. 2401 dice que son competentes para conocer en los juicios a que dan lugar las relaciones jurídicas internacionales, los jueces del Estado a cuya ley corresponde el conocimiento de tales relaciones. Y el art. 2402 completa que las formas del procedimiento se rigen por la ley del lugar en que se radica el juicio. En el art. 2403 se establece que las reglas de competencia legislativa y judicial, determinadas en este Título, no pueden ser modificadas por la voluntad de las partes. Completa el art. 2404 que no se aplicarán en nuestro país, en ningún caso, las leyes extranjeras que se opongan a los principios esenciales de orden público.

En el Código de Procedimiento Civil, de 1.886, el art. 33 dice que de los juicios en que se ejerciten acciones personales, con

ocerá el juez del lugar del domicilio del demandado. El art. 35, contiene una regla análoga a la anterior. El art. 93 dispone que el Juez Departamental de la Capital, conocerá, en primera instancia, de las causas de divorcio de matrimonio civil. Y completa el art. 95 que los Jueces Departamentales de Campaña, conocerán, en primera instancia, de las causas de divorcio de matrimonio civil.

En cuanto a las Leyes de Divorcio, haremos una referencia a los tres textos legales que han introducido la institución en el país:

La Ley 26 de octubre de 1907, estableció la disolubilidad del vínculo matrimonial por alegación de causa o por mutuo consentimiento de los cónyuges.

La Ley de 11 de julio de 1910, introdujo modificaciones respecto a la ley anterior y estableció la posibilidad de convertir la separación en divorcio.

La Ley de 9 de octubre de 1913, estableció un tipo nuevo de divorcio, el que se otorgaba por la voluntad unilateral de la mujer, sin necesidad de alegación de causa, figura legal peculiar de la legislación uruguaya, fundada en que hay ciertas circunstancias que, una mujer, dignamente, no puede exponer ni ante un tribunal.

La normatividad, introducida por estas leyes, resumidamente expuesta, es la siguiente (97): 1.- Se acepta el divorcio como medio de disolución del matrimonio y, al mismo tiempo, la separación, como medida de suspensión de la vida común de los cónyuges; 2.- Ambas situaciones, pueden solicitarse por causas determinadas, pero solo el divorcio puede intentarse por mutuo consentimiento o por la sola voluntad de la mujer; 3.- Los cónyuges divorciados, pueden volver a unirse entre sí, estableciéndose ciertas restricciones para el caso de un nuevo divorcio; 4.- El divorcio por mutuo consentimiento y por la sola voluntad de la mujer, solo puede solicitarse, transcurridos dos años después de la celebración del matrimonio; 5.- La acción de divorcio causal prescribe a los seis meses de conocer el cónyuge, el hecho que dá lugar a aquel o a los tres años en caso de ignorancia; 6.- Transcurridos tres años desde la separación, ésta puede convertirse en divorcio; 7.- Jurisdiccionalmente, el divorcio debe intentarse ante el Juzgado Letrado Departamental del domicilio del marido o del último domicilio conocido; 8.- Para el caso de divorcio, por la sola voluntad de la mujer, el domicilio, a los efectos de la citación, es el de la mujer.

(97).- CALANDRELLI, A.: ob.cit., p. 209 y s.

Estas tres leyes fueron incorporadas al Código civil, en la revisión de 1914.

Incidentalmente, podrían resultar aplicables, algunos preceptos de la Ley de Matrimonio Civil Obligatorio, de 22 de mayo de 1.885.

También ha tenido incidencias, en este tipo de cuestiones principalmente en la interpretación de la conexión-domicilio, la Ley nº 10.783 de 18 de septiembre de 1946; de Derechos Civiles de la Mujer cuyo art. 9 dice que el domicilio matrimonial, se fijará de común acuerdo por los esposos.

En el ORDEN CONVENCIONAL, Uruguay ha ratificado los dos - Tratados de Montevideo, el primero en 3 de octubre de 1892 y el segundo en fecha reciente.

Cuando, pues, el elemento extranjero que entra en la relación de divorcio, provenga de uno de los países que sólo han ratificado el Primer Tratado (Bolivia o Perú) la competencia, para las acciones de divorcio, se determinará a base del juez del domicilio conyugal (art.62), entendiéndose por tal, el domicilio del marido (art.8).— Cuando el elemento extranjero provenga de países que han ratificado también el Segundo Tratado (Argentina o Paraguay), hay que entender -

válida esta segunda regla convencional y por tanto la competencia, en el mismo caso, vendrá determinada por el domicilio conyugal o el último domicilio conyugal, entendiéndose que éste es el fijado de consuno por los cónyuges (arts. 59 y 8)(98).

2.- A p l i c a c i ó n.

En el CASO GENERAL, cuando deben aplicarse solamente las reglas de conflicto uruguayas, hay que partir del principio de que la jurisdicción uruguaya, sobre divorcio, se mueve en la concxi3n-domicilio, según los textos legales anteriormente expuestos. Vamos a centrar el problema, como lo hace el Profesor ALFONSIN(99), previniendo que:

La competencia, a tenor del art. 2401 del Código Civil, corresponde a los Jueces del Estado, cuya ley de fondo debe aplicarse - al divorcio.

La ley de fondo aplicable al divorcio, según el art. 2396 es la del domicilio matrimonial.

(98).- V. pags. 161 y 166.

(99).- ALFONSIN, Q.: ob.cit., p.653

El domicilio matrimonial, a tenor del art. 33 del Código, y a falta de un concepto internacional de lo que se entiende por domicilio (que obliga a emplear el concepto interno), es el del marido, ya que, la mujer no divorciada, sigue este domicilio. El art. 146 abunda en esta idea.

De este silogismo, resultaría que la competencia habría de determinarse por el domicilio del marido.

Lo que ocurre es que, por aplicación, actualmente, de la Ley de Derechos Civiles de la Mujer, de 1946, cuyo art. 9 ha abolido el derecho exclusivo del marido a señalar el domicilio conyugal, al decir que este, se fijará de común acuerdo, la actuación de la jurisprudencia uruguaya hace preciso que distingamos, las siguientes situaciones:

1.- Ambos cónyuges están domiciliados en Uruguay. Comprenderemos aquí, lo mismo el caso de que lo que exista en Uruguay, sea el domicilio conyugal, que el caso en que ambos cónyuges, separadamente, tengan sus respectivos domicilios dentro del país.

En el caso de que el domicilio matrimonial, entendiéndose por tal, el fijado de común acuerdo, esté en Uruguay, no hay duda de que la jurisdicción uruguaya es competente, por directa aplicación de

los preceptos 2401 y 2396 del Código Civil y además, por el art. 9 de la Ley de Derechos Civiles de la Mujer (y antes de 1946, se alegaban los artículos 33 y 146 del Código Civil).

Este domicilio conyugal, debe probarse y no basta con la prueba del domicilio del marido, ya que, sostener lo contrario, equivaldría a crear un privilegio en favor del marido, lo que sería contrario al espíritu de la legislación uruguaya que sostiene, precisamente, el principio opuesto, de primacía, en materia de divorcio, de los derechos de la mujer(100). En este sentido se manifiesta la jurisprudencia de forma reiterada y constante.

Si no existe domicilio conyugal, pero los domicilios separados de ambos cónyuges, se encuentran en el país, igualmente se reconoce la competencia uruguaya, pues lo mismo se cumple la voluntad legislativa, confirmando esta jurisdicción en base al domicilio separado de los cónyuges (101).

A estos efectos, es indiferente que los cónyuges, sean uruguayos o extranjeros siempre que el domicilio conyugal o los domicilios de ambos, estén dentro del país.

(100).- GALLARDO, R.: ob.cit., pgs. 247 y 248.

(101).- ALFONSIN, Q.: ob.cit., p. 654

En cuanto al momento en que es necesario fijar el domicilio en Uruguay, la jurisprudencia ha determinado que basta con que exista en el tiempo precedente a la interposición de la demanda, con lo cual, la competencia, queda determinada para el resto del procedimiento, aunque, los tribunales, desconfían de quienes, introducida la acción, se ausentan del país, intuyendo un fraude a la ley.

2.- Sólo el marido está domiciliado en Uruguay. En el caso presente, en que la mujer tiene su domicilio en el extranjero, la regla constante de la jurisprudencia uruguaya, es que los tribunales uruguayos también son competentes. Pero hay que hacer unas precisiones.

Sólo el marido puede, a base de su propio domicilio, solicitar el divorcio, y, en cambio, la mujer no puede prevalerse de esta situación de su marido, para solicitarlo ella, ni ambos pueden solicitar el divorcio de común acuerdo.

Ocurre que, en realidad, aunque la regla constante es la declaración de competencia, sin embargo, el fundamento jurídico de la misma, es diferente, antes y después de la Ley de Derechos Civiles de la Mujer de 1946. Antes, se aplicaban los artículos 2401 y 2396, en relación con los artículos 33 y 146, todos del Código Civil, interpre-

tando que el domicilio del marido, era el domicilio conyugal; y buena prueba de ello, son las sentencias que deniegan la competencia para el divorcio cuando, tratándose de extranjeros, sólo se probaba en Uruguay el domicilio del marido y no el domicilio conyugal. Después de 1946, se aplican los artículos 2401 y 2396, pero ya en relación con el art. 9 de la Ley de Derechos Civiles que impide la aplicación del art. 33, por lo que es necesario deducir de los preceptos primeramente citados la conclusión de que, a falta de domicilio conyugal, hay que atender al domicilio del que solicita el divorcio, en el caso, el marido.

3.- Sólo la mujer está domiciliada en Uruguay. La jurisprudencia ha sostenido la línea general de que, en este caso, también los tribunales uruguayos son competentes para entender del divorcio, aunque el marido tenga su domicilio en el extranjero.

Lo que ocurre es que, así como antes de la Ley de 1946, se hacía con un criterio dubitativo y sin verdadero fundamento legal, después de esta Ley, el sostenimiento de tal competencia resulta claro.

Antes de 1946 y por aplicación primero, de los artículos 33 y 146 del Código Civil y después, por aplicación de éstos y de los añadidos 2401 y 2396 (cuando no se ignoraron estos artículos), podría haberse sostenido la incompetencia. Sin embargo, no fue así y la ju-

risprudencia, sostuvo la competencia en numerosas ocasiones basándose o bien en una tácita aceptación de tal competencia por el marido domiciliado en el extranjero, o bien en el argumento de que el Estado uruguayo tenía interés en proteger al cónyuge, en el caso, la mujer, que por tener su domicilio en el país, se colocaba bajo la protección de sus leyes. También, a veces, se alegó el argumento de que, habiendo existido el domicilio conyugal en el país, y continuándolo teniendo la mujer, si esta había sido abandonada por el marido, el Estado había de seguir aplicando su protección, por ser el divorcio institución de orden público, aplicable a todos los habitantes de Uruguay.

Con posterioridad a esta Ley de 1946, la competencia es absoluta, por la equiparación de derechos de la mujer con el marido, y empleando para determinar esta competencia, los mismos argumentos que podrían aducirse para sostener la del marido. En esta forma, igual se acepta la competencia para el divorcio con alegación de causa, que para el divorcio por voluntad unilateral de la mujer.

Lo mismo que se dijo respecto al caso del marido domiciliado, de la imposibilidad de la mujer para solicitar el divorcio, hay que repetir aquí, pero invirtiendo los términos, y así, en el caso que estudiamos, el marido no podrá solicitar el divorcio en Uruguay, prevaleciéndose del domicilio, en el país, de su esposa.

4.- Ninguno de los cónyuges está domiciliado en Uruguay. Los tribunales, en este caso, se declaran incompetentes, aun en el supuesto de que ambos cónyuges tengan nacionalidad uruguaya. Y nada vale la voluntad de las partes, sometiéndose expresa o tácitamente a la jurisdicción uruguaya, por aplicación del art. 2403.

En el CASO ESPECIAL en que resulten aplicables los Tratados de Montevideo, hay que distinguir:

1. Aplicación del Primer Tratado de Montevideo. Teniendo en cuenta los artículos 1,5,8,9,12,13 y 62 del Tratado y también los artículos 1,2 y 4 de su Protocolo Adicional, hay que señalar el abismo que se ha ido abriendo entre la práctica jurisprudencial uruguaya primera, y su legislación después, por una parte, y por otra, el sentido e interpretación de los textos montevideanos por otros países ratificantes del Tratado, en cuestión de domicilio conyugal, base de la competencia.

En efecto, según los artículos 62 y 8 del Tratado, se entiende por domicilio conyugal, el del marido, y, por este, se determina la competencia para el divorcio. Pero la jurisprudencia uruguaya, estimando abusiva esta prerrogativa del marido, que le permitía trasladarse, incluso sólo, para que se entendiera trasladado el domicilio

conyugal, se apartó de la interpretación estricta, para irse acercando a otra, que luego recogió la Ley de Derechos Civiles de la Mujer, y que es claramente distinta de la adoptada por el Tratado. Y así resulta que:

En el caso de que el domicilio conyugal se encuentre en Uruuguay, no se presenta discrepancia entre las reglas de conflicto uruuguayas y las establecidas por el Tratado, en cuanto al resultado competencial, aunque la fundamentación jurídica de la misma pudiera ser distinta o incluso concurrente, como claramente aparece de lo expuesto.

En el caso de que sea el marido, quién tenga su domicilio en Uruguay, también, en cuanto al resultado, coincidirán las soluciones, aunque los jueces uruguayos puedan aceptar la competencia fundándose en el simple domicilio del marido, y, sin embargo, a través del Tratado, haya que entender que se trata del domicilio conyugal. Únicamente ocurre que, según el Derecho internacional privado uruguayo, la mujer, en este caso, no podrá solicitar el divorcio (ya que carece de domicilio en el país), y, según el Tratado puede solicitarlo (ya que, por tener en el país su domicilio, el marido, lo tiene ella también, puesto que es el domicilio conyugal).

En el caso de que sea sólo la mujer, quién tenga su domicilio en Uruguay, la disidencia es absoluta: si aplicamos el Tratado (artículos 62 y 8), resultará la incompetencia de la jurisdicción uruguaya; si, en cambio, aplicamos las reglas de conflicto internas uruguayas (artículos 2401, 2396 del Código Civil y art. 9 de la Ley de Derechos Civiles), resultará la competencia uruguaya, puesto que si el domicilio conyugal ha de ser fijado de común acuerdo y el acuerdo no existe, cada cónyuge puede fijar su domicilio separado, donde quiera, y en el caso de que la mujer lo fije en Uruguay, por esta sola consideración, se determinará la competencia. Es decir, que la mujer extranjera de alguno de los Estados-Parte de este Tratado, si solicita el divorcio, habrá de fundar la competencia en las reglas uruguayas, pero nunca en la interpretación del Tratado de modo estricto.

Los argumentos que se han buscado, para justificar esta postura uruguaya, en demérito del Tratado, se pueden resumir así: el art. 9 de la Ley de 1946, posterga al art. 8 del Tratado, por ser, aquel, una norma de orden público internacional, ya que "repugna, en efecto, a nuestra concepción de las relaciones conyugales, que uno de los cónyuges esté sometido a la voluntad de otro; la potestad marital ha sido abolida como contraria a las buenas costumbres, al orden de la familia y a la igualdad de los cónyuges, y no puede ser restaurada,

ni por acuerdo entre los interesados, ni por efecto de una ley extranjera, ni por efecto de una norma material de un Tratado, "ninguna de estas prerrogativas maritales, se toleran en el territorio uruguayo, cualquiera que sea la norma que se invoque para justificarlas" (102), "repugna a la concepción legal de nuestra organización social, la posibilidad de que un individuo incorporado a la colectividad, permanezca sujeto a un nexo nupcial-y por tanto inhabilitado para formar una familia regular-cuando han mediado hechos, de los que, para nuestra ley justifican la disolución del vínculo"(103). Lo que ocurre es que, jurisprudencialmente, aun no se ha determinado con claridad, si el citado art. 9 tiene o no el carácter de orden público internacional, pues la invocación que se hacia del art. 188 del Código civil, demuestra sólo que, el divorcio, es de orden público interno (por lo cual, la ley que lo establece no puede ser derogada por voluntad de los particulares), pero no que sea de orden público internacional (es decir, que la ley que lo establece, no es derogable por aplicación de una ley extranjera (104).

(102).- ALFONSIN, Q.: ob.cit. p.625

(103).- IRURETA GOYENA: La justicia uruguaya, T.7, p.35

(104).- ALFONSIN, Q.,: ob.cit., p.626.

Si ninguno de los cónyuges tiene domicilio en Uruguay, la solución de incompetencia jurisdiccional, se impone por aplicación, lo mismo del Derecho conflictual uruguayo, que del Tratado.

Finalmente, y dada la disparidad de criterios competenciales, entre la jurisprudencia uruguaya y lo que resulta del Tratado, - hay que concluir que, en el caso de que la competencia se determine sólo por el domicilio de la mujer, se tratará de lo que ALFONSIN(105) llama una competencia irregular, y, en consecuencia, el divorcio, carecerá de eficacia internacional, por lo que es conveniente que, en estas sentencias, conste el domicilio del marido, aun cuando no se ha ya tenido en cuenta para fijar la competencia.

Toda esta situación, ha provocado constantes discusiones entre los intérpretes uruguayos del Tratado y los de otros países, como Argentina o Paraguay, que, en el orden de la ley aplicable al fondo del divorcio, ha producido fórmulas transaccionales.

2.- Aplicación del Segundo Tratado de Montevideo. Por aplicación de los artículos 8, 9 y 59 del mismo, nos encontramos con - que la competencia para el divorcio, se determina por el domicilio -

(105).- ALFONSIN, Q.: ob.cit., p. 628

conyugal, estimando que este, es el del marido. Solamente se concede domicilio propio a la mujer separada o abandonada de su marido, pero este domicilio no puede ser invocado, para determinar la competencia en materia de divorcio, que será siempre la del último domicilio conyugal, a la cual deberán acudir en demanda de divorcio, la mujer y también el marido.

Pero la Delegación uruguaya, en este Tratado, hizo reserva formal de los arts. 9 y 59, sosteniendo que el contenido de tales artículos "en la aplicación a muchos casos reales, significará abandono del principio general del domicilio que ha sido tomado como base fundamental de este Tratado, para la determinación de la competencia legislativa y judicial de los Estados contratantes", explicación que "aludía al hecho de que fueran competentes los jueces de cierto país y aplicables sus leyes, a pesar que ni el marido, ni la mujer, conservaban su domicilio en él; obsérvese que en efecto, el último domicilio conyugal puede ser completamente ajeno al marido y a la mujer"(106).

De aquí resulta que, la judicatura uruguaya, está en libertad para aplicar sus propias normas jurisdiccionales, sin perjuicio de que la competencia, aceptada de acuerdo con ellas, no sea admi

(106).- ALFONSIN; Q.: ob.cit., p.648

tida en los demás Estados-Partes, ni la admitida por estos Estados, sea aceptada en Uruguay, a menos que las normas internas y las del Tratado coincidan.

