

EL ESTATUTO PERSONAL Y SU PROBLEMÁTICA

José Luis FERNÁNDEZ FLORES

Tres fases aproximadas podríamos distinguir en la evolución del estatuto personal: 1) La primera o de configuración, en la cual el concepto se va formando con diversas alternativas, fase que corresponde al período de las doctrinas estatutarias en sentido estricto¹; 2) La segunda o de aceptación de la noción con un carácter relativamente claro y relativamente indiscutido en su esencia²; 3) Y finalmente, una tercera fase que corresponde a la actualidad, en la cual, el concepto de lo que sea o abarque el estatuto personal, resulta tan problemático como discutido por la doctrina al par que por los textos legales de los diversos países³.

Podríamos decir que, en esta tercera fase, todo se discute en el estatuto personal: desde la propia existencia del concepto hasta la ley aplicable, desde la amplitud de la materia hasta la solución de los problemas técnicos que se presentan.

I. CONCEPTO.

1. Históricamente, la noción del estatuto personal tiene su origen en los estatutos o leyes particulares de que gozaban las

1. Resulta innecesario recordar las diferentes fases de la estatutaria, en las cuales la discusión doctrinal estaba centrada fundamentalmente en la amplitud de la materia. Son sobradamente conocidos los autores que, de una u otra forma, se han ocupado de la cuestión.

2. Los autores que usualmente denominamos «clásicos» del siglo XIX, llegaron a marcar una cierta fijeza al estatuto personal, al menos en cuanto respecta al contenido del mismo (V. GESTOSO TUDELA, L., *Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1936, p. 31).

3. V. BATIFFOL, H., *Una crisis del estatuto personal*, Valladolid, 1968.

ciudades italianas del Norte a partir del último período de la Edad Media⁴. En este sentido, la acuñación del término es fundamentalmente doctrinal en cuanto los autores agruparon bajo tal expresión ciertas leyes o estatutos en los que concurrían características particulares. Lo que ocurre es que esta «agrupación», en los estatutarios, aparece mucho menos clara y definida a como la ha presentado la doctrina posterior identificando «estatuto personal» y «estado y capacidad de la persona»⁵.

A) En los estatutarios, a través de un largo proceso, se va configurando el estatuto personal como una noción relativamente autónoma en torno a la persona. Las normas referidas al estatuto personal siguen a la persona donde quiera que esta vaya, como excepción al principio de la territorialidad, aunque de una forma constante. Lo que varía es su ámbito, aunque el principio de la aplicación de la ley domiciliar no deje de plantear algunos problemas técnicos.

B) En los autores clásicos del siglo XIX, la noción del estatuto personal persiste, más o menos formalmente expresada. En STORY, el estatuto personal no se presenta como una materia homogénea y definida y si bien sujeta la capacidad a la ley del domicilio, admite excepciones para este principio domiciliar. Por el contrario, SAVIGNY, si bien critica la división estatutaria en estatutos personales, reales y mixtos, lo que hace es recoger su contenido, aceptando un estatuto personal relativamente compacto bajo la aplicación de la ley domiciliar. En el caso de MANCINI, lo que se produce ya es un desbordamiento del estatuto personal que sirve de punto de partida de toda su construcción.

C) La problemática del estatuto personal —en cuanto capacidad y estado de las personas— se ha complicado a partir del mismo siglo XIX, con la introducción legal del principio de la nacionalidad frente al del domicilio, por el Código civil francés y posteriormente por el de Piamonte en 1865.

2. El problema del estatuto personal, en nuestros días, se plantea fundamentalmente en cuanto a la propia persistencia de

4. FOELIX, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, T. I, Madrid, 1960, p. 26: «los antiguos autores emplean siempre en esta materia el término estatuto, que en la época en que escribían designaba las leyes municipales que regían a las provincias o a los pueblos».

5. En forma esquemática, el Prof. AGUILAR NAVARRO (*Derecho civil in-*

la noción. Si ya STORY había prescindido formalmente del concepto, no faltan posteriormente autores que le siguen o que adoptan análoga posición, mientras que, por el contrario, en otros la noción del estatuto personal persiste, bien como una realidad, bien simplemente como una concesión lingüística.

A) Hay doctrinarios para quienes la noción del estatuto personal, útil en un determinado tiempo, resulta actualmente inoperante y rebasada⁶. Tal es el caso de NIBOYET para quien «en el Derecho antiguo, todas las escuelas admitieron, aunque por motivos diferentes, que el estado y la capacidad de las personas formaban parte de lo que se había convenido en llamar el estatuto personal»⁷. Autores hay, como AUDINET, que deliberadamente prescinden tanto del concepto como de la terminología del estatuto personal⁸.

B) Por el contrario, otra parte de la doctrina sigue utilizando el concepto y no sólo en el plano terminológico. Tal es el caso de AGUILAR que ataca de frente el problema del estatuto personal⁹. Para GRAULICH, el vocablo «estatuto personal» es un término doctrinal que él utiliza como rúbrica de la sección que dedica al estado y capacidad de las personas, indicando incluso el ámbito de este estatuto al considerar que lo que propiamente lo forma es el estado de la persona¹⁰. Igualmente KEGEL recoge el concepto del estatuto personal, al que también se refiere MA-

ternacional, V. I., Derecho de las personas, Madrid, 1973, pp. 15 y 16), considera que las expresiones «estado de la persona» y «estatuto personal» han llegado a confundirse después de un proceso histórico distinto.

6. En realidad, podemos decir que los autores que sostienen este punto de vista, ya están poniendo en tela de juicio la validez del concepto y por consiguiente apuntan a la crisis del estatuto personal.

7. NIBOYET, J. P., *Principios de Derecho Internacional Privado*, Madrid, s/f., p. 556.

8. AUDINET, E., *Principios de Derecho Internacional Privado*, Madrid, s/f., T. I., p. 271. En esta misma línea hay que colocar a TORRES CAMPOS (*Elementos de Derecho Internacional Privado*, Granada, 1906, pp. 216 y ss.) quien habla de «ley personal» que rige el estado y la capacidad del individuo, pero sin plantear las cuestiones bajo la rúbrica clásica del estatuto personal. En la misma línea están otros muchos autores, como ocurre en general con los anglosajones y parte de los continentales europeos. Unos parten de la «ley personal», ley aplicable (caso de NUSSBAUM, *Principios de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, 1947, pp. 158 y ss.), mientras otros parten de la materia (caso de WOLFF, *Derecho Internacional Privado*, Barcelona, 1958, pp. 265 y ss.), pero en todos se puede observar una falta de referencia al estatuto personal como entidad propia. La lista de autores que prescinden del estatuto personal, como tal, es muy extensa.

9. AGUILAR NAVARRO, M., o. cit., pp. 17 y 18.

10. GRAULICH, P., *Principes de Droit International Privé*, París, 1961, pp. 65 y 66.

KAROV¹¹. Para BATIFFOL, el estatuto personal es el «conjunto de materias sometidas a la ley que sigue a la persona»¹². La utilización del concepto y terminología del estatuto personal, es patrimonio muy extendido en la doctrina.

C) Hoy podemos llegar a la conclusión de que tal estatuto personal continúa subsistiendo como concepto, con una discutida pero cierta y propia entidad. «La subsistencia del 'estatuto personal', en sus líneas fundamentales, resulta mayoritariamente aceptada»¹³. El empleo indistinto de los términos estatuto personal y ley personal, supone, en la mayor parte de los casos, una continuación de la noción tradicional, si bien condicionada a los tiempos actuales y por tanto transformada en su régimen jurídico y en su esfera de aplicación.

3. Pese a la subsistencia del concepto, de lo que no cabe duda es de que, actualmente, el estatuto personal está atravesando una honda crisis que lo pone en trance de reforma. Podemos decir, que, en esencia, esta crisis presenta una doble esfera, un doble origen y una doble manifestación¹⁴.

A) La doble esfera crítica está centrada en que al estatuto personal le afecta, por un lado la crisis general, incluso metodológica, que hoy padece todo el Derecho internacional privado, y por

11. KEGEL (*Internationales Privatrecht*, München und Berlin, 1964, p. 150), dice que «soweit ein IPR Dinge, die eine Partei persönlich nahe angehen, an Staatsangehörigkeit, Wohnsitz, gewöhnlichen oder schlichten Aufenthalt anknüpft, spricht man vom «Personalstatut». Por su parte MAKAROV (*Grundriss des internationalen Privatrechts*, Frankfurt a. M., 1970, pp. 147 y ss.) también utiliza el concepto.