Finalmente, diremos que se ha planteado una cierta discusión, sobre la posible influencia en la competencia, del hecho de que el matrimonio, que intenta disolverse, haya sido contraído en alguno de los países signatarios del Tratado. Una corriente sostiene la competencia, mientras que otra, fundándose en que los artículos 13 del Tratado y 4 del Protocolo, son excepciones al principio general de admisión de competencia, sostienen la incompetencia, en estos casos, de la jurisdicción uruguaya.

3.- C o n c l u s i ó n .

En el caso general, diremos que la competencia uruguaya, a los efectos de divorcio, está establecida a base del domicilio conyugal y, en su defecto, del domicilio del demandante, sea el marido o la mujer, quién intente la acción.

En el caso especial de aplicación del Tratado de Montevideo, la interpretación uruguaya del mismo, es tal, que conduce a los

mismos resultados competenciales que si se aplicase solamente el Derecho conflictual interno uruguayo, según lo intorpretan los tribunales.

B) Cuestiones conexas.

1.- L e y a p l i c a b l e.

A tenor del art. 2396 del Código civil, la ley aplicable es la del domicilio matrimonial. En cuanto a lo que se entiende por domicilio matrimonial, hay que sujetarse a lo anteriormente expuesto. Aquí coinciden la ley que determina la competencia y la ley aplicable al fondo de la relación jurídica.

En cuanto a la incidencia que el Tratado de 1888-9, tiene en este punto, hemos de decir que adopta una solución acumulativa de leyes, según su art. 13, siendo los problemas que este presenta, ajenos a nuestro estudio, lo mismo que las cuestiones que plantea también el art. 15 del nuevo Tratado de Montevideo.

2.- V a l o r d e l a s s e n t e n c i a s e x -
t r a n j e r a s .

Como regla general, se puede sostener la validez de dichas sentencias extranjeras, salvo que fueren contrarias a las leyes de la República, en cuyo caso, o bien se les priva de todos sus efectos, o bien se les priva de algunos solamente, que, por regla general será el principal de la readquisición de la capacidad matrimonial.

Respecto a la determinación de que sentencias son contrarias a las leyes del país, dos criterios hay para determinarlas: o bien admitirlas en general, sin necesidad de exequatur y hacer valer la legislación uruguaya, cuando la situación lo reclame; o bien someter todas sentencias extranjeras al exequatur, por medio del cual se examinará si cada sentencia cumple los requisitos necesarios para no perturbar el orden del país.

En realidad no hay un criterio definido, y sólo nos cabe apuntar que la actuación del orden público, en el campo de nuestra materia, es muy corta.

Sección XVI

Venezuela

A) Jurisdicción.

1.- Textos legales.

En la Constitución Nacional de 1947, después de una declaración preliminar, en que se reconoce al Derecho internacional, como regla adecuada para garantizar los derechos del hombre y de las naciones, dispone el art. 20 que los venezolanos tienen el deber de cumplir la Constitución y las Leyes de la República en general, añadiendo que los extranjeros están obligados a acatar los preceptos legales en los mismo términos exigidos a los venezolanos, mientras residan en territorio de la República, en el art. 46 se dice que la Nación, garantiza a todos los habitantes, la igualdad, en virtud de la cual todos serán juzgados por las mismas leyes y gozarán por igual de su protección.

El Código Civil (107), de 13 de agosto de 1942, establece

(107).- MAKAROV, : ob.cit., I, art.: Venezuela.

en el art. 6 que no pueden relajarse, ni renunciarse, por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres. En el art. 8 se dice que la autoridad de la ley se extiende a todas las personas nacionales o extranjeras que se encuentren en la República. Dice el art. 9 que las leyes concernientes al estado y capacidad de las personas, obligan a los venezolanos, aunque residan o tengan su domicilio en país extranjero. El art. 26 dispone que los extranjeros gozan, en Venezuela, de los mismos derechos civiles que los venezolanos, en tanto que no haya o se establezcan excepciones. Esto no impide la aplicación de las leyes extranjeras relativas al estado y la capacidad de las personas, en los casos autorizados por el Derecho internacional privado. El art. 27 determina que el domicilio de una persona, se halla en el lugar donde tiene el asiento principal de sus negocios é intereses. Concreta el art. 33 que la mujer casada, no separada legalmente, tiene el domicilio mismo de su marido. Dice el art. 105 que no serán reconocidos en Venezuela los impedimentos para el matrimonio establecidos por la ley personal del extranjero que quiere contraer matrimonio en Venezuela, éstos impedimentos están fundados sobre diferencias de raza, de sangre o de religión.

En el Código de Procedimiento Civil, de 4 de julio de 1911

(108), después de un Título preliminar en que se dispone que, en los casos de aplicación del Derecho Internacional Privado, los jueces atenderán primero a los tratados públicos de Venezuela con la nación respectiva, aplicando en defecto de tales Tratados, lo que sobre la materia dispongan las leyes de la República o lo que se desprenda de la mente de la legislación patria, aplicándose, en último lugar, los principios del Derecho aceptados generalmente, se determina en el art. 1 que los tribunales civiles de la Nación, de los Estados y del Distrito Federal, están obligados a administrar justicia, tanto a los nacionales como a los extranjeros, y así a los naturales, vecinos, residentes o transeuntes de su territorio, como a los que no lo sean, siempre que dichos tribunales sean competentes para el respectivo asunto, según este Código y las leyes orgánicas. Dice el art. 66 que la competencia se determina por la materia, por el valor de la demanda por el territorio y por la conexión o continencia de la causa. El art. 75 afirma que la acción personal se propondrá ante la autoridad judicial del lugar donde el demandado tenga su domicilio o, en defecto de este, su residencia y si el demandado no tuviere domicilio, ni residencia conocidos, la demanda se propondrá en cualquier punto donde él se en-

(108).- EDICION OFICIAL: Código de Procedimiento Civil, Caracas 1962.

cuentre. El art. 543 considera que es juez competente para conocer de los juicios de divorcio o de separación de cuerpos, el que ejerza la plena jurisdicción ordinaria en Primera Instancia, en lugar del domicilio conyugal. Determina el art. 746 que corresponde a la Corte Federal y de Casación, declarar ejecutorias las sentencias de autoridades extranjeras, sin la cual no tendrán ningún efecto, ni para producir cosa juzgada, ni para ser ejecutadas. Y el art. 747 completa que sólo las sentencias dictadas en países donde se conceda ejecución a las -- sentencias firmes pronunciadas por Poderes Judiciales de Venezuela, -- sin previa revisión en el fondo, podrán declararse ejecutorias en la República, probándose tal circunstancia en documento fehaciente. Requiere, además, el art. 748 para que a la sentencia extranjera pueda darse fuerza ejecutoria en Venezuela; 2.- Que se haya dictado por una autoridad judicial competente en la esfera internacional y que no se haya arrebatado a Venezuela la jurisdicción que le correspondiera para conocer del negocio, según sus leyes o los preceptos del Derecho internacional; 3.- Que la sentencia se haya pronunciado habiéndose citado a las partes, conforme a las disposiciones legales de la Nación donde se haya seguido el juicio, y del país donde se haya efectuado -- la citación, con tiempo bastante para poder ocurrir el demandado a su defensa. 4.- Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya precedido, sea lícita en Venezuela, y que la sentencia no contenga declaracion

nes, ni disposiciones contrarias al orden público, o al derecho público interior de la República, ni choque contra la sentencia firme dictada por los tribunales venezolanos.

En el ORDEN INTERNACIONAL Venezuela ratificó el Código de Bustamante en 12 de marzo de 1932, con una reserva sobre ciertos artículos, como el 24 y 21.423.

Especialmente, tenemos que citar el Acuerdo del Congreso bolivariano sobre Ejecución de Actos Extranjeros, firmado en Caracas en 18 de julio de 1911 y ratificado en 19 de diciembre de 1914, vigente en Venezuela, Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia, y que por referirse propiamente a ejecución de sentencias extranjeras y no ser éste el objeto directo de nuestro estudio, omitimos exponer en su articulado.

También el Tratado de Paz y Amistad con Bolivia, de 14 de septiembre de 1884, ratificado en 17 de junio de 1884, contiene reglas sobre ejecución de sentencias entre estos dos países.

2.- A p l i c a c i ó n .

En el caso general de aplicación de las reglas de conflicto, propiamente venezolanas, resulta que los extranjeros, en Venezuela, se encuentran en régimen de paridad jurídica con los nacionales,

quedando sometidos a las leyes venezolanas, desde el momento en que se encuentran en territorio venezolano (arts. 20 y 46 de la Constitución y arts. 6 y 8 del Código Civil), por lo cual también les son aplicables, en igual medida que a los venezolanos, las reglas procesales (ar.1 del Código de Procedimiento Civil).

Esta regla, por lo que respecta a la jurisdicción, no admite excepciones (como ocurre con la ley aplicable al fondo del divorcio, que veremos después).

Establecido pues, que todos los que se encuentren dentro de las fronteras del país, nacionales o extranjeros, están bajo la jurisdicción de los tribunales venezolanos, que es la regla de competencia internacional, hemos de determinar en virtud de que principios, atribuye la competencia a los tribunales de la Nación.

La norma es que, en las acciones personales, la competencia se determina por el territorio y la acción habrá de interponerse ante la autoridad judicial del lugar en que el demandado tenga su domicilio (arts.66 y 75 del Código de Procedimiento Civil).

Se entiende por domicilio, el lugar en que una persona tiene su asiento principal e intereses (lo que debemos entender en e

sentido de que la tenencia de este establecimiento implica un ánimo de permanencia), sin más (art.27 del Código Civil). En el caso de que no exista domicilio en sentido legal, se utilizará la conexión secundaria de la residencia, y, en su defecto, habrá de entenderse que la acción debe ser interpuesta ante la autoridad judicial del lugar en que el demandado se encuentre, aunque sea accidentalmente.

La regla especial, aplicable al divorcio, es que se estima competente, el tribunal o juez que ejerza la plena jurisdicción ordinaria de Primera Instancia, en el lugar del domicilio conyugal (art. 543 del Código de Procedimiento Civil).

En cuanto a lo que deben entenderse por domicilio conyugal parece que debe estimarse como tal, el domicilio del marido, ya que la mujer casada, no separada legalmente, tiene el mismo domicilio que su referido marido (art.33 del Código Civil).

La jurisprudencia establece que los cónyuges venezolanos cuyo domicilio está en Venezuela, no podrán eludir fraudulentamente la jurisdicción de sus tribunales, para obtener un divorcio en otro lugar que no es el de su domicilio, o por causas que no reconoce la legislación de la República, y según la Corte Federal y de Casación "la competencia y jurisdicción debe respetarse y prevalecer cuando

las leyes de la República existe un título de orden público que la tribuya a una autoridad judicial venezolana, para conocer y decidir en un determinado negocio, presentándose entonces, ese título, por las autoridades judiciales, como excluyente de todo otro extranjero añadiendo que "el domicilio de los cónyuges envuelve un título de competencia funcional, improrrogable y excluyente", y entendiendo, la ley, que para los efectos de competencia, el domicilio matrimonial, el del marido, por lo que los matrimonios, divorciados fuera del domicilio conyugal, se consideran clandestinos (109).

Estas reglas de competencia interna, son las que, a falta de preceptos específicos, deben ser aplicadas, y nadie puede hacer alegaciones en contra de ellas, pues el Derecho procesal es territorial, por principio, y además, así se establece taxativamente.

Esto queda reforzado por la actuación del orden público venezolano que, como suele suceder, en estas materias actúa con una energía constante, tanto en virtud de enunciaciones generales (artículo del Código civil), como por disposiciones concretas (arts. 104 y 105 del mismo Código).

En el ORDEN CONVENCIONAL, cuando resulta aplicable el

(109).- PARRA, F.J.: Estudios de Derecho venezolano, Nueva York, 1951, p. 11.

digo de Bustamante, sus preceptos nos conducen a una solución de sobre conocida (110).

3.- C o n c l u s i ó n.

En el caso general, la competencia quedará establecida a favor del juez o tribunal que ejerza la jurisdicción en el lugar donde el domicilio matrimonial se halle situado, entendiéndose que el domicilio conyugal es el domicilio del marido.

Por tanto, cualquiera que sea, de ambos conyuges, el que dirija la demanda de divorcio, contra el otro, sólo una competencia tiene como correcta.

En el caso especial de aplicación del Código de Bustamante, la competencia será la misma, pues corresponderá al juez o tribunal del domicilio del jefe de familia.

B) Cuestiones conexas.

1.- L e y a p l i c a b l e.

En Venezuela, conforme a las reglas de conflicto naciona

les, la ley se extiende a todos los que se encuentran en territorio - venezolano (art. 8 del Código Civil).

Pero, tratándose de leyes concernientes al estado y capacidad de las personas, se establece una excepción, ya que se aplica la ley nacional, y esto, lo mismo para los venezolanos aunque residan o tengan su domicilio en el extranjero (art. 9 del mismo Código Civil) que para los extranjeros que residan o tengan su domicilio en Venezuela (según constante interpretación jurisprudencial) (111).

En consecuencia, para las acciones de divorcio, habrá de aplicarse la ley venezolana a los venezolanos, y la ley extranjera correspondiente a los extranjeros. De no cumplirse con lo dispuesto en el primer caso, y dictarse una sentencia de divorcio con arreglo a otra ley que no sea la venezolana, dicha sentencia dictada por tribunales extranjeros, no será reconocida en Venezuela. Si, en el segundo caso, los tribunales venezolanos aplican la ley venezolana u otra ley que no sea la nacional del extranjero, obran incorrectamente, por lo que en el caso de divorcios obtenidos por extranjeros, cuya ley nacional desconoce la institución, el divorcio siempre será claudicante.

(111).- GALLARDÓ: ob.cit. p. 261.

Lo que ocurre es que, esta posición tajante, a partir de la ratificación del Código de Bustamante, por el país, que, en definitiva adoptaba la ley del domicilio, ha cambiado también, y así, hoy se ha sustituido la aplicación de la ley nacional, por la ley domiciliar, con lo cual, la jurisprudencia, en los casos en que el elemento extranjero, proviene de un país no vinculado, con el Código de Bustamante, ha tenido que ignorar los preceptos legales correspondientes, del Código Civil, sin otra base que la de que, en los casos en que el Código de Bustamante se aplica, la ley aplicable es la domiciliar.

En resumen, que, hoy, se aplica en los problemas de divorcio, la ley del domicilio, la *lex fori*, en definitiva, dado que la competencia de los tribunales, se establece igualmente, a base de este domicilio.

2.- V a l o r d e l a s s e n t e n c i a s e x - t r a n j e r a s .

Las sentencias de divorcio, pronunciadas en el extranjero para que tengan efectos en Venezuela, necesitan del exequatur (112).

(112).- PARRA: ob.cit. p.10

Si examinamos la jurisprudencia respecto a la concesión o denegación del exequatur, a estas sentencias extranjeras de divorcio, llegaremos a la conclusión de que la base de la sentencia extranjera, para ser admitida, es una competencia correcta del tribunal de que emana.

Por regla general, el exequatur es necesario, y en gracia a que el valor de las sentencias extranjeras de divorcio, no forma — parte de nuestro estudio, sino a manera de complemento, omitimos la — constante jurisprudencia en este sentido. Pero en algún caso (Sentencia de 3 de mayo de 1956) el Alto Tribunal Federal ha considerado que una sentencia de este tipo, no necesitaba de exequatur, si solo era — presentada como medio probatorio en un acto jurídico extrajudicial relativo al estatuto personal (113) (114).

(113).- CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE VENEZUELA: Valor de las sentencias de divorcio extranjeras, Caracas, 1957, p.5 y s.

(114).- LORETO, L.: Estudios de Derecho Procesal, Caracas, 1956; FEBRES POVEDA, C.: Apuntes de Derecho internacional Privado, Merida, sin fecha; HERRERA MENDOZA, L.: Estudios sobre Derecho Internacional Privado y temas conexos, Caracas 1960; MACHADO, J.E.: Jurisprudencia de la Corte Federal y de Casación, Caracas 1951; RODRIGUEZ, J.: El proceso civil y la realidad social, Caracas 1955; CUENCA, H.: El derecho procesal en Venezuela, Caracas 1956.

CAPITULO IV

SISTEMAS NACIONALES (Conclusión). B) SOLUCIONES
NEGATIVAS (PAISES QUE DESCONOCEN EL
DIVORCIO)

SUMARIO

Sección I. Argentina.- Jurisdicción.- 1.- Textos legales.
2.- Aplicación.- 3.- Conclusión.- B) Cuestiones conexas.- 1. Ley aplicable.- 2. Valor de las sentencias extranjeras.

Sección II.- Brasil.- A) Jurisdicción.- 1. Textos legales
2. Aplicación.- 3. Conclusión.- B) Cuestiones conexas.- 1. Ley aplicable.- 2. Valor de las sentencias extranjeras.

Sección III.- Chile.- A) Jurisdicción.- 1. Textos legales.- 2. Aplicación.- 3. Conclusión.- B) Cuestiones conexas.- 1. Ley aplicable.- 2. Valor de las sentencias extranjeras.

Sección IV.- Colombia.- A) Jurisdicción.- 1. Textos legales.- 2. Aplicación.- 3. Conclusión.- B) Cuestiones conexas.- 1. Ley aplicable.- 2. Valor de las sentencias extranjeras.

Sección V.- Paraguay.- A) Jurisdicción.- 1. Textos legales.- 2. Aplicación.- 3. Conclusión.- B) Cuestiones conexas.- 1. Ley aplicable.- 2. Valor de las sentencias extranjeras.

Capítulo IV
SISTEMAS NACIONALES (Conclusión). B) SOLUCIONES
NEGATIVAS (PAISES QUE DESCONOCEN EL
DIVORCIO)

En este Capítulo, estudiamos un conjunto de países que desconocen la institución del divorcio. Para ellos, el divorcio no es forma de disolución del vínculo matrimonial.

Es natural, que, faltando el presupuesto sustantivo, no exista la base necesaria para una regulación procesal, y, por tanto, para hablar, en sentido propio, de jurisdicción sobre divorcio.

Sin embargo, alguno de estos países, como Argentina, ha conocido la institución del divorcio recientemente. Algún otro, como Colombia, la conoció hace ya más de un siglo, aunque el recuerdo esté casi olvidado.

Por otra parte, se presentan particularidades en los mismos que hacen aconsejable dedicarle un estudio separado.

Por último, uno de los problemas más importantes que tienen planteado estos países, es el del reconocimiento de las sentencias extranjeras de divorcio, procedentes de todos los países que aceptan la institución y, particularmente, de los que los rodean y de los que están vinculados con ellos por Tratados internacionales.

Todo esto, hace aconsejable el estudio del problema en estos países, a los que, como en el Capítulo anterior, hemos clasificado por orden alfabético.

... ..

Sección I

Argentina

A) Jurisdicción.

1.- Textos legales.