12. BATIFFOL (*Droit international privé*, 5.ª ed., T. II) resulta, en definitiva un defensor del planteamiento estatutario, pese a los cambios impuestos por las circunstancias actuales.

13. Es la misma postura que, con diferentes palabras (AGUILAR, *ob. cit.*, p. 20) viene sosteniendo gran parte de la doctrina. Ello representa un punto de vista muy extendido en la doctrina del siglo pasado, aunque siempre se ha reconocido que «la distinción entre las diversas especies de estatutos no basta para decidir los conflictos que pueden suscitarse entre las leyes de diversos Estados en materia de Derecho privado» (FOELIX, *ob. cit.*, p. 27). Lo importante, en definitiva, no es la terminología sino la esencia misma, por lo que en muchos supuestos, incluso un planteamiento legal, resulta discutido, como ocurre con el de nuestro C. Civil, anterior a la reforma de 1974 (*El Derecho internacional privado español anterior al C. c. de 1889*, Zaragoza, 1968, pp. XVII y ss.).

14. BATIFFOL, H., *Una crisis...*, *cit.*, p. 19, apunta que la razón de la crisis está en el subjetivismo jurídico del siglo XIX que ha decaído a fines del último siglo y principios de éste, aunque más adelante añade que hay otros factores que han influido de manera mucho más directa.

otra parte, la crisis particular que sufre el propio estatuto personal, fundamentalmente una crisis de naturaleza.

B) También entendemos que es doble el origen de la crisis del estatuto personal: hay un nuevo planteamiento del estatuto personal porque hay un nuevo concepto de la «persona» y hay también un nuevo planteamiento del estatuto personal que es consecuencia de nuevos planteamientos «económicos». La necesidad de «humanización» del estatuto personal se ha dejado sentir con gran fuerza en los últimos tiempos, pues una nueva concepción de la persona humana en relación al Derecho ha hecho su aparición. De otro lado, las necesidades del comercio actual, que ya habían afectado al estatuto personal en las posturas americanas, se encuentran ahora reforzadas por las nuevas concepciones socialistas del mismo.

C) En dos sentidos particularmente, se manifiesta esta crisis: por una parte, la ley personal que, anteriormente, se escindía entre los partidarios de la ley nacional y la ley domiciliar, hoy presenta nuevas conexiones a nivel general, como la de la residencia habitual; por otra, el contenido del estatuto personal se desgaja y la pretendida unidad del mismo, se rompe y aún amenaza con romperse más.

Hoy, en resumen, un nuevo concepto del estatuto personal, se está abriendo camino, un nuevo concepto basado, por un lado, en la protección de los intereses de la persona, y por otro, en la defensa de una cierta seguridad jurídica.

Porque ocurre que cuando parecía, después de un lento y azaroso proceso histórico, que la norma que regía el estatuto personal, había alcanzado una cierta fijeza y claridad, incluso en el sentido de GRAVESON de la concepción del hombre como un ser social en este aspecto, en torno al cual se producen relaciones muy estrechamente ligadas a él, he aquí que, como apunta RAEBURN, la ley personal aparece como condenada, no sólo por la dificultad del factor de conexión sino también por la falta de una materia propia sobre la cual pueda actuar la misma.

La ley personal, en su formulación básica, supone una oposición a los demás factores de conexión utilizados por la norma de conflicto, en cuanto no implica, por principio, una vinculación local. Esto ha supuesto que la ley personal, respecto de la cual se ha pretendido una mayor permanencia, haya resultado, en muchos casos, de una mayor movilidad, con lo cual se han producido una serie de anomalías, por la dificultad de conjugar los principios y la realidad.

II. LEY QUE RIGE EL ESTATUTO PERSONAL.

1. La determinación de la ley aplicable a las materias que constituyen el estatuto personal, se presenta como un problema de elección entre diversas conexiones ¹⁵:

A) En primer lugar hay que apuntar que, por principio, los diversos ordenamientos jurídicos, eligen conexiones laicas, las cuales, fundamentalmente son dos, la nacionalidad y el domicilio, aunque no se agotan aquí sus posibilidades, puesto que también la residencia o la residencia habitual y aún la mera presencia física del individuo son conexiones utilizables. La existencia de diversos criterios de conexión contribuye de forma decisiva a complicar el problema de la solución a los conflictos de leyes en el Derecho internacional privado, como muy certeramente apunta DE WINTER ¹⁶.