El Código Civil (1) determina en su art.1 que las leyes - son obligatorias para todos los que habitan en el territorio de la Re pública, sean ciudadanos o extranjeros, domiciliados o transeuntes. - Dice el art.5 que ninguna persona puede considerar irrevocablemente - adquiridos los derechos si son contrarios a una ley de orden público. En el art.6 se determina que la capacidad o incapacidad de las perso- nas domiciliadas en el territorio de la República, sean nacionales o extranjeras, será juzgada por las leyes de este Código, aun cuando se

(1).- SALAS, A.E.: Código civil y Leyes complementarias anotados, Buenos Aires 1956; INSTITUTO DE CULTURA HISPANICA: Código Civil de la República Argentina, Madrid, 1960; ---: Código Civil con las notas de Velez Sarsfiel y Leyes Complementarias, Buenos Aires, 1952; ---: Recopilación de Leyes usuales de la República Argentina, Buenos Aires, 1927; GOROS- TIAGA, N.: El Código Civil y su reforma ante el Derecho Civil Comparado, Buenos Aires, 1940; BALLA, G.: Código Usual y Práctica Forense, Buenos Aires, 1951.

trate de actos ejecutados o de bienes existentes en la República. Y completa el art.7 que la capacidad o incapacidad de las personas domiciliadas fuera del territorio de la República, será juzgada por las leyes de su respectivo domicilio, aun cuando se trate de actos ejecutados o de bienes existentes en la República. En el art.14 se dice que las leyes extranjeras no serán aplicables, 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, ni cuando su aplicación fuere incompatible con el espíritu de la legislación de este Código, ni cuando fueren de mero privilegio, ni finalmente, cuando las leyes de este Código, en colisión con las leyes extranjeras, fuesen más favorables a la validez de los actos. El art.89 determina que el domicilio real de las personas, es el lugar donde tienen establecido el asiento principal de su residencia y de sus negocios y el domicilio de origen es el lugar del domicilio del padre, en el día de nacimiento de sus hijos. En el art.90 se concreta que el domicilio legal es el que la ley presume sin admitir prueba en contrario. Dice el art.92 que la habitación causa domicilio, cuando la residencia es habitual y no accidental, aunque no se tenga intención de fijarse allí para siempre. En el art.164 se determina que la disolución, en un país extranjero, de un matrimonio celebrado en la República Argentina, incluso si es conforme a las leyes de este país extranjero, no da a ninguno de los esposos, el derecho de volverse a casar, si no está de acuerdo, a las

disposiciones de este Código. Y reitera el art. 165 que 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 para casarse a ninguno de los cónyuges.

Dos artículos del Código Civil mismo, se refieren directamente al problema jurisdiccional: el art. 100 dice que el domicilio de derecho y el domicilio real, determinan la competencia de las autoridades públicas, para el conocimiento de los derechos y cumplimiento de las obligaciones. Y afirma el art. 102 que la elección de domicilio, implica la extensión de la jurisdicción que no pertenece sino a los jueces del domicilio real de las personas.

El Código de Procedimiento Federal, de 25 de agosto de 1963, dispone en el art. 2 que siempre que un ciudadano denuncie a un extranjero, o un extranjero demande a un ciudadano, el demandante deberá presentar con la demanda, documentos o informaciones que acrediten que, el caso, entra en la jurisdicción nacional.

El Código de Procedimiento en materia civil y comercial de la Capital, de 20 de agosto de 1880, dispone en su art. 1 que la jurisdicción conferida a los tribunales de justicia de la provincia, e

improrrogable, exceptuándose la jurisdicción territorial que podrá ser prorrogada de conformidad de partes. Y el art.4 dice que será -juéz competente, cuando se ejerciten acciones personales, 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, aun que sea accidentalmente, y el que no tuviere domicilio fijo podrá -ser demandado en el lugar en que se encuentre o en el de su última residencia(2).

La Ley de Matrimonio civil, de 12 de noviembre de 1889,- establece en su art.2 que la validez del matrimonio 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 rige. Dice el art.7 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 cónyuges para ca

(2) JOFRE, T.: Código de Procedimiento Civil y Comercial, Buenos Aires, sin fecha; FORNATTI, E.: Estudios de Derecho procesal, sin fecha.

sarse. Y el art.82 determina que el matrimonio que haya podido ser disuelto, de acuerdo a las leyes del país donde ha sido celebrado, no lo seña, sin embargo, en la República, si no es de acuerdo al art .14 (del Código Civil, que se refiere al orden público argentino).

Vamos a referirnos, por último, a la legislación que ha estado vigente en Argentina, consintiendo el divorcio vincular.

La Ley de Divorcio, de 1954, establece, en la parte pertinente de su art.31 que, transcurrido un año de la sentencia que declaró el divorcio, cualquiera de los cónyuges podrá presentarse ante el juez que la dictó, pidiendo que se declare disuelto el vínculo matrimonial si, con anterioridad, ambos cónyuges no hubieren manifestado, por escrito, al Juzgado, que se han reconciliado; el Juez hará la declaración sin más trámites, ajustándose a las constancias de los autos, y esta declaración autoriza a ambos cónyuges, a contraer nuevas nupcias; cuando el divorcio se hubiere declarado con anterioridad a esta ley, el derecho a que se refiere el apartado precedente, podrá hacerse valer a partir de los noventa días de la vigencia de la misma y siempre que hubiese transcurrido un año desde la sentencia.

La Ley de 1956 que suprime el divorcio, declara, en su

art.1, en suspenso, hasta tanto no se adopte sanción definitiva sobre el problema del divorcio, la disposición del art.31 de la Ley de 1954 en cuanto habilita para contraer nuevo matrimonio a las personas divorciadas a que el texto se refiere; y completa en el art.2 que a partir de la fecha de la presente ley, se paralizarán en el estado en que se encontrasen, los trámites judiciales destinados a actuar la disposición aludida del artículo anterior y no se dará curso a nuevas peticiones que se presenten para acogerse a ella.

En el ORDEN CONVENCIONAL, están vigentes en Argentina, los dos Tratados de Montevideo, el primero ratificado en 11 de diciembre de 1894, y el segundo en 18 de junio de 1956, por lo que los preceptos de ambos Textos convencionales, son aplicables.

2.- A p l i c a c i ó n.

El problema se plantea en términos bastante simples por lo que a jurisdicción argentina, en materia de divorcio, se refiere. El principio es concluyente: los tribunales son incompetentes para admitir demandas y dictar sentencias de divorcio(3).

El art.81 de la Ley de Matrimonio establece claramente que el matrimonio no se disuelve, sino por la muerte de uno de los esposos. El art.82 de la misma Ley, confirma que, dentro de la República, no se puede disolver el matrimonio, aunque pudiera hacerse según las leyes del país de celebración. El art.14 del Código Civil interpone la barrera del orden público argentino.

GOLDSCHMIDT(4) dice que el art.82 de la Ley de Matrimonio Civil, constituye una norma de exportación de orden público, que confiere rigidez al art.81 de la misma.

LAZCANO(5) confirma que, aunque el matrimonio se haya -
contraído en país de divorcio, la persona domiciliada en la República, no puede obtener el divorcio con arreglo a las leyes argentinas. Y, a lo sumo, podría obtener la separación de cuerpos, y ello, porque estas materias están sometidas exclusivamente a la ley del domicilio conyugal.

(3) VICO, C.M.: Curso de Derecho Internacional Privado, Buenos Aires, 1943; PLANAS-SUAREZ: Estudios de Derecho Internacional Privado, Buenos Aires, 1959; ALCORTA, A.: Curso de Derecho Internacional Privado, Buenos Aires, 1927; BORDA, G.A.: Tratado de Derecho Civil argentino, I. Familia, Buenos Aires, 1955; GOLDSTEIN-MORDUCHOWICZ: El Divorcio en el Derecho argentino, Buenos Aires, 1955.

(4) GOLDSCHMIDT, W.: Sistema y filosofía del Derecho Internacional Privado, II, p.389.

(5) LAZCANO, C.: Derecho Internacional Privado, La Plata, 1965, p.293

En realidad, se trata de un supuesto de los que, Savigny, llamó de institución desconocida.

Por ello, debemos concluir que el principio de incompetencia jurisdiccional, se extiende, lo mismo a los argentinos, que a los extranjeros domiciliados en la República, partiendo de la base de que la conexión para la competencia, en caso de posibilidad se situaría en el domicilio de los cónyuges.

Naturalmente, no se puede presentar la hipótesis de matrimonios domiciliados fuera de la República, ya que la conexión como hemos dicho, la única posible conexión con los tribunales argentinos, sería el domicilio en el interior del país.

CALANDRELLI(6), se plantea el problema con más detenimiento y distingue dos hipótesis:

1ª. Divorcio en Argentina de un matrimonio celebrado en Argentina. La conexión es el lugar de celebración del matrimonio y, celebrado en Argentina, da igual que los contrayentes sean argentino o extranjeros o que se trate de un matrimonio mixto. La inadmisibili

(6) CALANDRELLI: ob.cit.,p64

dad del divorcio, es clara, y la mayor parte de la doctrina está de acuerdo en ello, alegando que no puede obtenerse el divorcio ante los tribunales de un país que desconoce tal institución. Lo mismo - si aplicamos el principio de territorialidad, que la conexión del domicilio conyugal, la solución es negativa.

2ª. Divorcio en Argentina de un matrimonio celebrado en el extranjero, Se parte del supuesto del que el país, donde el matrimonio se ha celebrado, admite el divorcio, y que los cónyuges lo intentan en Argentina, a base de su ley personal o de la ley del lugar de celebración. El problema ha sido debatido . La opinión general, - sin embargo, es contraria a la admisión de este tipo de demandas, - bien por aplicación de la ley territorial, bien por aplicación de esta y la nacionalidad (si los cónyuges son argentinos), o bien por aplcación de la ley territorial y de la ley personal domiciliar (cuando el domicilio se halla en Argentina).

En realidad, en esta segunda hipótesis, se plantea el prblema general de si la ley aplicable, es la territorial, (que no admite el divorcio) o la personal (que puede admitirlo).

Doctrinalmente, hay opiniones para todos los gustos. En

pro de la ley territorial, se declaran ASSER(7) y BEVILAQUA(8). En favor de la ley personal, están RODRIGO OCTAVIO(9), ROLIN(10), LAURENT(11) y otros.

En el caso concreto argentino, se aplica la ley territorial o lex fori que impedirán la admisión de la demanda de divorcio.

MACHADO(12) piensa que, admitir la ley extranjera, sería tanto como aceptar el predominio de ésta sobre la nacional, añadiendo que, si por consideraciones de orden social, se reconoce el hecho consumado, no se debe permitir que eso mismo se reclame de los tribunales argentinos.

Una última cuestión queda por tocar: dado que durante un

-
- (7).- ASSER: Derecho Internacional Privado, Madrid, p.142
- (8).- BEVILAQUA: Derecho Internacional Privado, p.237
- (9).- RODRIGO OCTAVIO: Le Droit International Privé dans la législation brésilienne, París, 1915, p.179
- (10).- ROLIN: Principles, II, nº 594, p. 113.
- (11).- LAURENT: Droit Civil International, París, 1880, V.p. 132.
- (12).- MACHADO: Exposición y comentario del Código Civil argentino, Buenos Aires, párrafo 65, p.275.

periodo, aunque corto, el divorcio ha sido una institución admitida en el país, se plantearía, a título puramente retrospectivo, el problema de cual ha sido la base competencial para conceder el divorcio durante este tiempo. El principio general ha sido el art. 104 de la Ley de Matrimonio que establece como concisión el domicilio conyugal, entendiéndose por tal, el del marido, y si este no lo tuviere en la República, pero el matrimonio se hubiere celebrado en ella, la base competencial sería el último domicilio del marido dentro del país.

En el CASO ESPECIAL de ser aplicables los Tratados de Montevideo, hemos de concretar:

A tenor del art. 62 del Primer Tratado, para que un Tribunal argentino fuese competente en materia de divorcio, sería preciso que el domicilio conyugal estuviera dentro del país. Determinada esa competencia, se pasaría a aplicar la ley de fondo a tenor del art. 1.º. Y nos encontraríamos que, según los preceptos argentinos antes citados, el divorcio no está admitido. La conclusión sería obvia: tampoco en este caso, los tribunales argentinos son competentes.

GOLDSCHMIDT(13) supone un segundo caso: que se aplicara

(13).- GOLDSCHMIDT: ob.cit., p.382

La ley del domicilio que los conyuges hubieran tenido en el momento de aparecer la causa de divorcio, y esta admitiere el divorcio vincular. A pesar de ello, nunca podría decretarse el divorcio por un tribunal argentino, sea porque a ello se opusiere la ley del lugar de celebración del matrimonio (art. 13, b), sea porque afectara al orden público argentino (art. 4 del Protocolo Adicional).

El Segundo Tratado, en nada modifica la incompetencia de los tribunales argentinos, sobre divorcio.

3.- C o n c l u s i ó n .

Lo mismo en el caso general, que en el caso de aplicación de los Tratados de Montevideo, la solución es clara y única: los tribunales argentinos son total y absolutamente incompetentes para entender en pléitos de divorcio, cualesquiera que sean las partes y la condición en que se encuentren.

B) Cuestiones conexas.

1.- L e y a p l i c a b l e .

Dado que la institución del divorcio no existe en Argentina y que, como acabamos de ver, los tribunales argentinos no son competentes para entender en este tipo de pléitos, huelga hablar de ley aplicable.

En principio, por razón de la territorialidad y del orden público, y concretamente, en cada caso, por otras razones circunstanciales (arts. 1,6,14 y 165 del Código Civil y 3,7, 82 y 104 de la Ley de Matrimonio Civil), al no admitirse esta institución, no cabe hablar de la ley que sería aplicable.

Y esto, lo mismo en el caso ordinario, que cuando pudiera ser aplicable el Tratado de Montevideo.

2.- V a l o r d e l a s s e n t e n c i a s e x -
t r a n j e r a s .

Aquí es donde aparecen los problemas argentinos, con el -

valor de las sentencias y con los matrimonios contraídos en el exterior a resultas de ellas.

Vamos a distinguir, brevemente, los siguientes supuestos:

1. Reconocimiento o no de una sentencia de divorcio extranjera.

1'. Respecto de un matrimonio celebrado en Argentina.

A tenor del Derecho conflictual argentino, art. 7 de la Ley de Matrimonio, la regla general es que el efecto fundamental de la sentencia, la readquisición de la capacidad matrimonial, no se reconoce(14).

En cuanto a los efectos secundarios, estos serían admisibles en principio(15).

En relación con los Tratados de Montevideo, cuando las .

(14).- BUSSO: Código Civil anotado, T.II, p.29; ROMERO DEL PRADO: Manual de Derecho Internacional Privado, p.76.

(15).- GOLDSCHMIDT: ob.cit. II, pags. 390 y 391; ROMERO DEL PRADO: Requisitos de las resoluciones extranjeras, Rev. La Ley, T.50 p. 954.

sentencias provengan de países vinculados con los mismos, la jurisprudencia argentina se muestra, por lo común, reticente y desconfiada, hasta el punto de que a estos divorcios, no se les reconoce el efecto fundamental. Unas veces porque existe, a tenor del art. 62 del Tratado, una clara incompetencia de jurisdicción, como es el caso de las sentencias uruguayas que, frecuentemente, aplicando sus reglas internas de interpretación de la competencia internacional, violan el art. 8 del mismo Tratado. Otras, porque se recurre al expediente del orden público argentino, a base del art. 5 del Tratado de D. Proccsal Internacional, en relación con el art. 14 del Código Civil argentino.

2'. Respecto de un matrimonio celebrado en el extranjero.

La jurisprudencia argentina ha seguido un camino en el cual pueden apreciarse tres etapas: la primera que rechazaba el reconocimiento en absoluto; la segunda en que solo se rechazaban las sentencias que afectaban al orden público argentino; y la tercera, en que se observa una actitud francamente más liberal(16).

GOLDSCHMIDT(17) que expone magistralmente la materia, par

(16).- GALLARDO: ob.cit., p.92 y s.

(17).- GOLDSCHMIDT: ob.cit., p.392 y s.

te de unos presupuestos y centra el problema: los presupuestos son, - que el matrimonio se haya celebrado en la República, sin intención manifiesta de fraude, y además, que el divorcio haya sido dictado por - el tribunal extranjero, aplicando la conexión real del domicilio conyugal. Todo el problema se centra en la interpretación de los artículos 165 y 7 de la Ley de Matrimonio Civil. Concluye, después de desontrañar ambos preceptos, que, estos, contemplan supuestos diferentes: se refiere el primero al caso de nuevo matrimonio en Argentina, de -- cónyuges divorciados de un matrimonio anterior extranjero (y se niega el exequatur); el segundo trata del matrimonio extranjero de cónyuges divorciados, de un matrimonio argentino (también se rechusa).

En caso de aplicación de los Tratados de Montevideo, se - niega también efectos a las sentencias provenientes de los países ratificantes, en los mismos términos expuestos más arriba.

2. Reconocimiento o no del nuevo matrimonio extranjero.

En el caso de que el matrimonio anterior al que es obje-- to de controversia, hubiera sido celebrado en Argentina, hay opinio-- nes encontradas respecto a su valor; pero, si el matrimonio anterior, no fue celebrado en Argentina, la opinión dominante es favorable a la

validez del segundo matrimonio.

Cuando la materia afecta a países vinculados con los Tratados de Montevideo: si el matrimonio anterior se hubiere celebrado en países que no admiten el divorcio vincular, el nuevo matrimonio no se considerará válido en Argentina; pero si el anterior matrimonio, hubiere sido celebrado en países que admiten el divorcio, se admitirá en Argentina, la validez de tal divorcio y la del nuevo matrimonio celebrado(18).

(18).- GLAGETT, H.L.: The Administration of Justice in Latin-America, N.York, 1952; SENTIS MELENDO, S.: Teoría y práctica del proceso, Buenos Aires, 1958; ALSINA, H.: Tratado teórico-práctico de D. Procesal civil y comercial, Buenos Aires, 1941; CHAVARRI, A.: Derecho civil internacional argentino, Buenos Aires, 1935; REBORA, J.: Instituciones de la familia, Buenos Aires, sin fecha; EDER, P.J. Principios característicos del "Common Law" y de D. Latinoamericano, Buenos Aires, 1960; TORRE, A.: Introducción al Derecho, Buenos Aires, 1954.

Sección II

Brasil

A) Jurisdicción.

1.- Textos legales.

La Constitución Federal de 1946, dispone en el art.163 que la familia está constituida por el matrimonio de vínculo indisoluble y tendrá derecho a la protección especial del Estado.

En la Ley de Introducción al Código Civil(19), de 4 de septiembre de 1942, dispone el art. 7 que la ley del país donde la persona tuviere su domicilio, es la que determina el comienzo y fin de la personalidad, el nombre, la capacidad y los derechos de familia,1,para los matrimonios realizados en Brasil, será aplicable la ley brasileña en lo que respecta a impedimentos dirimentes y formalidades de celebración; 2.- El matrimonio de extranjeros se puede celebrar antes las autoridades diplomáticas o consulares del país -

(19).- MAKAROV:ob.cit. I, art.:Brasil;ALBONICO,F.:Derecho internacional privado chileno (trae legislación brasileña), Ed.Jurídica de Chile,1958,p.325.

en que uno de los contrayentes esté domiciliado; 3. si los contrayentes tuvieren domicilio diverso, regirá para los casos de invalidez del matrimonio, la ley del primer domicilio conyugal; 6. si los cónyuges son brasileños, no será reconocido en Brasil, el divorcio. Si uno solo de ellos lo es, será reconocido el divorcio en lo que respecta al otro, el cual, sin embargo, no podrá casarse en Brasil; 7. salvo caso de abandono, el domicilio del jefe de familia, se extiende al del otro cónyuge y a los hijos no emancipados; 8. cuando la persona no tenga domicilio, se considerará domiciliada en el lugar de su residencia o en aquel en que se encuentre. Dice el art. 12 que es competente la autoridad judicial brasileña, cuando el reo esté domiciliado en el Brasil o si ahí tuviere que ser cumplida la obligación: 1. solo la autoridad judicial brasileña puede conocer de las acciones relativas a inmuebles situados en Brasil; 2. la autoridad judicial brasileña cumplirá, una vez concedido el exequatur y de acuerdo con la forma establecida por la ley brasileña, las diligencias decretadas por una autoridad extranjera competente, observando la ley de esa, en lo que respecta al objeto de las diligencias. En el art. 15, se determina que será ejecutado en Brasil el fallo dictado en el extranjero, que reuna los siguientes requisitos: a) que haya sido dictado por juez competente; b) que las partes hayan sido citadas o que se haya verificado legalmente la rebeldía; c) que las haya pasa-

do el juzgado y estén revestidas de las formalidades legales necesarias para la ejecución, en el lugar en que fué dictada; d) que esté traducida por intérprete autorizado; e) que haya sido homologada por el Supremo Tribunal Federal. Párrafo único: no dependen de homologación los fallos puramente declarativos del estado de las personas. El art.16 dice que cuando, en los términos de los artículos precedentes se hubiere de aplicar la ley extranjera, se tendrá en cuenta la disposición de éste, sin considerarse cualquier remisión que haga a otra ley. El art.17 dispone que las leyes, actos y fallos de otro país bien como cualquiera declaración de voluntad, no tendrán eficacia en Brasil, cuando ofendieren la soberanía nacional, el orden público y las buenas costumbres. Y el art. 18 dice que tratándose de brasileños ausentes de su domicilio en el país, son competentes las autoridades consulares brasileñas para llevar a efecto el matrimonio.

En el propio Código Civil (20), de 1 de enero de 1916, con sus correcciones posteriores, el art. 31 determina que el domicilio civil de la persona natural, es el lugar donde establece su residencia con ánimo definitivo. En el art. 315, al determinar las causas -

(20).- VIEIRA NETO, M.A., Código civil brasileiro, con Notas, Sao Paulo, 1963; BIVILLAGUA, C.: Código civil dos Estados Unidos do - Brazil, con Comentarios, Rio de Janeiro, 1916.

por las que se disuelve el matrimonio, no menciona el divorcio.

En el Código de Proceso Civil (21), de 18 de septiembre de 1939, en vigor desde 1 de febrero de 1940, con correcciones posteriores, dice el art. 133 que la competencia se determina, entre otras conexiones, por el domicilio del reo. Concreta el art. 134 que el reo será, en regla, demandado en el foro de su domicilio o, por su falta, en el de su residencia; cuando el reo no tuviere domicilio ó residencia en Brasil, y, por otras disposiciones de este Título, no se pudiera determinar la competencia, la acción sera interpuesta en el foro del domicilio o residencia del autor; si también el autor — fuere domiciliado o residente en territorio extranjero, la acción podrá ser interpuesta ante cualquier juzgado. Dice el art. 142 que las acciones de desquite (separación) o de nulidad del matrimonio, se interpondrán ante el fuero de residencia de la mujer. El art. 785 confirma la necesidad de homologación de las sentencias extranjeras, y el art. 791 repite los requisitos del art. 15 de la Ley de Introducción.

(21).— PEREIRA DE QUEIROZ, O.A.: Código de Processo Civil nos Tribunais e na Doutrina, Sao Paulo, 1942; ATHAYDE, F.DE: Código de Processo Civil Anotado, Rio de Janeiro, sin fecha.

La Ley de Matrimonio Civil, de 24 de enero de 1890, dispone en su art. 48 que los preceptos de la ley relativos a los impedimentos y formalidades preliminares, son aplicables a los matrimonios de extranjeros celebrados en Brasil.

En el ORDEN CONVENCIONAL, aunque Brasil ratificó, en 3 de marzo de 1932, el Código de Bustamante, lo hizo con la reserva que, a nuestra materia toca directamente, de que los artículos 52 y 54 del Texto internacional, que establecían la aplicación de la ley del domicilio conyugal para las acciones de divorcio, no se admitían en Brasil, por lo que, a nuestros efectos, es como si este país, careciese de Textos convencionales.

2.- A p l i c a c i ó n .

Dada la carencia de textos convencionales, como acabamos de decir, Brasil actúa siempre en los conflictos de tipo internacional

-
- (22).- SILVA PACHECO, J.DA: Curso Teórico-Práctico de Processo Civil, Dos tomos, Rio de Janeiro, 1957; OLIVEIRA Y SILVA: Curso de Processo Civil, Rio de Janeiro, 1957; VIDAL LEITE, A: Consolidacao das disposicoes referentes ao Processo Civil e Comercial, Rio de Janeiro, 1913; RIVAS, A.J.: Consolidacao das Leis do Processo Civil, Rio de Janeiro, 1915; RAITANI, F.: Pratica do Processo Civil, V.I., Sao Paulo, 1958.

y en el divorcio en particular, de la misma manera frente a todos los demás Estados (22).

La jurisdicción brasileña en general, ha estado tradicionalmente abierta para los nacionales y para los extranjeros, en pie de igualdad/Concretamente, por ejemplo, la caución de arraigo en juicio, no se ha exigido a los extranjeros por esta condición, sino que se ha exigido a todos, nacionales y extranjeros, cuando no tenían bienes - dentro del país y no eran residentes en él(23).

La jurisdicción brasileña, en las acciones personales, se determina a base del domicilio del demandado.

El domicilio, en su concepto doméstico, consiste en la residencia, acompañada del ánimo definitivo de permanencia, aplicándose este mismo concepto en el orden internacional, a tenor de las disposiciones del Código de Bustamante ratificado por Brasil, en todo lo que no afecta a divorcio.

En caso de ausencia de domicilio, se acude a la conexión secundaria, a efectos de competencia, de la simple residencia del de-

(23).- GRIFFITH GARLAND, P.: Parker School of Foreign and Comparative Law, Bilateral Studies; American-Brazilian Private International Law, N. York, 1959, p.85

mandado, y, en su defecto, a los mismos términos, pero referidos al demandante, admitiéndose, a falta de todas estas conexiones, que la acción se interponga ante cualquier juzgado.

La competencia es prorrogable. GRIFFITH GARLAND(24) hace una completa exposición de como la ley brasileña ha ido abriéndose a otras posibles competencias, desde una primitiva posición de absoluta territorialidad.

En el orden de las cuestiones familiares, el domicilio del jefe de familia, se extiende al cónyuge y a los hijos, para todo, en general, y para la determinación de la competencia judicial, en particular, y salvo caso de abandono. Pero para las acciones de separación y de nulidad de matrimonio, se considera preferente el fuero de la esposa, siendo este, el del lugar donde resida. Aquí, si es cierto que la fijación del domicilio conyugal, corresponde al marido, no lo es menos que no puede conducirse despóticamente, arbitrariamente, sin tener consideración de que la mujer no es un objeto, sino un ser vivo y pensante(25). Se advierte una clara tendencia liberal, lo que se demuestra con la regla de que si los contrayentes, en el matrimonio, tie

(24).- GRIFFITH GARLAND, P. : ob.cit., p.87

(25).- GUIMARAES, M.: Estudios de Direito Civil, Sao Paulo, 1947

nen distinto domicilio, se aplica la ley del primer domicilio conyugal es decir, que la mujer puede invocar su propio domicilio(26).

En el orden concreto del divorcio, hay que partir, en Brasil, de que se trata de una institución desconocida (art.163 de la Constitución y 315 del Código Civil), y lo único admisible es la separación (en la cual, los tribunales brasileños, tal vez por compensación, son bastante liberales) y la nulidad de matrimonio, lo cual ya se recogía en el "Esbeco" de FREITAS(27). Para estas dos acciones, la competencia es a favor del fuero de la mujer.

Resulta, por consiguiente, que, en Brasil, por incidencia de la ley aplicable sobre la posible jurisdicción, no se pueden admitir demandas, ni dictar sentencias que tengan por objeto un divorcio vincular."Donde no se admita el divorcio, como actualmente en Brasil, solo puede haber normas jurídicas que traten las consecuencias jurídicas del divorcio decretado en el extranjero", dice CASTRO(28), y por eso mismo, ninguna norma existe sobre divorcio, para ser decretado en la jurisdicción brasileña.

(26).- VAILLADAO,H.: Consecuencias...ob.cit.,nº II.

(27).- T. DE FREITAS, A.: Código Civil, Esbeco, Servicio de Documentación del Ministerio de Justicia y A. Exteriores, Rio 1952, artículo 379.

(28).- CASTRO, A.DE: Direito Internacional Privado, Rio de Janeiro, 1956,T.II.p.96.

De aquí que, la jurisprudencia, haya seguido la regla invariable de rehusar toda demanda de divorcio, aunque se trate de extranjeros cuya ley nacional lo permita.

3.- C o n c l u s i ó n.

Los tribunales brasileños son totalmente incompetentes para admitir demandas de divorcio y dictar sentencias en este sentido, ya se trate de cónyuges nacionales, ya sean cónyuges extranjeros los que lo intenten, e independientemente de todo otro tipo de conexión.

B) Cuestiones conexas.

1.- L e y a p l i c a b l e.

Naturalmente que, siendo el divorcio una institución no admitida en Brasil, es inútil preguntarse por la ley aplicable. Si los tribunales brasileños no pueden ser competentes para pléitos de divorcio, es obvio que nunca se les planteará el problema de que ley habrá de aplicar, a algo de lo que no pueden entender.

Únicamente haremos una referencia, en cuanto a la postura

brasileña, respecto a la ley aplicable, en general, a las relaciones de familia. Podemos decir, que, en este punto, Brasil aplica con toda claridad, la ley del domicilio. Pero, tratándose del divorcio, en concreto, viene a aplicar la ley nacional en cuanto a los posibles divorcios de brasileños en el extranjero (artículo 7, par.6 de la Ley de Introducción). Se trata pues, de una diferente postura legal y jurisprudencial, en dos materias, una de las cuales, entra en la esfera de acción de la otra.

Esta aplicación de la ley brasileña, al posible divorcio de brasileños no obsta a que muchos brasileños, y aun extranjeros residentes, hayan intentado el divorcio en el extranjero y dado lugar a muchos conflictos(29).

2.- V a l o r d e l a s s e n t e n c i a s e x - t r a n j e r a s .

Las sentencias extranjeras que no son meramente declarativas (y la línea que separa a unas de otras es, a veces, muy tenue) necesitan del exequatur brasileño para ser reconocidas en el país.

(29).- GRIFFITH GARLAND: ob.cit. p. 35

Ya, al exponer los textos legales, hemos dicho cuales son los requisitos que una sentencia extranjera, en general, necesita para ser reconocida en Brasil.

La regla especial, aplicable al divorcio, es que no se reconocerán las sentencias extranjeras en Brasil, si los cónyuges son brasileños, y si lo es uno sólo, la sentencia de divorcio será reconocida solo para el otro, que, siempre estará incapacitado para contra nuevo matrimonio en Brasil (art.7, parag.6 de la Ley de Introducción). Además, en esta materia, siempre actúa el orden público, de forma contundente.

Para ver como se comporta esta regla, en cada caso, hay que partir del concepto del orden público brasileño y de la distinción de tres supuestos.

En cuanto al orden público, para no alargarnos excesivamente, diremos que prohíbe que el tribunal de un país, que no admite el divorcio, lo decreta, fundado en la ley personal de los cónyuges; pero, por la misma razón, un país que admite el divorcio, tampoco debe decretarlo en relación a unos cónyuges, cuya ley respectiva lo prohíbe, pues hace falta que ambas leyes coincidan (30). Esta postura

(30).- SERPA LOPES, M.M. DE: Comentarios a la Ley de Introdução ao Código Civil, Sao Paulo-Rio de Janeiro, 1959, I, p.69.

se ha dulcificado posteriormente.

En cuanto a los supuestos que debemos distinguir, pues son distintas las reacciones brasileñas respecto a las sentencias extranjeras, son las siguientes:

1. En el caso de que ambos cónyuges sean brasileños, la regla es que tales sentencias de divorcio, no son reconocidas en Brasil. La jurisprudencia, al principio, se fundaba en la conexión domiciliar falsa. Posteriormente, adoptó el sistema de homologar tales sentencias, convirtiéndolas en simples separaciones y, haciendo así, que surtiesen todos los efectos secundarios, pero no el principal de la adquisición de la capacidad matrimonial.

2. Si un cónyuge es brasileño y el otro extranjero, ya hemos visto que sólo se reconoce el divorcio, y con limitaciones, para el cónyuge extranjero. Se ha legislado así, con el fin de proteger al cónyuge brasileño, sobre todo si este, es la esposa, y es tesis general que si esta se opone al reconocimiento de la sentencia extranjera de divorcio, esta no sea admitida en Brasil. Pero esto, como puede apreciarse a simple vista, produce un efecto contrario, pues deja al cónyuge extranjero en mejor situación que al cónyuge brasileño.

3. Si ambos cónyuges son extranjeros, los tribunales bra-

sileños son mucho más tolerantes y, en general, admiten tales sentencias, cuando la ley personal de los cónyuges no prohíbe el divorcio.- Estos, sin embargo, no quiere decir que se trate de una postura invariable, puesto que, a veces, la jurisprudencia, en este supuesto, ha dictado resoluciones contrarias al reconocimiento de tales sentencias de divorcio.

Sección III

Colombia

A) Jurisdicción.

1.- Textos legales.

El Código Civil, de 26 de mayo de 1873, en realidad una a dopción del Código chileno, readoptado posteriormente, en 1887, y con correcciones posteriores(31), dispone, en su art.18, que la ley es o bligatoria, tanto a los nacionales como a los extranjeros residentes en Colombia. Las leyes obligan a todos los habitantes del país, inclu sive a los extranjeros, sean domiciliados o transeuntes, salvo, res— pecto de estos, los derechos concedidos por los Tratados públicos. Di— ce el art. 19 que los colombianos, residentes o domiciliados en país extranjero, permanecerán sujetos a las disposiciones de este Código y demás leyes nacionales que reglan los derechos y obligaciones civiles

(31).- INSTITUTO DE CULTURA HISPANICA: Código Civil de Colombia, con Estudio preliminar de Uribe, A. Madrid, 1963; MAKAROV; ob.cit. art.: Colombia; ORTEGA TORRES, J.: Código Civil, con Notas, — Concordancias Jurisprudencia y normas legales complementarias Bogotá, 1961; RODRIGUEZ PINERES, E.; Código Civil colombiano y leyes vigentes que lo adicionan y reforman, Bogotá, 1947.

1. En lo relativo al estado de las personas y su capacidad para efectuar ciertos actos que hayan de tener efecto en alguno de los territorios colombianos; 2. En las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia, pero solo respecto de sus cónyuges y parientes en los casos indicados en el inciso anterior. El art. 76, determina - que el domicilio consiste en la residencia, acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella. El art. 84 completa que la mera residencia, hará las veces de domicilio civil respecto de las personas que no tuvieran domicilio civil en otra parte. En el art. 152 - se afirma que el matrimonio sólo termina por la muerte. Y en el mismo sentido, el art. 153 dice que el divorcio no disuelve el matrimonio, pero suspende la vida común de los casados.

El Código de Procedimiento Civil(32), de 17 de octubre de 1931, dice en el art.143 que por medio del Poder Judicial, la República ejerce plenamente sobre nacionales y extranjeros, la facultad de - administrar justicia de acuerdo con la Constitución y las Leyes. En - el art. 786 se establece que si se trata de un matrimonio civil celebrado en el extranjero, el divorcio que puede pedirse al Juez, no comprende la disolución del vínculo matrimonial, aunque la ley bajo la -

(32).- ORTEGA TORRES, J.: Código de Procedimiento Civil, Bogotá, 1963

cual se celebró el matrimonio, autorice ese género de divorcio. Dice el art. 555 que la sentencia dictada en país extranjero, tiene en Colombia la fuerza que le concedan los respectivos tratados existentes con ese país y, a falta de estos, la que allí se otorgue a las sentencias preferidas en Colombia. El art. 557 determina que cuando la sentencia es de aquellas que pueden ejecutarse en Colombia, se le dá cumplimiento si reúne las circunstancias siguientes: 1. Que se haya dictado a consecuencia del ejercicio de una acción personal; 2. Que no afecte a la jurisdicción nacional, ni por otro concepto, sea contraria al orden público o a las buenas costumbres; 3. Que la sentencia se haya dictado y esté ejecutoriada conforme a la legislación del país de su origen, y se demuestre su autenticidad por la vía diplomática(33).

2.- A p l i c a c i ó n.

De los anteriores preceptos y de su interpretación por la doctrina y jurisprudencia, resulta establecida la siguiente normatividad:

Las disposiciones y procedimientos sobre nulidad del matrimonio y sobre divorcio (no vincular, creemos que quiere decir este

(33).- LATORRE, L.F.: Procedimiento Civil colombiano, Bogotá, 1951.

término), contenidas en los artículos 782 y siguientes del Código procesal, son de muy rara aplicación, ya que se refieren solo a matrimonios civiles, que son muy escasos en Colombia(34).

No existen disposiciones especiales para obtener el divorcio vincular, referido al matrimonio canónico, puesto que este es indisoluble según las disposiciones de la Iglesia, cuyas autoridades — tienen la exclusiva competencia en lo referente a las causas matrimoniales, de acuerdo con el Concordato vigente (35). Es decir, que por ser indisoluble el matrimonio, en Colombia, y ser ésta ley de carácter territorial y de orden público, ningún tribunal colombiano puede admitir demandas, ni dictar sentencias de divorcio, ya que la ley obliga a todos los habitantes del país, cualquiera que sea la calidad y el estado en que se encuentren en él.