B) Pero también hay conexiones que, por su oposición a las anteriores, denominamos conexiones confesionales, basadas en la pertenencia a un determinado credo religioso, conexiones estas que, por otra parte, son patrimonio de muy pocos países, aunque el fenómeno de las conexiones laicas sea relativamente reciente como dice ELGEDDWAY ¹⁷.

2. Los criterios que utilizan los ordenamientos jurídicos para la determinación de la ley aplicable, obedecen:

A) En primer lugar, a una tradición y a una particular idiosincrasia, más antigua en el sistema domiciliario y más reciente en el sistema nacional, propio el primero de los países anglo-sajones y de los hispanoamericanos en general, y el segundo de los países europeo-occidentales en su mayoría ¹⁸.

B) En segundo lugar, también que apuntar a una considera-

15. Cuando BATIFFOL (*ob. cit.*, p. 20) plantea la cuestión de la crisis del estatuto personal, empieza por considerar la crisis del punto de conexión, lo que, con otras expresiones, es lo mismo que hacen otros autores.

16. WINTER, L. I. DE, *Nationality or Domicile? The Present State of Affairs*, R. des Cours, T. 128 (1969-III), p. 357.

17. ELGEDDWAY, A. K., *Relations entre Systèmes confessionnel et laïque en Droit international privé*, Paris, 1971, p. 4: «la laïcité, comparativement à la religiosité, est un phénomène relativement récent; elle reflète un aboutissement de la lutte du pouvoir étatique à l'encontre des prérogatives temporelles des Eglises».

18. En uno y en otro grupo de países se presentan excepciones y en determinados supuestos y mediante textos convencionales, se intenta una difícil conciliación de ambas conexiones (V. MIAJA DE LA MUELA, *Derecho internacional privado*, T. II, Madrid, 1970, pp. 175 y ss.).

ción sociológica y política, en virtud de la cual, los países de emigración, sostienen la ley nacional, mientras que los de inmigración, se inclinan por la ley domiciliar, en la teoría y en la práctica o, al menos, en esta última.

3. De estas apuntadas conexiones, nos referiremos, en primer lugar, a la ley nacional (o ley del Estado, como dice el art. 17 del Código italiano de 1942), no sólo porque es la adoptada por la mayoría de los grandes países europeos (Francia, Alemania, Italia, Suecia, Holanda, Grecia y, desde luego, España) sino también porque la aceptan ciertos países hispanoamericanos en su legislación y también Japón¹⁹.

A) Desde el punto de vista histórico, la nacionalidad como factor de conexión del estatuto personal, no aparece hasta tiempos relativamente recientes²⁰. Para la estatutaria, el factor de conexión fue el domicilio, lo que —según MIAJA— «se explica de manera genérica por su finalidad primordial de resolver conflictos entre disposiciones locales de territorios sujetos a una misma soberanía»²¹. Lo único que oponía a los estatutarios, era la determinación del domicilio, la elección entre el domicilio de origen y el domicilio actual.

Pero a comienzos del siglo pasado, se produce un cambio de consecuencias imprevisibles, incluso para los propios redactores del Código de Napoleón²². Tal cambio acontece con el párrafo tercero del artículo 2.º de dicho Código, que establece que «las leyes relativas al estado y a la capacidad de las personas, se aplican a los franceses, aunque residan en país extranjero». A partir de este texto, se produce una doble consecuencia: de una parte, los países, en este aspecto, quedan divididos entre aquellos que adoptan

19. Según la investigación llevada a cabo por el Centre for Foreign Law and Private International Law de la Universidad de Amsterdam (que cita DE WINTER) actualmente, hay unos 1.450 millones de individuos de países sometidos a la ley del domicilio, mientras que 1.600 millones están sometidos a la ley nacional y 350 millones pertenecen a países donde el principio de nacionalidad se aplica a los propios súbditos y el principio del domicilio a los extranjeros residentes en el país.

20. BATIFFOL, H., *La crisis...*, cit., pp. 20-21: «La nacionalidad ha surgido relativamente tarde como factor de determinación del estatuto personal; ha aparecido con el Código civil francés, en 1804. Anteriormente, en toda Europa continental, sólo el domicilio era tenido en cuenta para determinar el estatuto personal...».