Si bien es cierto que el derecho de someter los litigios a las autoridades judiciales o, en otros términos, el derecho de pedir justicia y que ésta sea otorgada, constituye uno de los derechos naturales de la persona y debería catalogarse en el mínimo de dere—

(34).— LATORRE: ob.cit., p.47

(35).— CAICEDO CASTILLA, J.J.: Derecho Internacional Privado, Univ.—
Nac. de Colombia, 1949, T. II, p.41.

chos que debe reconocerse al ser humano en los diversos países, sea cual fuere su procedencia u origen(36), no es menos cierto, que no se puede pedir de la justicia de un país, que se dicte una sentencia, no sólo para la cual las leyes procesales territoriales no tienen previs to procedimiento, sino que repele al orden público del país o al que, dentro del mismo, se estima como orden público internacional.

Estos principios, rigen para los extranjeros, en Colombia, aunque hubieren contraído matrimonio civil en el extranjero, y también para los colombianos que hubiesen celebrado su matrimonio en el exterior.

Consecuentemente, solo se puede obtener de los tribunales colombianos, la separación de cuerpos y la nulidad del matrimonio, - cuando de un matrimonio civil se trata. Si el matrimonio fuere canóni co, que es lo usual, entonces habrán de seguirse las prescripciones - del Código de Derecho Canónico que prohíbe el divorcio.

En el ORDEN CONVENCIONAL, y dado que Colombia se adhirió al Primer Tratado de Montevideo, los textos de éste, resultarán aplicables, en principio, pero, en materia de divorcio, por aplicación del

(36).-- COOK, A.: Tratado de Derecho Internacional Privado, Medellín, 1935.

principio de orden público colombiano, quedarán descartados.

También resulta aplicable el Tratado Ecuatoriano-Colombiano (37) que establece normas especiales, sobre todo en relación con la ejecución de sentencias entre los dos países.

3.- C o n c l u s i ó n .

La jurisdicción colombiana, es incompetente, en cualquier caso, y cualesquiera que sean los interesados, para entender en pléitos de divorcio vincular, rechazándose, por tanto, todas las demandas que pretendan una declaración de este carácter.

B) Cuestiones conexas.

1.- Ley aplicable.

Como venimos diciendo para estos países que rechazan la institución del divorcio, huelga hablar de ley aplicable en una institución desconocida en la legislación del Estado.

(37).- V. pg. 235.

Unicamente, vamos a referirnos, con carácter general, a los artículos 18 y 19 del Código Civil, copiados de los artículos 14 y 15 del Código chileno que, establecen un sistema complicado y absurdo, de ley aplicable.

El art. 18, establece un sistema rigorista de territorialidad de ley que, es necesario atemperar en muchos casos, por motivos de conveniencia(38).

El art. 19, está dictado con vista a que, como el individuo, por actos voluntarios, podría crear estados civiles contrarios a las instituciones básicas de la Nación a que pertenece, el legislador se vé obligado, en defensa de ellas, a coartar su libertad, imponiendo limitaciones cuando actua amparado por leyes extranjeras, del mismo modo que se las impone, cuando obra dentro de su propio pais (39). Pero este artículo, es censurable, porque hace contradictorio e ilógico el sistema de la ley colombiana y porque distingue dos clases de capacidad, sometiendo una a la ley nacional y otra a la ley extranjera, y esa división "de la capacidad no ofrece fundamento jurídico ninguno, no resiste el menor análisis, no se encuentra en ningún código,

(38).- ORTEGA, J.: ob.cit. comet. al art. 18

(39).- ORTEGA, J.: ob.cit. comet, al art. 19

ni ha sido propuesta por tratadista alguno. Es algo "monstruoso", según la lapidaria expresión del Dr. Julian Restrepo Fernandez en la pg 102 del Derecho Internacional Privado, edición de 1914"(40).

Así, resulta que el sistema colombiano de ley aplicable a las relaciones familiares, está fundado sobre la ley colombiana, como ley territorial (para todos los que se hallen dentro del país), sobre la ley colombiana, como ley nacional (para los colombianos residentes o domiciliados en el extranjero, en cuanto se trate de actos o respecto de parientes, que hayan de surtir efectos en Colombia), y en la ley extranjera (para los colombianos residentes o domiciliados en el extranjero, en cuanto a los actos o parientes, sin relación con Colombia).

En materia de divorcio, CAICEDO CASTILLA(41), llega a las siguientes conclusiones: El derecho colombiano, en materia de divorcio por lo que hace a los casos prácticos que pueden tener lugar y que interesan al Derecho internacional privado, es posible resumirlo así: -
1. Los extranjeros que se encuentren en Colombia, no pueden obtener

(40).- CAICEDO CASTILLA, J.J. : ob. cit. p. 195.

(41).- CAICEDO CASTILLA, J.J. : ob. cit. p. 40.

el divorcio vincular, porque éste no lo reconoce la ley colombiana que obliga a todos los habitantes del territorio, sin distinción de nacionalidad; 2. El divorcio vincular, que ciudadanos colombianos obtengan en país extranjero, no será válido, ni reconocido en Colombia, ni producirá efectos aquí; 3. La solución anterior se aplica, aún en el caso de que uno sólo de los cónyuges, sea colombiano; 4. Los extranjeros validamente divorciados en país extranjero, con anterioridad a su venida a Colombia, tienen un derecho legítimamente adquirido, que las leyes y autoridades colombianas tienen que respetar; 5. No producirá efectos en Colombia, el divorcio de extranjeros, que se trasladen transitoriamente a territorio extranjero, con el objeto de evitar el cumplimiento de las disposiciones legales colombianas sobre divorcio; 6. Si se trata de un matrimonio civil, celebrado en el exterior, el divorcio que puede pedirse al juez, no comprende la disolución del vínculo matrimonial, aunque la ley bajo la cual se celebró el matrimonio autorice ese género de divorcio (art. 786 del C. Judicial); 7. En el caso de un matrimonio civil, contraído en el exterior, aunque la ley bajo cuyo imperio se celebró, autorice el divorcio por causa de demencia, enfermedad contagiosa o cualquiera otra desgracia semejante, no puede, en Colombia, demandarse, con su apoyo, sino la adopción de las medidas relativas a la suspensión de la vida común entre los cónyuges.

(art. 791 del C. Judicial); 8. De acuerdo con el Concordato, serán de la exclusiva competencia de la autoridad eclesiástica, las causas matrimoniales que afecten al vínculo del matrimonio y a la cohabitación de los cónyuges.

Ultimamente, a título de curiosidad histórica, diremos — que, en Colombia, hubo, en el siglo pasado, un corto periodo de tiempo, en que el divorcio vincular, fué aceptado. La Ley de 20 de junio de 1853, estableció el matrimonio civil y, al mismo tiempo, el divorcio como causa de disolución, incluso por mutuo consentimiento. En — 1956, esta ley fué derogada(42).

2.- V a l o r d e l a s s e n t e n c i a s e x - t r a n j e r a s .

El principio general es que, la fuerza de las sentencias extranjeras, en Colombia, se rige por los tratados, en segundo lugar por el sistema de reciprocidad, y, por último, a través del cumplimiento de ciertos requisitos ya enumerados en el art. 557 del Código procesal.

(42).- CAICEDO CASTILLA, J.J.: ob.cit. p.35

En cuanto hace a las sentencias extranjeras de divorcio, la postura de la jurisprudencia es de una gran intransigencia y no solamente respecto de colombianos, sino también, como hemos anticipado, tratándose de extranjeros.

La aplicación del orden público, se hace con un criterio muy rígido.

Por principio, podemos decir, que tales sentencias no son reconocidas en Colombia, ni producen ninguno de sus efectos naturales, ni el fundamental, desde luego, de la readquisición de la capacidad matrimonial, ni casi nunca, los efectos secundarios de alimentos, sucesiones, etc.

Sección IV

Chile

A) Jurisdicción.

1.- Textos legales.

El Código civil(43), de 14 de diciembre de 1855, dispone en su art. 14 que la ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, comprendidos los extranjeros. Dice el art. 15 que las leyes patrias que reglan las obligaciones y derechos civiles, permanecerán sujetos los chilenos, no obstante su residencia o domicilio en país extranjero: 1. En lo relativo al estado de las personas y a su capacidad para ejecutar ciertos actos, que hayan de tener efecto en Chile; 2. En las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia, pero solo respecto de sus cónyuges y parientes chilenos.-

(43).- MAKAROV: ob.cit. art. : Chile,--- : Códigos de la República de Chile, Ed.Oficial, Ed. Jurídica de Chile, 1949; ALBONICO, F.: ob. cit.; LIRA,P.: Código Civil de Chile, ldi. por el Inst. de Cultura Hispánica, con prólogo de..., Madrid, 1961.

Dice el art. 59 que el domicilio consiste en la residencia, acompañada real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella. El art. 68, dispone que la mera residencia hará la veces de domicilio civil respecto de las personas que no tuvieren domicilio civil en otra parte. Y concreta el art. 71 que la mujer casada, no divorciada, sigue el domicilio de su marido, mientras este reside en Chile. En el art. 120, se determina que el matrimonio disuelto en territorio 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. Y el art. 121 afirma que el matrimonio que, según las leyes del país en que se contrajo, pudiera disolverse en él, no podrá, sin embargo, disolverse en Chile, sino de conformidad a las leyes chilenas.

El Código Orgánico de los Tribunales(44), de 15 de octubre de 1875, establece en el art. 1 que la facultad de juzgar en las causas civiles y criminales, y hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales que establece esta ley. El art. 5 rei-

(44).- TORRES BARNETT, C.: Derecho internacional Privado. Memorias de licenciados. Principios de Derecho procesal internacional, Santiago, 1.951.

tera que a los tribunales que establece el presente Código, estará su-
jeto el conocimiento de todos los asuntos judiciales que se promuevan
en el órden temporal, en el territorio de la República, cualquiera -
que sea su naturaleza o la calidad de las personas que en ellos inter-
vengan. En los artículos 134 y 135 se reconoce como competente al tri-
bunal del domicilio del demandado, y en los procesos contenciosos, el
domicilio de la persona interesada, con excepciones que no nos concier-
nen.

La Ley de Matrimonio Civil, de 10 de enero de 1884, en su
art. 19 dice que el divorcio no disuelve el matrimonio, pero suspende
la vida común de los cónyuges.

En el ORDEN CONVENCIONAL, está vigente, en este país, el
Código de Bustamante, ratificado por Chile el 6 de septiembre de 1933
con la reserva de lo referente a su política tradicional o legislación
nacional, y hace prevalecer, en caso de discordancia, su legislación
nacional sobre los preceptos del Código internacional.

2.- A p l i c a c i ó n .

Si, ignorando la ley aplicable al fondo del divorcio, tra-

tásemos de determinar en que forma se mueve la jurisdicción chilena en este orden, nos encontraríamos con el siguiente proceso lógico:

La facultad de juzgar y ejecutar lo juzgado, dentro de Chile, corresponde a los tribunales chilenos; esta facultad actúa a través de la conexión del domicilio del demandado; cuando el demandado, en el presunto divorcio, sea el marido, habrá de determinarse su domicilio con arreglo a las normas generales, que lo establecen en el lugar de su residencia, con ánimo de permanecer en ella; cuando la demandada fuere la esposa, su domicilio será el del marido, mientras esta resida en Chile y, en caso contrario, se entenderá que su domicilio está determinado por las reglas generales; de aquí resultaría que, los tribunales chilenos, en el hipotético caso de un divorcio, serían competentes siempre, a base de este juego domiciliar.

Pero es que ocurre, que, una vez que el tribunal hubiese determinado su competencia, se encontraría con la incidencia, sobre ella, de la ley aplicable al fondo, que prohíbe, en absoluto el divorcio vincular, y que resulta aplicable por razón del territorio y por principio de orden público(45); entonces, habría que redescubrir la

(45).- DUNKER; F.: Derecho Internacional Privado, Santiago, 1950.

incompetencia originaria del tribunal, para este tipo de demandas y, desde luego, para dictar sentencia.

En efecto: el art. 14 del Código, aplica un principio de territorialidad absoluta; los artículos 19 y 37 de la Ley de Matrimonio, prohíben en absoluto el divorcio; y el art121 del Código, remata todo, aún más expresivamente.

Esta argumentación, en ciertos casos, resulta aún más reforzada, como veremos distinguiendo:

1. Divorcio en Chile, de un matrimonio de extranjeros. Es indiferente que se haya contraído en Chile, o fuera del país. En este caso, el divorcio no es admisible, por las razones que acabamos de exponer y porque no puede un tribunal, conocer y sentenciar respecto a una institución desconocida en el país, y el divorcio, en Chile, es desconocido, a pesar de los intentos hechos en pro de su instauración (en 1883, 1917, 1927, 1933, y 1934).

En este sentido, dice ALBONICO(46) que en Chile no se puede disolver el matrimonio, por divorcio, cualquiera que sean las leyes

(46):- ALBONICO, F.: ob. cit., p. 131

del país de celebración y las del país de nacionalidad o domicilio de los contrayentes, sino de conformidad a la ley chilena, que, como hemos dicho, desconoce la institución.

2. Divorcio en Chile de un matrimonio de chilenos. Además de serle, a este caso, aplicables las reglas y conclusiones anteriores es también aplicable el argumento del art. 15 del Código Civil que, como sabemos, sujeta a los chilenos, para las relaciones de familia, a las leyes patrias, que rechazan la institución. Dá igual la residencia o el domicilio que tengan los chilenos, pues lo cierto es que los tribunales de su país son incompetentes.

En el CASO ESPECIAL de que resulte aplicable el Código de Bustamante, las reglas de éste, entrarán en colisión con las del Derecho chileno interno. Hay que prescindir de todo problema general de prevalencia de unas o de otras normas, pues, como ya dijimos, Chile hizo una reserva, según la cual, las reglas prevalentes, eran las de su propio Derecho. Y por esta razón y por principio de orden público: tampoco, los tribunales chilenos, tendrán competencia en pléitos de divorcio.

3.- C o n c l u s i ó n .

Tanto en el caso general, como en el especial de aplicación, en principio, de textos convencionales, la regla es que los tribunales chilenos son incompetentes para admitir demandas y dictar sentencias de divorcio. Es decir, los tribunales chilenos no son competentes en pléritos de divorcio.

Y resultará aplicable este principio negativo, aun cuando se trate de elementos extranjeros, o de matrimonios con residencia o domicilio fuera del país, o de aparición de cualquier otra conexión.

B) Q u e s t i o n e s c o n c x a s .

1.- L e y a p l i c a b l e .

La Ley que resultaría aplicable al divorcio, en el caso de que esta institución estuviese admitida en el país, sería la ley chilena. Esto resultaría, fundamentalmente, del principio territorial del art. 14 y del personal del art. 15, ambos del Código Civil, a más de que el art. 121 del mismo Cuerpo legal, no deja lugar a dudas.

Y a esta solución nos conduce, lo mismo el Derecho conflictual interno chileno, que la aplicación de los textos convencionales del Código de Bustamante.

Pero es que no hay lugar a hablar de ley aplicable, ya que el divorcio es una institución desconocida en el país, y no hay ley aplicable a lo que no existe.

2.- Valor de las sentencias extranjeras.

La regla general es que, la sentencia extranjera que disuelve un matrimonio, por divorcio, en el caso de que este no pudiera disolverse por las leyes chilenas (por divorcio, naturalmente no puede disolverse nunca), no produce efectos en Chile, ó, al menos, el efecto fundamental y característico de las sentencias de divorcio que es la readquisición de la capacidad matrimonial.

Pero parece que esta regla se refiere al matrimonio divorciado, en que ambos cónyuges o, al menos, uno de ellos es chileno(47).

(47).- ALBONICO, F.: ob. cit., p. 72

Respecto a los divorcios efectuados en el extranjero, pro principio, son reconocidos ampliamente, salvo cuando afectan a un chileno, que queda siempre sujeto a la ley chilena en lo relativo a su estado. En el caso de que la sentencia afecte a un extranjero, éste no puede volver a contraer matrimonio en Chile, con lo cual el efecto fundamental de la sentencia, queda recortado.

Afirma ROSSEL(48) que si el matrimonio se celebra entre - un chileno y una extranjera divorciada, o al contrario, y se celebra en Chile, el matrimonio estaría viciado; pero si se celebra en el extranjero, no, porque sólo en Chile se le puede negar valor a un divorcio pronunciado en el extranjero, de acuerdo a las leyes del país; lo que no puede pretenderse es hacer regir la ley chilena fuera de Chile y hacerla aplicable a un extranjero.

Discutido es el caso de la sentencia de divorcio, obtenida en el extranjero, por sumisión de las partes. El Tribunal de Apelación de Valparaíso, en el caso Spathman and Hellwig v. Vorwerk, en 1901, consideró ilegal la cláusula de sometimiento de las partes a la jurisdicción alemana; pero en un caso posterior, Beer Sondheimer v. Huancho

(48).- ROSSEL SAAVEDRA, E.: Manual del Derecho de Familia, Santiago, 1952, p. 72.

ca, en 1914, sostuvo la validez de tal cláusula, en un caso de sometimiento a los tribunales belgas. Este problema, contradictoriamente resuelto en materia mercantil, sería interesante verlo planteado en el problema del divorcio(49).

(49).- ETCHEBERRY, A.: Parker School of Forcing and Comparative Law, Bilateral Studies American-Chilcan Private International Law, N. York, 1960; PESCIO, V.: Manuel de Derecho Civil, III, Santiago, 1950; CASARINO, M.: Manual de Derecho Procesal, Santiago 1.951 y 1954; ALESSANDRI, F.: Curso de Derecho procesal, Santiago, 1940; COLOMO, J.: La competencia, Santiago, 1959.

Sección V

Paraguay

A) Jurisdicción.

1.- T e x t o s l e g a l e s .

Sobre los textos legales paraguayos, debemos hacer las siguientes precisiones:

En los textos internos, el Derecho paraguayo ha seguido el sistema de adaptación de los textos argentinos. La realidad es que se hicieron repetidos intentos para crear textos legales con carácter autóctono, pero, al fin, se recurrió al sistema de ir introduciendo en el país, las leyes argentinas conforme estas se iban publicando, y así, convertir la legislación argentina, en legislación paraguaya, sin más inconvenientes(50).

(50).- MAKAROV: ob. cit. art.: Paraguay; SOLER, J.J.: Introducción al Derecho paraguayo, Madrid, 1954; LACONICH, A.: Repertorio de jurisprudencia, Asunción, 1948.

En Derecho Civil, se adoptó primeramente, el Código civil argentino de Velez Sarsfield, de 1875, por una ley de 19 de agosto de 1876. Posteriormente, la revisión del Código argentino en 1882, dió lugar a una nueva ley paraguaya, de 27 de julio de 1889, adoptando y declarando texto oficial en Paraguay, la cuarta edición argentina de 1883. Posteriormente aún, continuando con la adopción de los modelos argentinos que se iban revisando, una ley de 5 de octubre de 1903, reintrodujo el Código civil argentino. Por esto, las mismas reglas materiales y de conflicto del Código argentino, son las que están en vigor en Paraguay.

En el Derecho procesal, también, prácticamente, se ha seguido el modelo argentino. En 1883, se sancionaron dos leyes, una Ley Orgánica de los tribunales, de 21 de noviembre, y otra de Procedimientos Civiles, de 3 de octubre. La primera se reformó en 1898 y en 1918. El Código de Procedimientos, es copia del argentino para la provincia de Buenos Aires, de 1880, y tiene una edición oficial de 1921, de la cual destacamos el art. 2 que establece la improrrogabilidad de la jurisdicción conferida a los tribunales, salvo la jurisdicción territorial, que puede ser prorrogada por voluntad de las partes; y el art. 5 que dice que será juez competente, cuando se ejerciten acciones perso

nales, el del lugar convenido para el cumplimiento de la obligación y, a falta de este, 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, y si no tuviere domicilio fijo, podrá ser demandado en el lugar en que se encuentre o en el de su última residencia.

Existe una Ley de Matrimonio Civil, de 2 de Diciembre de 1898, que es copia de la argentina, con pocas modificaciones.

Finalmente diremos, siguiendo a SOLER(51), que la capacidad de las personas, se rige por la ley del domicilio, si se trata de capacidad de hecho, y por la ley territorial, si de capacidad de derecho, a tenor de los artículos 6,7,9,138,948 y 949 del Código Civil, de los cuales preceptos y de otros concordantes, deduce que la regla, en Paraguay, es la territorialidad de la ley, y la excepción, la extraterritorialidad.

En el ORDEN CONVENCIONAL, son aplicables los textos correspondientes del Tratado de Montevideo, en sus dos versiones, pues

(51).-- SOLER: ob.cit., p. 562 y 563.

ambas están ratificadas por este país(52).

2.- A p l i c a c i ó n .

En el CASO GENERAL, de aplicación de las normas de conflicto paraguayas, la realidad es que no puede ni hablarse de competencia de los tribunales del país, en materia de divorcio, pues se trata de una institución desconocida.

Pero veamos esto, más detenidamente:

Por principio y para la determinación de la competencia judicial en materia de relaciones familiares, en general, la conexión elegida es la del domicilio. De los domicilios distintos que podrían elegirse, se toma como base el domicilio conyugal, entendiéndose que éste, es el domicilio del marido, o el último que hubiere tenido dentro del territorio paraguayo. De esta forma, tenemos establecida una primera base de competencia.

Pero, si de las relaciones familiares, en general pasamos

(52).- V. pgs. 161 y 166

a las relaciones puramente matrimoniales, nos encontraremos con una nueva base competencia, que es el lugar de celebración del matrimonio cuya ley regirá en las relaciones y efectos posteriores al mismo.

Si concretando, aún más, fuésemos a ver como se comporta esta base competencial en el propio caso del divorcio, nos encontraríamos, con el divorcio no tendría ley aplicable, ya que la institución no se conoce, en el país, como medio de disolver el vínculo matrimonial.

Pero vamos a concretar aún más: si el matrimonio, cuyo divorcio se pretendiese, hubiera sido contraído en Paraguay, nos hallaríamos que, aplicando la ley territorial, o la ley de celebración, ó simplemente, el orden público paraguayo, el divorcio sería imposible. Si, por el contrario, el matrimonio que se pretendiese divorciar en Paraguay, hubiera sido contraído en el extranjero, en un país que conozca la institución del divorcio, en pura lógica jurídica, deberíamos concluir que los tribunales paraguayos habrían de aplicar tal ley extranjera del lugar de celebración y, en consecuencia, declarar el divorcio; lo que ocurre es que, entonces, entraría en juego la ley territorial que prohíbe la institución y no prevé reglas, ni materiales ni procesales, para la misma; y por otro lado, actuaría el principio

del orden público paraguayo, en su actuación de orden público interno o como orden público internacional, que también impediría que los tribunales paraguayos dictasen una sentencia de divorcio.

De todas formas, directamente o a través de un rodeo legal llegaríamos a la misma conclusión: los tribunales paraguayos son incompetentes para actuar en cualquier pléito de divorcio matrimonial.

En consecuencia, a los cónyuges extranjeros, en Paraguay, sólo les queda la solución de intentar una separación de cuerpos, mediante alegación de causa y siempre que ésta, esté recogida entre las que señala la legislación sustantiva paraguaya.

Si los cónyuges extranjeros intentasen el divorcio, fuera del país, nos encontraríamos con una base competencial falsa que, como veremos después, impedirá el reconocimiento de la sentencia de divorcio recaída.

Cuando sea aplicable el Tratado de Montevideo, cuyas normas, a falta de precisión en este sentido, se considerarán de rango -prevalente a las puramente internas de tipo conflictual, habremos de entender que la competencia se establece a base del domicilio conyugal

entendiendo que este, es el establecido de consuno por ambos cónyuges. Si el domicilio conyugal, estuviere situado dentro del territorio paraguayo, la competencia, por lógica conclusión, habría de ser determinada por y favor de los tribunales paraguayos.

Pero como el divorcio, no está admitido en el país, estos tribunales, no podrían aplicar la institución y, a pesar del Tratado, se recurriría a la actuación del orden público, para declarar una incompetencia que, derivaría de la incidencia, sobre ella, de la ley aplicable contraria a este medio de disolución del vínculo matrimonial.

3.- C o n c l u s i ó n.

Lo mismo en el caso de que se apliquen las reglas competenciales del derecho paraguayo, que cuando se opere a través del Tratado de Montevideo, la solución es negativa: los tribunales paraguayos son incompetentes para admitir demandas y dictar sentencias de divorcio, para actuar, cualesquiera que fuesen las conexiones alegadas, en pléitos de divorcio.

Esta es la solución concreta que, en procedimientos de divorcio, tienen que adoptar los tribunales del país.

B) Cuestiones conexas.

1.- Ley aplicable.

Según los textos legales paraguayos, la ley aplicable al matrimonio y a sus relaciones posteriores, es la del lugar de celebración del mismo. Según el Tratado de Montevideo, en general, la ley aplicable es la del domicilio matrimonial actual.

En el primer caso, no se presenta problema, puesto que - si el matrimonio se ha celebrado en Paraguay, y la ley paraguaya no reconoce el divorcio, no hay porque hablar de ley aplicable a lo que no existe. Si el matrimonio se hubiere celebrado en el extranjero, habríamos de recurrir, para llegar al mismo resultado, a la actuación territorial de la ley paraguaya y, también, si preciso fuere, a la del orden público del país.

En el segundo caso, y dado que el domicilio conyugal actual, se encontrase dentro de Paraguay, la ley paraguaya actuaría a través del orden público, que en el Tratado mismo se prevé, y llegaríamos a la misma solución de inadmisión del divorcio, por ser una institución desconocida que, naturalmente, no presenta problema de la

ley aplicable.

2.- V a l o r d e l a s s e n t e n c i a s e x -
t r a n j e r a s .

Lo mismo que ocurre con la situación argentina, el problema capital se presenta, cuando del valor de las sentencias extranjeras de divorcio, se trata.

A tenor del art. 7 de la Ley de Matrimonio Civil, no es válido en Paraguay, el divorcio pronunciado en el extranjero, cuando ambos o, al menos, uno de los cónyuges es paraguayo, incluso en el caso de que el matrimonio haya establecido anteriormente su domicilio en el país, donde la sentencia ha sido obtenida.

Pero si de este supuesto, pasamos a contemplar aquel en que ambos cónyuges son extranjeros, parece que, en principio, aunque la sentencia de divorcio no sea reconocida como tal, no hay obstáculo a que sea reconocida como un caso de separación o a que se reconozcan los efectos secundarios de la misma.

Y esta solución, es la misma, aunque la sentencia provenga

de países ratificantes del Tratado de Montevideo.

No obstante, casos jurisprudenciales ha habido en que a este tipo de sentencias, se les han reconocido todos sus efectos, no sólo secundarios, sino también el principal de la readquisición de la capacidad matrimonial.

Solamente habría mayores obstáculos, para este reconocimiento, cuando los cónyuges extranjeros, que hubieren obtenido la sentencia de divorcio, vivieren antes de ella en Paraguay y hubieren abandonado el país, para obtener una sentencia de divorcio que las leyes paraguayas, no les conceden. En este caso, si la base competencial del tribunal sentenciador, fuere ficticia, podría negarse, en Paraguay efectos a la sentencia .

=====

TERCERA PARTE

SINTESIS CRITICA Y ENSAYO DE SOLUCION

Capítulo I

SINTESIS CRITICA

SUMARIO

Sección I.- Rasgos fundamentales de estos sistemas.- 1. Sistema jurisdiccional.- 2. Base competencial.- 3. Principios conexos.- 4. Fundamento jurídico.

Sección II.- Crítica valorativa.- 1. Del sistema conflictual de jurisdicción.- 2. Del sistema conflictual en las cuestiones conexas.

Capítulo I

RASGOS FUNDAMENTALES DE ESTOS SISTEMAS

Hemos llegado al punto, después de lo anteriormente estudiado, en que, ya podemos deducir unos rasgos o principios fundamentales, y hacer una valoración de los mismos, con carácter crítico.

A la presentación de tales rasgos principales, está dedicada la Sección I, de este Capítulo. Trataremos de deducir, en primer término, cuales son los rasgos del sistema que los jueces y tribunales de cada país, siguen, cuando ante ellos, se presenta una demanda de divorcio. A continuación, es preciso estudiar, con un decidido afán de síntesis, la conexión utilizada para determinar, en cada caso concreto de divorcio, cuales organismos judiciales, son los que deben entender de ella. Después, y como consecuencia natural, del estudio, aunque breve, dedicado a las cuestiones conexas, haremos una síntesis de las líneas generales en que se desenvuelven las mismas. Finalmente, buscaremos, abstrayéndolos, los principios informantes del comportamiento de estas legislaciones, en la forma en que lo hace.

En la Sección II, haremos una valoración crítica del sistema, más o menos homogéneo seguido, distinguiendo lo que es puro sistema jurisdiccional y lo que aparece como ley aplicable o valor de sentencias extranjeras de divorcio.-

... ..

Sección I

Rasgos fundamentales de estos sistemas

1.- Sistema jurisdiccional .

La regla general de todos los sistemas iberoamericanos, tanto nacionales como convencionales es que la jurisdicción se concibe sobre la base del domicilio.

En el orden de los sistemas nacionales, se trata casi de una constante.

Bolivia situa la competencia jurisdiccional a base del domicilio del demandado, y, en su defecto, de la residencia de este (art. 18 del Código Procesal). Y tratándose del caso concreto de las acciones de divorcio, aplica esta misma conexión considerando que si la demandada es la esposa, ésta tiene el mismo domicilio que su marido (art.5 de la Ley de divorcio y art. 53 del Código civil).

Costa Rica, aplica, aunque no con tanta precisión, el mismo concepto (art. 50 del Código civil) y cuando la acción es de d

vorcio, recurre al domicilio conyugal (art. 7 del Código Civil, según interpretación jurisprudencial).

Cuba, sostiene, en general, la competencia sobre el domicilio del demandado y, por su defecto, sobre el del demandante (por interpretación jurisprudencial), pero tratándose de acciones de divorcio, son competentes los tribunales del domicilio conyugal (art. 25 de la Ley de Divorcio).

El Salvador, sostiene la competencia del domicilio del demandado (arts. 20 y 35 del Código Procesal), y cuando la acción es de divorcio, aplica la conexión del domicilio conyugal (según interpretación constante de la jurisprudencia).

Ecuador, considera competente al Juez del domicilio del demandado (art. 27 del Código de Procedimiento), pero para el divorcio entiende que es competente el Juez del domicilio del marido, en el cual se interpreta que lo tiene la mujer (art. 63 del Código Civil), salvo que la mujer tenga domicilio separado, lo que es admisible, (art. 28 de la Ley de Matrimonio Civil e interpretación jurisprudencial constante).

Guatemala, por interpretación de la jurisprudencia, pare

que sostiene, en principio, la competencia, en acciones personales y de estado civil, del Juez del domicilio del demandado, y, en acciones concretas de divorcio, el Juez del domicilio conyugal.

Haití, según la regla que normalmente siguen los tribunales, acepta la tesis general del domicilio del demandado, que, parece aplicable también, cuando se trata de acciones de divorcio.

Honduras, aplica la competencia del domicilio del demandado (arts. 146 y 158 de la Ley Orgánica de los Tribunales), admitiendo desde luego, la sumisión a otro tribunal (art. 143 de la misma Ley orgánica), y entendiéndolo, para las acciones de divorcio, que la mujer sigue el domicilio de su marido (art. 79 del Código Civil).

Méjico, acepta un domicilio que es una pura residencia y exige, para que la competencia sea correcta, que el Juez conozca sobre la base, al menos, del domicilio del demandante, admitiendo también, el principio de sumisión (art. 23 del Código Federal de Procedimiento y art. 151 del Código Procesal Civil). También recurre al domicilio del demandado (art. 24, 4º del Código Federal procesal y art. 154º del Código Procesal Civil del Distrito Federal).

Nicaragua considera competente al Juez del domicilio del

demandado (art.45 del Código Civil, y arts. 265 y 266 del Código Procesal), admitiendo la posibilidad de sumisión de las partes (art.260 del Código Procesal), y, en acciones de divorcio, considera que el domicilio de la mujer, es el mismo que el del marido (art. 44 del Código Civil y art. 270 del Código Procesal).

Panamá aplica, igualmente, el sistema del domicilio del demandado y, en su defecto, la mera residencia (art. 80 del Código Civil).

Perú, según constante jurisprudencia, aplica en las acciones de divorcio, la competencia del juez o tribunal del domicilio conyugal, pero, aunque la mujer casada tiene el domicilio de su marido (art. 24 del Código Civil), parece que puede llegarse, en algunos casos, a un domicilio separado.

Puerto Rico, tiene un criterio anglosajón de competencia que convierte al domicilio en pura residencia, esto, según la práctica constante de la jurisprudencia, que se ha desvinculado totalmente de lo que determinan los textos legales.

La República Dominicana, recurre al juez del domicilio del demandado y, en su defecto, al del demandante, sin que haya precisio

nes para cuando se trata de una acción concreta de divorcio.

Uruguay aplica, en el caso concreto de la acción de divorcio, la competencia del Juez del domicilio conyugal, pero, admitiendo que los cónyuges pueden tener domicilios separados, recurre normalmente a considerar correcta la competencia basada en el domicilio del demandante (según constante jurisprudencia). El domicilio conyugal, es una presunción, mientras no aparezcan domicilios separados de los cónyuges (art. 9 de la Ley de Derechos Civiles de la Mujer y jurisprudencia interpretativa).

Venezuela, en las acciones personales a que nos venimos refiriendo, aplica la competencia del juez del domicilio del demandado, y, en su defecto, de la residencia de este (art. 75 del Código de Procedimiento), y en acciones de divorcio, la competencia es del juez del domicilio conyugal (art. 543 del Código procesal), entendiéndose que la mujer casada tiene el mismo domicilio que su marido (art. 33 del Código civil).

Argentina, en acciones de tipo personal, sigue la competencia del domicilio del demandado (arts. 100 y 102 del Código Civil y art. 1 y 4 del Código Procesal de la Capital), sin que, naturalmente

diga nada sobre acciones de divorcio que no existe.

Brasil, para las acciones personales y de estado civil, en general, aplica la competencia del domicilio del demandado (art. 12 de la Ley de Introducción) y en su defecto, la residencia del mismo, y en su defecto, el domicilio residencia del demandante (arts. 133 y 134 del Código de Procedimiento); para las acciones de separación y nulidad del matrimonio, vale el domicilio de la mujer (art. 142 del mismo Código procesal).

Colombia, sigue el sistema general de competencia basada en el domicilio del demandado, sin que haya prevenciones especiales, como es lógico, para la acción de divorcio.

Chile, fija la competencia en acciones personales, a base del domicilio del demandado (art. 134 y 156 del Código Procesal), entendiendo que la mujer tiene su domicilio, donde lo tenga el marido (art. 71 del Código civil).

Paraguay, sigue el mismo sistema argentino que, consideramos inútil repetir.

En el orden convencional, los dos Tratados de Montevideo

aplicán, en general, la competencia a través del domicilio del demandado, y tratándose de acciones de divorcio, a través del domicilio conyugal o del último domicilio conyugal (arts. 56,9 y 62 del Primer Tratado y arts. 56 y 59 del Segundo Tratado).

El Código de Bustamante determina la competencia por el domicilio del demandado, aceptando la posibilidad de sumisión de las partes (art. 314 y 318). Tratándose de acciones de divorcio, habrá que recurrir al domicilio del jefe de familia (art. 24).

De todos estos textos legales expuestos resumidamente, podemos concluir que, la regla general por la que se determina la competencia, en los sistemas de los países iberoamericanos, es la de atribuir el conocimiento de las acciones personales y que afectan al estado civil de las personas, al Juez o Tribunal en cuyo territorio jurisdiccional, se encuentre el domicilio del demandado. Si no tuviere domicilio en sentido legal, habrá de acudirse a la conexión secundaria de la residencia. En defecto de ésta, unas legislaciones acuden al domicilio y a la residencia, en su caso, del demandante y otras a la mera presencia física del demandado y, a veces, de demandante.

En los países que admiten la institución del divorcio, l

regla general es que la competencia pertenece al juez o tribunal del domicilio conyugal, interpretando que el domicilio conyugal es el que haya decidido el marido. Otras legislaciones, de este grupo, en vez de emplear el término de domicilio conyugal, acuden simplemente, a la regla de considerar que el domicilio de la esposa, se encuentra donde esté el domicilio del marido. Pero prácticamente, la solución es la misma. Hay que advertir, sin embargo, y a pesar de ser ésta la regla que siguen los textos convencionales, que muchos Estados iberoamericanos, unos legislativamente, y los más jurisprudencialmente, admiten la posibilidad de que la mujer tenga domicilio separado de su marido, y en este supuesto, el domicilio separado de la mujer, decidirá la jurisdicción cuando la demanda vaya dirigida contra ella.

2.- B a s e c o m p e t e n c i a l .

Si la competencia, como acabamos de ver, está establecida por regla general, sobre el concepto de domicilio, es preciso determinar cual es este concepto, que entienden las legislaciones iberoamericanas, por domicilio.

Bolivia sostiene que el domicilio es el lugar del princi-

pal establecimiento (art.47 del Código Civil), sin exigir otro requisito.

Costa Rica, exige para que exista domicilio, los dos elementos de la presencia física, como residencia, y del animus, en sentido de permanencia (arts. 29 y 31 del Código Civil).

Cuba se contenta con significar que el domicilio es el lugar de cumplimiento de las obligaciones civiles, pareciendo exigir - también, tácitamente, la conjunción de un elemento de hecho y otro espiritual (art.40 del Código Civil).

El Salvador, requiere, para que exista domicilio, expresamente, ambos elementos de residencia y ánimo de permanencia (art.57 - del Código Civil), recurriendo a considerar, como base de competencia la mera residencia, cuando el domicilio no existe (art.66 del mismo - Código).