21. MIAJA DE LA MUELA, A., *Derecho internacional privado*, II, p. 172.

22. Algunos autores recogen el pensamiento de BATIFFOL de que los redactores del art. 3 del Código de Napoleón no tuvieron idea exacta de la modificación sustancial que suponía la adopción del principio de la ley nacional.

el nuevo principio y aquellos otros que siguen fieles al principio domiciliario; de otra, y por la influencia francesa, el principio de la nacionalidad, inicia una marcha ascendente que dura hasta aproximadamente los primeros veinte años del siglo actual.

En los tiempos actuales, un cambio de circunstancias y de mentalidad, incluso en lo que concierne al mismo concepto del Estado²³ va a situar al principio de la nacionalidad en camino de regresión, no tanto por una vuelta al principio del domicilio como por la aparición de la nueva conexión de la residencia o residencia habitual.

B) Los argumentos esgrimidos en favor de la adopción del principio de la nacionalidad no resultan tan concluyentes como sus defensores los ven. Frente al argumento teórico de la «estabilidad» puede argüirse que ésta, en muchos casos, se da más en el domicilio y que, por otra parte, plantea numerosos problemas de carácter técnico. Frente al argumento manciniano de que la ley nacional se adapta mejor al temperamento de los súbditos, resulta indudable, aparte otras consideraciones, que el nacional domiciliado en otro país por largo tiempo, escapa a los condicionantes de su país de origen. En realidad son argumentos de carácter práctico los que se tienen en cuenta en los países que adoptan el principio de la ley nacional.

C) La aplicación de la ley nacional como conexión en relación al estatuto personal, presenta numerosos problemas técnicos.

En primer lugar debemos referirnos a los que aparecen en la relación entre la nacionalidad en el plano internacional y los conceptos de derecho interno que la predeterminan. Como dice FRANCESKAKIS, «dans le droit de tous les Etats modernes, l'attribution de la nationalité implique des nombreuses références à des concepts ou à des institutions du droit civil général, qui rentrent, en droit international privé, dans la notion de statut personnel»²⁴.

23. Dice AGUILAR, «Supranacionalidad y ciudadanía», *Rev. de la Univ. de Madrid*, V, XII, n.º 46, p. 302) que «el Estado burgués se apoderó de la Nación y la utilizó como principio de legitimidad que impuso la lealtad de los hombres. Fue un auténtico rapto de la Nación lo que perpetró el Estado burgués y lo hizo llevando en potencia el peligro de embarcarse en una navegación en la que se prescindiría de la Persona, de las comunidades naturales y de la Sociedad internacional... El Estado burgués... se encaraba con el Hombre y terminaría enfrentándose con la Humanidad».

24. FRANCESKAKIS, PH., *Les questions préalables de statut personnel dans le droit de nationalité*, p. 467). Son muy diferentes las situaciones en que se encuentran los diversos sistemas jurídicos a este propósito, desde aquellos que carecen de disposiciones al efecto hasta los que las tienen de carácter especial referidas a los problemas de Derecho internacional privado.

En segundo término hay que hacer referencia concreta a ciertos problemas que se presentan al determinar la ley nacional aplicable, problemas que resumidamente apuntados son los siguientes: 1) Los conflictos negativos de nacionalidad, es decir, la situación de apatridia o de personas carentes de nacionalidad; 2) Los conflictos positivos de nacionalidad es decir, aquellos supuestos en que un individuo posea dos o más nacionalidades que o bien pueden resultar de un sistema de nacionalidad plural, en cuyo caso generalmente los problemas se han resuelto por vía convencional o bien pueden resultar de defectos técnicos —lo que también puede producirse en el caso de apatridia— y que reclaman una solución por diferentes vías; 3) Los supuestos de una relación jurídica en la cual aparecen diversos individuos con nacionalidades distintas; 4) Los casos de cambio de nacionalidad y sus incidencias sobre tal conexión; 5) Los casos de sistema jurídico plural que igualmente, pueden producir cuestiones técnicas en muchos casos no bien resueltas.

D) Las manifestaciones que presenta la ley nacional como reguladora del estatuto personal, son fundamentalmente y expuestas de forma simplista, las siguientes:

a) La primera, es la que podemos denominar ley nacional fuerte y respondiente a la posición de MANCINI (aunque él mismo reconoció excepciones a favor del domicilio en el caso de ordenamientos plurilegislativos). MANCINI, como dice NADELMANN, «is considered the individual primarily responsible for the change and his name is identified with the proposition that the national law should govern status and capacity, family relations and succession»²⁵.