Ecuador exige, igualmente, ambos elementos, material y espiritual (art. 50 del Código Civil) y recurre, también, a la mera residencia, cuando no existe domicilio (art. 60 del Código civil).

Guatemala sostiene también que el verdadero domicilio no se constituye por la mera residencia, sino que necesita también del -

elemento espiritual del ánimo de permanencia (art. 35 del Código Civil).

Haití no dispone nada sobre lo que debe entenderse por domicilio, aunque en principio, sigue la línea general.

Honduras considera que el domicilio existe por la residencia habitual, lo que parece implicar el *ánimus* que expresamente no exige (art. 60 del Código Civil), recurriendo, cuando la residencia no es habitual, a la conexión competencial secundaria del domicilio (art. 62 del mismo Código).

México, ya hemos visto que sostiene un concepto del domicilio mucho más cercano a la residencia, al domicilio anglosajón, que al concepto latino, por lo que aparece como una excepción entre estas legislaciones, y, en realidad, lo que hace es fundar la competencia sobre una mera presencia física, y en algunos casos de divorcio, ni aún esa necesita.

Nicaragua considera que el domicilio es la residencia y no exige *ánimus* ninguno (arts. 25 y 27 del Código Civil).

Panamá caracteriza el domicilio por la existencia, en el

mismo, de una profesión u oficio, en general, lo que parece indicar elemento de permanencia (art. 76 del Código Civil) que diferencia el propio domicilio, de la simple residencia tomada como conexión competencial secundaria (art. 80 del mismo Código Civil).

Perú exige, para que exista domicilio, la conjunción de los dos elementos clásicos (art. 19 del Código Civil), acudiendo, en defecto de domicilio, a la conexión de la residencia (art. 21 del Código Civil).

Puerto Rico recoge, jurisprudencialmente, el sistema anglosajón, lo que significa otra excepción en la tónica general de estos países.

La República Dominicana considera que el domicilio está donde se encuentra el principal establecimiento de una persona (art. 102 del Código Civil).

Uruguay, para que exista domicilio sobre el cual fundar una competencia judicial, hace necesario que exista un elemento de hecho, la residencia, y un elemento espiritual, el ánimo de permanencia (art. 24 del Código Civil).

Venezuela exige únicamente que haya un asiento principal, para que exista domicilio, lo que parece implicar también un elemento espiritual (art.27 del Código Civil).

Argentina recurre, para el concepto del domicilio, a la idea del establecimiento de una persona, con el mismo elemento tácito de ánimo de permanecer (art. 89 del Código Civil).

Brasil exige expresamente los dos elementos clásicos, sin los cuales el domicilio no existe como base de competencia (art.31 del Código Civil), recurriendo, en defecto de domicilio, a la mera residencia.

Colombia es, también, de los países que hace concurrir el elemento de hecho de la permanencia y el ánimos, para que considere establecido un domicilio (art. 76 del Código Civil), considerando que en defecto de domicilio, se puede considerar a la mera residencia como base de competencia (art. 84 del mismo Código).

Chile exige igualmente, los dos requisitos para que exista domicilio en sentido legal (art. 59 del Código Civil), y admite la residencia como base de competencia subsidiaria (art. 86 del Código Civil).

Paraguay, determina el divorcio como el Derecho argentino lo hace, con lo cual no exige expresamente el elemento espiritual.

En los Textos convencionales, se deja la determinación del concepto de domicilio al Derecho territorial de cada Estado, por lo que las interpretaciones de tales Textos, varían sensiblemente, en puntos concretos, dando lugar a continuos problemas, algunos de los cuales ya hemos visto.

De todo lo que acabamos de exponer, podemos deducir como idea general, que el concepto del domicilio, en el Derecho de los países iberoamericanos, está constituido sobre la base de un elemento de hecho que significa una presencia física de la persona en un lugar, con cierta habitualidad; y la concurrencia de otro elemento, de tipo espiritual, que es el ánimo de permanecer en dicho lugar.

El elemento de hecho se expresa de diversas formas, recurriendo, en muchos casos, a la idea de la existencia de un establecimiento principal, o a la de la práctica de un oficio o ejercicio de una profesión, o simplemente, a lo que se llama presencia habitual. Con estos conceptos, se trata de distinguir el elemento de la residencia con permanencia de lo que pudiera ser un simple tránsito o una mera

presencia física accidental, que, nunca, podría servir de base para u domicilio.

El elemento voluntarista o espiritual, es ya una actitud de la persona que unas veces se demuestra mediante presunciones favorables (y en algunas legislaciones vienen recogidas ad exemplum) y otras, no hay signo visible de él, pues la posible inscripción en registros o padrones, está exigida sólo por alguna legislación aislada.

Así como el primer elemento es exigido expresamente por todas las legislaciones, el segundo sólo consta expresado en algunos Códigos, limitándose otros a darlo por supuesto o sobrentendido cuando el elemento de hecho, ya de por sí, indica la necesidad de su existencia.

3.- P r i n c i p i o s c o n e x o s .

Podemos anticipar, como regla general, prácticamente sin excepción que en orden a la ley aplicable, esta es la lex fori, cuando de divorcio se trata.

Se manifiesta esta lex fori, con esta misma denominación,

expresada a veces por los textos legales, a veces por la constante actuación jurisprudencial, en Costa Rica, Honduras, Cuba, Panamá, y algún otro país.

Actúa la *lex fori* a través del concepto de ley nacional de ley territorial, en Bolivia, El Salvador, Ecuador, Haití, en la misma Honduras, México, Nicaragua, Perú, Uruguay, Argentina, Brasil, Colombia, Chile y Paraguay.

En algún país, como Bolivia, se aplica, a veces la ley del lugar de celebración del matrimonio. En otros, como Guatemala, la ley del domicilio de los cónyuges. A veces, se excluye, como ocurre con Perú, expresamente la aplicación de la ley extranjera.

De una forma o de otra, con uno u otro fundamento, en los sistemas iberoamericanos sobre divorcio en particular, y sobre cuestiones personales, en general, la ley aplicable es la del tribunal que se declara competente. Hay alguna excepción de países que, aplicando la ley nacional, llegan a considerar legislaciones extranjeras pero esto, aparte de que es pura excepción, es más bien un principio legal, que una aplicación de la práctica jurisprudencial.

Los Textos Convencionales recurren a un sistema de acumulación de Leyes que ya hemos expuesto y que, en definitiva, a nadie satisface.

En cuanto al valor que las sentencias extranjeras de divorcio presentan en estos sistemas, sólo diremos, para abreviar, que la regla general es que las sentencias dictadas por un tribunal cuya competencia ha sido establecida correctamente, no tienen obstáculo para su reconocimiento en los demás países, salvo cuando se intenga hacerlas valer en los países que no admiten la institución del divorcio, cuyo supuesto, el orden público de los mismos, actúa onérgicamente, impidiendo todos sus efectos o al menos el efecto principal de la readquisición de la capacidad matrimonial.

Y esto, prácticamente, tanto cuando se invoca el Derecho conflictual interno, como cuando se intentan hacer valer los Textos internacionales sobre la materia.

El problema de la exigencia o no de exequatur es accidental. Valga decir, que, por regla general, en todos estos países, se exige el exequatur, al menos teóricamente, y se tiene muy en cuenta la existencia de algún Tratado sobre la materia, y, en su defecto, el --

principio de reciprocidad. Para el caso de que ninguno de estos sistemas pueda tomarse en cuenta, se recurre a exigir a la sentencia extranjera, en general, y a la de divorcio, en particular, el cumplimiento de ciertos requisitos. Los más importantes, son la correcta competencia del tribunal sentenciador y que no ofendan al orden público del país en que se intente su reconocimiento.

4.- F u n d a m e n t o j u r í d i c o .

Si, con una visión de conjunto, contemplamos estos sistemas jurisdiccionales iberoamericanos, podemos observar en ellos una liberalidad y un espíritu de tolerancia que para sí quisiera la vieja y civilizada Europa.

La razón última de ésto, es la formación étnica de las poblaciones de Iberoamérica, constituidas por aportes variados y continuos de gentes, que han informado sus instituciones jurídicas.

La razón próxima, está en los principios que rigen en sus Constituciones y en sus Códigos y que tienen, por así decirlo, los preceptos jurídicos concretos.

Dos de estos principios, queremos destacar aquí:

1. El principio de equiparación jurídica de los nacionales y los extranjeros, en el orden civil, contrario al espíritu nacional que el viejo Código de Napoleón consiguió imprimir en el Viejo continente europeo.

En muchos de estos países, se hace constar expresamente. Así ocurre en Costa Rica (art. 21 del Código Civil), Cuba (art. 19 de la Ley Fundamental), Guatemala (arts. 14 y 15 de la Ley de Extranjería), Honduras (art. 16 de la Constitución), Nicaragua (art. 24 de la Constitución y 9 del Código Procesal), Perú (XVII del Título preliminar de Código) Puerto Rico (art. 22 del Código Civil), Uruguay (art. 3 del Código Civil), Venezuela (arts. 20 y 46 de la Constitución y 8 y 26 de Código Civil), y Colombia (art. 18 del Código Civil y 142 del Código Procesal).

2. El principio de equiparación entre los sexos, en el orden jurídico, que tiene su proyección más contundente, en la igualdad de derecho de los cónyuges, dentro de la familia.

Así se hace constar, en Costa Rica (art. 50 del Código Civil), en Cuba (art. 43 de la Ley Fundamental), en Nicaragua (art. 24 de la Constitución), y en casi todos los demás países.

Estos principios han sentado un clima de justicia, de igualdad y de tolerancia, digno de encomio. Han restaurado el sentido natural de las leyes, haciendo desaparecer las diferencias que eran obra del hombre y no de la propia naturaleza humana. Con ello se han creado sociedades más abiertas en todos los órdenes, donde las distinciones de credo, de raza o de sangre, no suponen barreras infranqueables, como ocurre en los países que arrastran una civilización llena de trabas.

Sección II

Crítica valorativa

1.- Del sistema conflictual de
jurisdicción.

Hemos dicho que, por abstracción, por esencia, el que podemos llamar sistema jurisdiccional iberoamericano, en materia de divorcio, está constituido a base de atribuir la competencia a los jueces o tribunales del territorio donde, el demandado, tenga su domicilio. Vamos a examinar ambos puntos:

1. Que se tome como base para determinar la competencia, en materia de divorcio, el domicilio, es un concepto heredado del Derecho europeo.

Son muchas las ventajas que este sistema supone, de las cuales, no es la menor el que los tribunales del domicilio son los que naturalmente, entenderán mejor las cuestiones que se presenten ante ellos, y que, por otro lado, son los órganos judiciales a los que

practicamente mejor pueden acudir los interesados, sin necesidad de desplazamientos, muchas veces irrealizables.

Por esto, cualquier otro sistema, debe ser desechado, en pro de este.

Sería de desear que los países que no tienen establecida esta base competencial, de modo firme y claro, sino que la aplican a través de resoluciones jurisprudenciales, hicieran declaraciones legales en este sentido.

2. Cuando se trata de dilucidar, cual de los domicilios debe tenerse en cuenta para establecer la base competencial de la acción de divorcio, nos parece que la regla general y la más adecuada es recurrir a la doble competencia del domicilio del demandado y del domicilio del demandante, dejando a elección de éste, recurrir a uno u a otro. Y esto, porque así, se evitan constantes fraudes a la ley que mediante un simple desplazamiento del otro interesado, pueden llevarse a cabo.

Si el domicilio matrimonial, siguiendo la tónica de equiparación jurídica de los cónyuges, está establecido de consuno, no nos inconveniente en que se reconozca el mismo como base para estab

cer la competencia. Lo que ocurre es que, por lógica, siempre que se llega a una acción de divorcio, los cónyuges están separados, desde antes de iniciar la acción, al menos, en la mayoría de los casos, o lo cual, en vez de existir un domicilio conyugal, que, simplemente, existido antes, lo que existen son dos domicilios separados.

Por ello, nos parece más adecuado que, las legislaciones que aún no han recogido esta regla, pero la practican usualmente, establezcan la competencia de los tribunales sobre la base real de los dos domicilios existentes, cuando se inicia la acción de divorcio.

Atribuir, a estos efectos, y a cualquiera otros, a la mujer, sin más, el domicilio del marido, y cargarla con la prueba en contrario de esta presunción, suponiendo que no pase de ser tal, es establecer una diferencia injusta entre los cónyuges.

2.- Del sistema conflictual en las cuestiones conexas.

En cuanto a la ley aplicable, hacer unánime el sistema aplicación de la lex fori, que hoy es, simplemente, imperante en la mayoría de los sistemas, nos parece la solución más adecuada.

Este sistema, cuenta con la ventaja de aunar y armonizar la ley que determina la competencia y la ley que se aplica al fondo del divorcio, facilita la labor de los tribunales y evita la serie de problemas, de los cuales no es el menor la necesaria actuación del orden público, que plantea la aplicación de la ley nacional de las partes, o de la ley del lugar de celebración del matrimonio.

Las fórmulas acumulativas, fórmulas de transacción al fin y al cabo, normalmente no resuelven los problemas, aunque no dejamos de reconocer que, por el momento, son soluciones, entre tanto el Derecho sustantivo, en nuestra materia, no responda, en todos los Estados a unos mismos principios.

En cuanto al valor que tienen las sentencias extranjeras de divorcio, la regla que podemos apuntar es que, entre los países que admiten la institución, no se plantean, ordinariamente, problemas de orden público, por lo que se podría, incluso, prescindir del sistema del exequatur, más teórico, que real.

Naturalmente, que, cuando se trata de hacer valer una sentencia de divorcio, en países que desconocen la institución y ésta

fecta a elementos de su jurisdicción, no se puede pretender otra cosa que la actuación, más liberal del orden público.

=====

C O N C L U S I O N
= = = = =

CONCLUSION

Llegados al final de nuestro estudio y, como resumen, podemos consignar las siguientes conclusiones:

1. En orden al puro problema conflictual de competencia, la solución dominante en los países iberoamericanos, es la de determinar esta, mediante la conexión del domicilio. Son competentes los jueces o tribunales, en materia de divorcio, cuando el domicilio está dentro de la circunscripción territorial en que ejercen su poder.

Este domicilio, lo mismo determina la competencia en el orden internacional que en el orden interno.

Sería de desear que los escasos sistemas que no aceptan esta base de competencia o que no la formulan con claridad, dictasen disposiciones en este sentido. Igualmente, se debería adoptar esta postura, en los Textos Convencionales.

2. El domicilio que se toma en cuenta, es normalmente, en la realidad jurisprudencial de cada día, el del demandado.

Pero como si, solo se acepta esta base competencial, ó si se determina la competencia por el domicilio conyugal, o si se afecta el domicilio de la mujer al del marido, pueden surgir fraudes a la ley (con un simple desplazamiento a un país no divorcista), o se pueden tomar en cuenta situaciones no reales (pues normalmente no existirá, al iniciar la acción, el domicilio conyugal, sino ficticiamente), o se imponen injustas desigualdades (en perjuicio de la mujer), sería de desear que se facilitase el ejercicio de los derechos de los cónyuges, adoptándose como base de competencia, ambos domicilios, el del demandado y el del demandante, a elección de este último.

3. Las garantías que ofrecen determinados procedimientos de divorcio, haciendo caso omiso de los divorcios no judiciales, no son suficientes, en muchos casos, para institución de tanta trascendencia social e individual.

Deberían adoptarse por los diferentes sistemas, procedimientos, donde todas las seguridades estén tomadas y, especialmente, facilitar la defensa de la parte demandada sobre la base de una competencia del órgano juzgador correcta, y de una notificación a la parte de forma que permita a esta la comparecencia o, en todo caso, un cono- cimiento del procedimiento en curso.

4. En cuanto a ley aplicable, la postura general es la de aplicación de la lex fori, que, por las razones antes apuntadas, parece la solución natural.

En orden al valor de las sentencias extranjeras de divorcio, se mantiene una postura general de exigencia de ciertos requisitos a estas sentencias, siendo de desear una actuación del orden público, menos enconada, en muchos casos.

5. En el orden sustantivo, en cuanto a la admisión o no de la institución del divorcio, esto responde a razones que no son propias de este lugar, estudiar.

Madrid, 28 de Abril de 1.966

=====
=====

BIBLIOGRAFIA

UTILIZADA

A) Obras de caracter general.

1.- AGUILAR NAVARRO, M. : Derecho Civil Internacional, Madrid, 1.960.

2.- ALFONSIN, Q: Sistema de Derecho Civil Internacional, T. II, V. I., Montevideo, 1.961.

3.- ARMINJON-NOLDE-WOLFF: Traité de Droit Comparé, Paris, 1.951.

4.- ALCUBILLA, M.M.: Códigos antiguos de España, Madrid, 1.885.

5.- BATIFFOL, H.: Traité Elementaire de Droit International Privé, Paris, 1.959.

6.- BONJAMIN, P.: Le divorce, la separation de corps et leurs effets en Droit International Privé Francais et Anglais, Paris 1.955.

7.- BOSCHAN: La equiparación jurídica del varón y la mujer en el Derecho matrimonial europeo, Rev. D. Privado, 1964, p. 607.

8.- CALANDRELLI, A.: Cuestiones de Derecho Internacional Privado (El Divorcio), Buenos Aires, 1.923.

9.- CASTAN, J.: Derecho civil español común y foral, 7ª ed., T.V., V.I., Madrid, 1.955.

10.- DAVID; R.: Tratado de Derecho Civil Comparado, Madrid 1.953.

11.- DIEGO, C. DE: Instituciones de Derecho Civil español Madrid, 1.930.

12.- DOVE, E.: Derecho Internacional, Barcelona, 1947.

13.- EHRENZWEIG-IKEHARA-JENSEN: American-Japanese Private International Law, N.York, 1.954.

14.- FRAGISTAS: La competence internationale en Droit privé, R. des Cours, T. 104, 1.961, III, p. 165 y s.

15.- FRANCESKAKIS, PH: Juris-Classeur de Droit International, T. IV, Fasc. 547-A, Paris.

- 16.- GALLARDO, R.: La solución des Conflicts de Lois dans les pays de l'Amérique Latine, Paris, 1.956.
- 17.- GOMEZ-ORBANEJA Y HERCE-QUEMADA: Derecho Procesal, Madrid, 1.946.
- 18.- GRAULICH, P: Principes de Droit International, Privé, Paris, 1961.
- 19.- GRZYBOWSKI, K: Soviet Private International Law, Leyden, 1.965.
- 20.- GUASP, J.: Derecho Procesal Civil, 2ª ed., Madrid, 1.961.
- 21.- GUTTERIDGE, H.: Le conflit des lois de compétence judiciaire dans les actions personnelles, R. des Cours, 1933-III, V. 44.
- 22.- HELLMER, J.: Recht, Frankfurt a M. 1.959.
- 23.- LEREBOURS-PIGEONNIERE: Droit International Privé, Paris, 1.962.
- 24.- LOPEZ ORTIZ, J.: Derecho musulman, Barcelona, 1.932.
- 25.- LORENZEN, E.G.: Cases and Materials on the conflict of Laws, 6ª ed., S. Paul, Minn, 1.951.

26.- MAKAROV: Quellen des Internationalen Privatrecht, Berlin-Tübingen, dos tomos.

27.- MIJAJA DE LA MUELA, A.: Derecho Internacional Privado II, Madrid, 1.963.

28.- MORELLI, G.: Derecho Procesal Civil Internacional, - Buenos Aires, 1.951.

29.- PACCHIONI, J.: Manual de Derecho Romano, Valladolid, 1.952.

30.- PECOURT, E.: La voluntad de las partes y su posible virtualidad en la determinación de la competencia judicial internacional, R.E.D.I., XVIII, nº 1.

31.- PETTIT, E.: Tratado Elemental de Derecho Romano, Madrid, 1.940.

32.- PHILLIP, A.: The Scandinavian Conventions on Private International Law, R. des Cours, T. 96, 1959, I, pgs. 245 y s.

33.- PLAZA, M. DE LA: Derecho Procesal Civil Español, Madrid, 1.952.

34.- PRIETO-CASTRO, L.: Manual de Derecho Procesal Civil,

Madrid, 1.959.

35.- RENTON, A.W. and PHILLIMORE, G.G.: The Comparative Law of Marriage and Divorce, London, 1910.

36.- RUGGIERO, R.: Instituciones de Derecho Civil, Madrid, 1.944.

37.- SURVILLE: Cours Elementaire de Droit International Privé, Paris, 1.925.

38.- TABORDA FERREIRA, V.: Sistema de Direito Internacional privado segundo a la ley e a jurisprudencia, Lisboa, 1.957.

39.- TUNC, A. and TUNC, S.: El Derecho de los Estados Unidos de América, México, 1.957.

40.- VERPLAETSE, J.G.: Derecho Internacional Privado, Madrid, 1.954.

41.- VALLADAO, H: Consequences de la difference de nationalite ou de domicile des epoux sur les effets et la dissolution du mariage, R. des Cours, 1.962, I, T.I.

42.- VALLADAO, H. Le Droit International Privé des Etats

Americains, R. des Cours, 1.952-II, T. 81, p.5 y s.

43.- WOLFF, M: Derecho Internacional Privado, Barcelona
1958.

43.- WOLFF, M.: Derecho Internacional Privado, Madrid 1958.

44.- WYSZHINSKY, A.Y.: The Law of the Soviet State, N.Yo:
1.951.

B) Obras especiales. (.)

a) Tratados.

45.- PUBLICACION OFICIAL: Colección de Tratados, Conven-
ciones y otros pactos internacionales, de la República Oriental del
Uruguay, Montevideo, 1.925.

46.- RESTELLI, E.: Compilación de Actas y Tratados del
Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado, Buenos Aires
1.928.

(.)- Quiero dar las gracias al Instituto de Cultura Hispánica, por
las facilidades que me han sido dadas para consultar la presen-
te bibliografía, toda la cual, puede encontrarse en su Biblioteca

47.- GOBIERNO DE LA REPUBLICA ARGENTINA: Tratados sancionados por el Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado, Buenos Aires, 1.889.

48.- ... : Tratados y Convenios vigentes en la Nación Argentina, Buenos Aires, 1.926.

49.- RABEL: The Conflict of Laws: A. Comparative Study, Michigan, 1.958.

50.- VIEIRA, M.A.: Tratados de Montevideo 1888-9-1940, - Montevideo, 1.959.

b) Bolivia.

51.- INSTITUTO DE CULTURA HISPANICA: Código Civil de Bolivia, Madrid, 1959.

52.- VIERREIRA FLOR, R.: Derecho Civil boliviano, 1942.

53.- SALINAS, J.M.: Manual de Derecho Internacional Privado, La Paz, 1945.

54.- MONTERO HOYOS, S. : Derecho procesal boliviano, sin fecha, Edición particular.

55.- URQUIDI, J. M.: Lecciones sintéticas de Derecho In--
ternacional Privado, Cochabamba, 1.940.

c) Costa Rica.

56.- INSTITUTO DE CULTURA HISPANICA: Código Civil de Cos
ta Rica, Madrid, 1.962.

57.- VICENZI, A.: Código Civil, con todas las reformas, -
San José, 1.955.

58.- BEECHE, H: Código civil de Costa Rica, San José, 1949

59.- BRENES CORDOBA, A.: Derecho Civil, Tratado de las pes
sonas, San José, 1.925.

60.- GONZALEZ VIQUEZ, C.: Compilación de leyes no inser--
tas en las Colecciones oficiales, San José, 1.937.

d) Cuba.

61.- ... Leyes del Gobierno Revolucionario de Cuba, cua--
dernos mensuales.

62.- PEREZ LOBO, R: Código Civil y Constitución, La Habana
1.914.

- 63.- ARANGO GARCIA, J.: El Código Civil interpretado por el Tribunal Supremo, La Habana, 1.927.
- 64.- SANCHEZ DE BUSTAMANTE: Derecho Internacional Privado La habana, 1.943.
- 65.- NUÑEZ, E.R: Elementos de Derecho Internacional Privado, La Habana, 1.921.
- 66.- ARAMBURU Y MACHADO: Elementos de Derecho Civil, La Habana, 1.927.
- 67.- AGUILAR ALMEIDA, F. L.: Ley de Enjuiciamiento Civil, La Habana, 1.946.
- e) El Salvador.
- 68.- INSTITUTO DE CULTURA HISPANICA: Código Civil de El Salvador, Madrid, 1.959.
- 69.- ...: Constituciones y Códigos de la República de El Salvador, Imprenta Nacional, 1.947.
- 70.- MINISTERIO DE JUSTICIA: Código de Procedimientos y d

fórmulas judiciales, San Salvador, 1.960.

71.- PADILLA, R: Apuntes de Derecho procesal civil salvadoreño, El Salvador, 1.948.

72.- SOMARRIVA UNDURRAGA, M.: Curso de Derecho Civil, San Salvador, sin fecha.

73.- RODRIGUEZ RUIZ, N: Historia de las Instituciones jurídicas salvadoreñas, San Salvador, 1.952.

74.- GUZMAN, M.: La acción de divorcio en la ley salvadoreña, San Salvador, 1.956.

75.- LINDO, H.: El divorcio en El Salvador, San Salvador, 1.948.

f) Ecuador.

76.- EDICION DE LA COMISION LEGISLATIVA: Código civil de la República del Ecuador, Quito, 1.950.

77.- ... : Recopilación de leyes codificadas por la Comisión Legislativa, Quito, 1.951.

- 78.- ...: Código de Procedimiento Civil, Quito, 1.952.
- 79.- ...: Código civil de la República del Ecuador, con la jurisprudencia de la Corte Suprema y concordancias, Univ. Católica del Ecuador, Quito, 1.957 a 1.960.
- 80.- SALAZAR FLORZ, C.: Derecho civil internacional, Quito, 1.955.
- 81.- CISNEROS: Derecho Civil ecuatoriano, Quito, 1.959.
- 82.- PEREZ GUERRERO, A.: Tomas jurídicos, Quito, 1.955.
- 83.- PENAHERRERA, V.M.: Lecciones de Derecho práctico civil y penal, Quito, 1.944.
- 84.- CORDOVA, A.F.: Derecho Civil ecuatoriano, Quito, 1955.
- 85.- ZEVALLOS REYRE, F.: Historia del Derecho, Guayaquil, 1.950.
- g) Guatemala.
- 86.- MATOS, J.: Curso de Derecho Internacional Privado, Guatemala, 1.941.
- 87.- AGUIRRE GODOY, M.: Repertorio de Jurisprudencia, Guatemala, 1962.

88.- GARCIA BAUER, J.: Nuestra revolución legislativa, Guatemala, 1948.

h) Haití.

—.— En este país no hemos encontrado bibliografía, de tipo especial.

i) Honduras.

89.- ...: Código Civil de la República de Honduras, Tegucigalpa, 1898.

90.- ... : Constitución política, Leyes Constitutivas, Código civil, Código penal, Código de procedimientos, Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, Tegucigalpa, 1.949.

j) Méjico.

91.- LEON, A. DE: Compendio de Procedimiento civil, México, 1941.

92.- ...: Panorama de la Legislación civil de México, México, 1.960.

93.- VANCE, J. T.: A Guide to the Law and Legal Literature of México, Washington, 1.945.

94.- CLAGETT, H.L.: A. Guide to the Law and Legal Literature of Mexican States, Washington, 1947.

95.- PALLARES, E.: Diccionario de Derecho Procesal Civil México, 1.942.

96.- CASTILLO-DE PINA: Instituciones de Derecho Procesal Civil, México, 1.950.

97.-: Nuevo Código Federal de Procedimientos Civiles México, 1.943.

98.-: Leyes mexicanas, Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales, México, 1.955.

99.- MALDONADO, A.: Derecho Procesal Civil, México, 1947

100.- ROJINA VILLEGAS, R.: Derecho Civil mexicano, Mexico 1949.

101.- BERRON, Anotaciones a Coviello: Doctrina General de Derecho Civil, México, 1949.

102.- FERNANDEZ CLERIGO, L.: El Derecho de Familia en la Legislación Comparada, México, 1.947.

k), Nicaragua.

103.- ALVAREZ LEJARZA, E. : Las Constituciones de Nicaragua, Madrid, 1.958.

104.- ...: Código Civil de la República de Nicaragua, 1911 y 1933.

105.- ...: Código de Procedimiento Civil de la República de Nicaragua, Managua, 1944.

106.- ROMERO, R.: Tratado de las personas, I, Managua, 1950.

l) Panamá.

107.- SUSANA LENOX, J.A.: El Derecho matrimonial y el llamado matrimonio de hecho en la legislación panameña, Bogotá, 1950.

108.- CORREA GARCIA, A.: Código civil, Panamá, 1927.

109.- BERNAL GUARDIA, T.A.: Reglas comunes al procedimiento civil, Panamá, 1963.

m) Perú.

110.- LEON BARANDILRAN, J.: Estudio preliminar al Código Civil del Inst. de C. Hisp.

111.- CORNEJO CHAVEZ, H. Derecho familiar peruano, Arequipa, 1.950.

112.- TOLEDO MAS, C.: Legislación matrimonial en el Perú sin indicación de lugar de publicación, 1938.

113.- GARCIA RADA, D.: El poder judicial, Lima, 1944.

114.- APARICIO, G.: Código civil, concordancias, Lima, 1942.

n) Puerto Rico.

115.- GUAROA VELAZQUEZ; Directivas fundamentales del Derecho internacional privado puertorriqueño, Rio Piedras, 1945.

116.- MUÑOZ MORALES, L.: Compendio de legislación puertorriqueña y sus precedentes, Rio Piedras, 1.948.

117.- MOUCHET-SUSSINI: Derecho Hispánico y "Common Law" de Puerto Rico, Buenos Aires, 1953.

o) República Dominicana.

118.- GONZALEZ HERRERA, J.: Ciencia jurídica dominicana
1.959.

p) Uruguay.

119.- NIN Y SILVA, C.: Código Civil de la República Ori-
tal del Uruguay, Montevideo, 1958.

120.- INSTITUTO DE CULTURA HISPANICA: Código Civil de U-
guay, Madrid.

121.- ABADIE-SANTOS: Código Civil de Uruguay.

122.- BRITES, J. E.: Recopilación de leyes vigentes del
Uruguay, Montevideo.

123.- IRURETA GOYENA: La justicia uruguaya, Montevideo.

q) Venezuela.

124.- EDICION OFICIAL: Código de Procedimiento Civil, Ca-
cas, 1.962.

125.- PARRA, F.J.: Estudios de Derecho venezolano, N.Yc
1.955.

126.- CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE VENEZUELA:
lor de las sentencias de divorcio extranjeras, Caracas, 1.957.

- 127.- LORETO, L.: Estudios de Derecho Procesal, Caracas 1.956.
- 128.- FEBRES POVEDA, C.: Apuntes de Derecho Internacional Privado, Mérida, sin fecha.
- 129.- HERRERA MENDOZA, L.: Estudios sobre Derecho internacional privado y temas conexos, Caracas, 1960.
- 130.- MACHADO, J.E.: Jurisprudencia de la Corte Federal de Casación, Caracas, 1951.
- 131.- RODRIGUEZ, J: El proceso civil y la realidad social Caracas, 1.957.
- 132.- CUENCA, H: El Derecho procesal en Venezuela, Caracas, 1.956.
- r) Argentina.
- 133.- SALAS, A.E.: Código Civil y leyes complementarias notados, Buenos Aires, 1.956.
- 134.- INSTITUTO DE CULTURA HISPANICA: Código Civil de la República argentina, Madrid, 1.960.
- 135.- ... : Código Civil con las notas de Veloz Sarsfield y Leyes complementarias, Buenos Aires, 1.952.
- 136.- ...: Recopilación de leyes usuales de la República argentina, Buenos Aires, 1957.

- 137.- GOROSTIAGA, N: El Código Civil y su reforma, ante
Derecho civil Comparado, Buenos Aires, 1940.
- 138.- BALLA, C.: Código usual y práctica forense, Bueno
Aires, 1951.
- 139.- JOFRE, T.: Código de Procedimiento Civil y Comerc
Buenos Aires, sin fecha.
- 140.- FORNATTI, E: Estudios de Derecho procesal, sin fec
- 141.- VICO, C.M: Curso de Derecho internacional Privado
Buenos Aires, 1943.
- 142.- PLINAS-SUAREZ: Estudios de Derecho Internacional
vado, Buenos Aires, 1949.
- 143.- ALCORTA, A: Curso de Derecho Internacional Privado
Buenos Aires, 1927.
- 144.- BORDA, G.A: Tratado de Derecho civil argentino, I
Familia, Buenos Aires, 1955.
- 145.- GOLDSTEIN-MORDUCHOWICZ: El Divorcio en el Derech
gentino, Buenos Aires, 1955.

- 146.- GOLDSCHMIDT, W: Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado, Buenos Aires, 1952, Tres Tomos.
- 147.- LAZCANO, C: Derecho Internacional Privado, La Plata 1965.
- 148.- MICHADO: Exposición y comentario del Código civil argentino, Buenos Aires.
- 149.- BUSSO: Código Civil anotado, Buenos Aires.
- 150.- ROMERO DEL PRADO: Manual de Derecho Internacional Privado, Buenos Aires.
- 151.- GLACETT, H.L.: The Administration of Justice in Latin-America, N.York, 1952.
- 152.- SENTIS MELENDO, S: Teoría y práctica del proceso, Buenos Aires, 1958.
- 153.- ALSINA, H: Tratado teórico-práctico de Derecho procesal Civil y Comercial, Buenos Aires, 1941.
- 154.- CHAVARRI, A: Derecho civil internacional argentino, Buenos Aires, 1935.
- 155.- REBORA, J.: Instituciones de la familia, Buenos Aires, sin fecha.

156.- EDER, P.J.: Principios característicos del "Commo Law" y de Derecho Latino-Americano, Buenos Aires, 1960.

157.- TORRE, A.: Introducción al Derecho, Buenos Aires, 1954.

s) Brasil.

158.- RODRIGO OCTAVIO: Le Droit International Privé dans la législation brésilienne, Paris, 1915.

159.- VIEIRA NETO, M.A.: Código civil brasileiro, Sao Paulo, 1963.

160.- BEVILACQUA, C: Código civil dos Estados Unidos do Brazil, con comentarios, Rio de Janeiro, 1916.

161.- PEREIRA DE QUEIROZ, O.A.: Código de Processo Civis nos Tribunais e na Doutrina, Sao Paulo, 1942.

162.- ATHAYDE, F. DE: Código de Processo Civil Anotado, Rio de Janeiro, sin fecha.

163.- SILVA PACHECO, J.D.: Curso Teórico-Práctico de Processo Civil, Rio de Janeiro, 1957.

164.- OLIVEIRA Y SILVA: Curso de Processo Civil, Rio de Janeiro, 1957.

165.- VIDAL LEITE, A.: Consolidação das disposições referentes ao Processo Civil e Comercial, Rio de Janeiro, 1913.

166.- RIVAS, A.J.: Consolidação das Leis de Processo Civil, Rio de Janeiro, 1915.

167.- RAITANI, F.: Práctica de Processo Civil, Sao Paulo, 1958.

168.- GARLAND, G.: Bilateral Studies: American-Brasilian Private International Law, N.York, 1959.

169.- GUIMARAES, M.: Estudios de Direito Civil, Sao Paulo, 1947.

170.- FREITAS, T. DE: Código civil, Esboço, Rio de Janeiro, 1956.

171.- CASTRO, A. DE: Direito Internacional Privado, Rio de Janeiro, 1956.

172.- SERPA LOPES, M.M.: Comentarios a la Ley de Introdução ao Código Civil, Sao Paulo-Rio de Janeiro, 1959.

t) Colombia.

173.- INSTITUTO DE CULTURA HISPANICA: Código Civil de Colombia, Madrid, 1963.

174.- ORTEGA TORRES, J.: Código Civil con Notas, Concordancias, Jurisprudencia y Normas legales complementarias, Bogotá, 1963.

175.- RODRIGUEZ PINERES, E.: Código civil colombiano y leyes vigentes que lo adicionan y reforman, Bogotá, 1947.

176.- ORTEGA TORRES, J.: Código de Procedimiento Civil, Bogotá, 1963.

177.- LATORRE, F.: Procedimiento Civil Colombiano, Bogotá, 1963.

178.- CAICEDO CASTILLA, J.J.: Derecho Internacional Privado, Univ. Nac. de Colombia, 1949.

179.- COOK, A.: Tratado de Derecho Internacional Privado, Medellín, 1935.

u) Chile.

180.- ... Códigos de la República de Chile, Ed. Ofic. 1949

181.- ALBONICO VALENZUELA, F.: Derecho Internacional Privado chileno, Ed. Jur. de Chile, 1958.

182.- LIRA, P.: Código Civil de Chile, Ed. del Inst. de Cultura Hispánica, Madrid, 1961.

183.- TORRES BARNETT, C.: Derecho Internacional privado
Memorias de Licenciados, Santiago, 1951.

184.- DUNKER, F.: Derecho Internacional Privado, Santiag
1950.

185.- ROSSEL SARVEDRA, E.: Manual de Derecho de Familia
Santiago, 1952.

186.- ETCHEBERRY, A.: Bilateral Studies: American-Chilea
Private International Law, N.York, 1960.

187.- PESCIO, V.: Manuel de Derecho Civil, Santiago, 195

188.- CASARINO, M.: Manual de Derecho Procesal, Santiag
1951.

189.- ALESANDRI, F.: Curso de Derecho Procesal, Santiag
1940.

190.- COLOMO, J.: La competencia, Santiago, 1959.

v) Paraguay

191.- SOLER, J.J.: Introducción al Derecho paraguayo, Ma
drid, 1954.

192.- LACONICH, A.: Repertorio de jurisprudencia, Asuncion
1948.

=====
=====