La doctrina de MANCINI, que dio la justificación teórica a la ley nacional introducida por el Código de Napoleón²⁶ podemos decir que conquistó no sólo a la mayoría de los Códigos sino también de la doctrina de la segunda mitad del siglo XIX. WEISS, AUDINET, DESPAGNET, BARTIN, LAURENT, DIENA, entre otros, aparte de los españoles, se mostraron partidarios de esta concepción²⁷.

25. NADELMANN, K. H., «Mancini's Nationality Rule and Non-Unified Legal Systems-Nationality versus Domicile», *The Ame. Journal of Comp. Law*, V. 17, num. 3 (1969).

26. BATIFFOL, H., *Droit International Privé*, Paris, 1970, T. I., p. 284.

27. FIORE llega a buscar la justificación del principio en una regla de tiempos del Emperador Adriano. Pero sin llegar a tales extremos, hay que reconocer que los argumentos que se utilizan en pro del principio de la nacionalidad son muchos, aunque no todos convincentes. Los autores alemanes, en general, son la excepción en el Continente europeo, unos porque siguen bajo

Podemos considerar que esta es la postura fuerte de la ley nacional no sólo porque las excepciones a su aplicación son escasas comparativamente hablando sino también porque el campo de aplicación de la misma es extraordinariamente amplio.

b) La segunda es la que llamamos ley nacional moderada, posición más tardía en el tiempo y que supone una aceptación del principio de la nacional no tan generalizada, un aumento del número de excepciones a su aplicación y una restricción, en definitiva, en su ámbito.

Esta postura, aunque parezca un contrasentido, se debe a consideraciones nacionalistas y aún diríamos que realistas, pues, pese a lo que pudiera parecer, la ley nacional no responde, en los países de fuerte inmigración, a los postulados nacionalistas. Por una parte, está el caso de los países hispanoamericanos. Por otra, algún país europeo, como Francia, en el cual se hallan asentados gran número de extranjeros.

Así, entre los primeros, el movimiento de algunos países en particular, ha ido desde el principio de la nacionalidad hasta la adopción del principio domiciliar, como ha ocurrido con Brasil a partir de 1942; posición esta que va siendo seguida por otros países de esta misma área. Por otra parte, también se ha mostrado partidario del cambio el Comité Jurídico Interamericano, a propósito de la revisión del Código de Bustamante²⁸.

En el caso de Francia, la reacción se produce a partir de la Primera Guerra Mundial, aunque sólo sea por la razón de la presencia en su territorio de más de cuatro millones de extranjeros. En este sentido, «recientemente se ha iniciado en Francia una tendencia favorable a la competencia de la ley del domicilio, haciendo salir el problema del terreno puramente jurídico para examinarlo desde el punto de vista político»²⁹.

c) La tercera postura es la que ya puede citarse como ley nacional en crisis, crisis acusada en general por la doctrina y que supone un paulatino abandono del principio de dicha ley nacional como reguladora del estatuto personal.

la influencia de Savigny y otros como reacción contra la tesis manciniana. La influencia de ésta, no obstante, fue decisiva igualmente en el plano legislativo, inspirando textos legales como el Código italiano de 1865 o trabajos en el plano convencional, concretamente en las Conferencias de La Haya, a partir de finales del siglo anterior.

28. ALFONSIN (*Teoría del Derecho Privado Internacional*, Montevideo, 1955, I, pp. 263 y ss.), atribuye la posición de los países hispanoamericanos y la de Francia a motivos distintos.

29. NIBOYET, J. P. (*ob. cit.*, p. 162). En este mismo sentido pueden ser citados otros autores franceses más recientes y aún la jurisprudencia del vecino país.

Los síntomas de esta postura, son los siguientes, resumidamente expuesto: 1') Los más antiguos corresponden, no sólo a la presencia de la ley domiciliar en los países anglosajones (que no deja de hacer sentir su influencia), sino a ciertas manifestaciones de cambio en países que anteriormente venían sosteniendo el principio de la ley nacional. Tal es el caso del art. 1 del Tratado sobre Derecho Civil, de Montevideo de 1889, que acepta el principio domiciliar³⁰, postura que se confirma posteriormente en 1940. No deja de ser reveladora, de igual forma, la postura híbrida que sustenta al efecto, el llamado Código de Bustamante; 2') Los más recientes se encuentran, tanto en América³¹ como en las Conferencias de La Haya. En estas Conferencias se va no ya a la adopción de un criterio domiciliar sino a la utilización de una nueva conexión, cual es la de la residencia habitual, criterio que, si por una parte supone un cierto acercamiento al domicilio³², por otra implica que se ha ido hasta el extremo y «en lugar de encontrar un término medio entre la nacionalidad, considerada como demasiado rígida por los anglosajones, y el domicilio, mirado por los continentales como muy inestable, se ha ido al extremo de la inestabilidad»³³; posteriormente veremos cómo esta tendencia se ha ido afirmando; 3') Finalmente, otro síntoma del resquebrajamiento de la ley nacional, como solución monolítica, está en el aumento de los ordenamientos que adoptan la regla del «interés nacional», lo que, en definitiva, supone una excepción al imperio de la ley nacional, cuando ésta es la que se considera como ley personal. Y no solamente a esta excepción queda reducido el cuadro, puesto que la doctrina señala otras al imperio de la ley personal, como son el reenvío de primer grado en ciertos casos, la excepción de orden público a la ley extranjera reguladora de la capacidad, la excepción de fraude a la ley en ciertos supuestos e incluso el denominado «estatuto desconocido»³⁴.

30. En los trabajos preparatorios, si por un lado se fue el criterio del domicilio, por otro ya se intentó la aplicación del criterio del país de residencia (*Tratados sancionados por el Congreso Sud-Americano de Derecho Internacional Privado*, B. Aires, 1889, pp. 121 y 131).

31. Ya anteriormente hemos hecho referencia a la actitud del Comité Interamericano de Jurisconsultos.

32. Convención para regular los conflictos entre la ley nacional y la ley del domicilio, de 15 de junio de 1955, art. 5.

33. BATIFFOL, H., *Una crisis...*, cit., p. 32.

34. La amplitud con que se consideren estas excepciones, repercute de forma decisiva en la normativa del estatuto personal. (AGUILAR B. DE LUGO, M., «Estatuto personal y orden público en el Derecho internacional privado español», R.E.D.I., V, XX, n. 2, abril-junio, 1967).

E) Por lo que respecta al ordenamiento español, aparte de los textos antiguos³⁵, se puede decir con MIAJA DE LA MUELA que «para la regulación del estado y capacidad de las personas, se abrió paso el imperio de la ley nacional, a partir del Real Decreto de 17 de octubre de 1851»³⁶. Los textos legales anteriores al Código civil³⁷, así como la jurisprudencia³⁸ se movieron en esta línea. Línea que se afirmó de forma rotunda en el artículo 9.º del Código civil³⁹, se continuó en todos los proyectos de reforma del mismo y se mantiene en la actualidad, tal como se expone en la Exposición de Motivos del Decreto que modifica el Título Preliminar del Código, al decir que «tiene la consideración de ley personal la determinada por la nacionalidad, aunque en determinadas hipótesis, por la falta del dato de la nacionalidad o por la urgencia en el establecimiento de medidas protectoras, entre en juego la ley de residencia habitual»⁴⁰.

35. La ley 1.ª, tít. 6.º, Libro 1.º del Fuero Real como después la ley XV, tít. 1.º, Partida 1.ª («todos aquellos que son del señorío del facedor de las leyes, sobre que las él pone, son tenudos de obedecer é guardar é juzgarse por ellas, é no por otro escrito de otra ley fecha en ninguna manera») son comentadas por E. BRAVO (*Derecho internacional privado*, Madrid, 1886, p. 41), diciendo que «del tenor literal de esta ley se desprende, que las leyes concernientes al estado y condición de las personas las siguen a cualquiera país donde se trasladen...».

36. MIAJA DE LA MUELA, A., *Derecho...*, cit., II, p. 179.

37. El R. D. de Extranjería, las Leyes de Enjuiciamiento Civil, el Código de Comercio, entre otros, son textos que acogen el principio.

38. Las sentencias de 6 de noviembre de 1867 y 27 de noviembre de 1868, así como las de 13 de enero de 1885, 12 de mayo del propio año y 26 de mayo de 1887, también siguen la misma línea.

39. Interpretado bilateralmente por constante jurisprudencia, salvo la sentencia de 12 de junio de 1904.

40. Ya, en los proyectos de Código civil, anteriores a 1889, se aceptó el principio de la ley nacional como ley personal: así, en el Proyecto de 1821, se estableció en el art. 25; en el proyecto de 1851, se recogió en el art. 7; en el proyecto de 1869, se estableció igual principio en el artículo 10; y finalmente, en el proyecto de 1882, se siguió en la misma línea, en el artículo 8. Con posterioridad a la publicación del Código civil, en los sucesivos proyectos de reforma del mismo, se ha mantenido también la ley nacional como ley personal para regir el estatuto personal. Así en el proyecto del Prof. Yanguas, de 1944, se disponía que las personas, la familia y las sucesiones se regirán: el estado, condición y capacidad de las personas, por su ley nacional, consagrándose el principio del interés nacional, aplicándose igualmente la ley nacional del marido a las relaciones entre los cónyuges, la ley nacional del padre a la filiación, la ley nacional del adoptante a la adopción y la ley nacional del causante a las sucesiones; en el posterior proyecto del Prof. Trias de Bés, la ley personal venía determinada igualmente por la nacionalidad para regir el estado y capacidad de las personas, los derechos y obligaciones de familia y las sucesiones mortis causa; en el proyecto de 1966 se disponía que se desarrollará el principio de la ley personal, determinada por la nacionalidad para las materias relativas a la capacidad y estado civil de las personas, relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, relaciones paterno-filiales, adopción, tutela y demás instituciones de protección del in-

Hoy podemos decir que en nuestro Derecho y precisamente por la entrada en juego de esta ley de «residencia habitual», la ley nacional sigue conservando una posición fuerte, aunque un tanto mediatizada.

4. El domicilio, como conexión para regir el estatuto personal, es una noción un tanto ambigua y no sólo en el ámbito internacional sino incluso dentro de ciertos sistemas internos, como es el caso del Derecho inglés donde «the concept of domicile... is not defined in any statute or other legislation» lo que ha llevado a una evolución a base de decisiones judiciales que incluso en los últimos tiempos ha supuesto un cambio considerable»⁴¹.

A) La tradición del domicilio, como conexión para regir el estatuto personal, es muy antigua. Prescindiendo de las diferencias en cuanto a si se debe aplicar la ley del domicilio de origen o la ley del domicilio actual, es lo cierto que BULLENOIS, RODENBURG, HERCIUS, FROLAND, HUBER, BOUHIER, los dos VOET, POTHIER y más tarde SAVIGNY y STORY, la adoptan como ley del estatuto personal⁴².

Después de su obscurecimiento en los países europeo-continetales, durante la segunda mitad del siglo pasado principalmente, un nuevo movimiento favorable a la ley domiciliar, se abre paso en la doctrina y aún en la jurisprudencia de ciertos países que incluso formalmente estaban adheridos a la ley nacional⁴³.

capaz, así como la sucesión mortis causa; en la Ley de Bases para la Reforma del Título preliminar del Código, publicada por ley 3/197» de 17 de marzo, se decía en la Base cuarta que «en el ámbito del Derecho internacional privado se desarrollará el principio de la ley personal determinado por la nacionalidad, de manera que comprenda la capacidad y estado civil de las personas, los derechos y deberes de familia y la sucesión hereditaria» según los criterios que se exponían a continuación.

El Decreto 1836/1974 de 31 de mayo, sanciona con fuerza de ley un nuevo texto articulado del título preliminar del Código civil; en el artículo 9.º, se regulan todas las cuestiones de estatuto personal a base de la nacionalidad, aunque supliéndola o completándola con la conexión de la residencia habitual, siguiendo las nuevas tendencias del Derecho internacional privado en la materia, como ya hemos apuntado.

41. BENTWICH, N., «Recent developments of the Principle of domicile in English Law», R. des Cours, T. 87, 1955-I, p. 123.

42. Como dice el Prof. MIAJA, ésta es la posición común de todos los estatutarios. Para GABBA es la postura de todos los autores medievales.

43. La duda doctrinal entre la nacionalidad y domicilio, como conexiones para regir el estatuto personal, podemos decir que empieza en 1914, cuando VALERY se pregunta si no es preferible, a la vista de las dificultades que lleva consigo la ley nacional, volver a la ley del domicilio. Y se acentúa el movimiento, cuando en 1928, se publican dos obras, la duodécima edición del Manual de NIBOYET y la primera del Précis de LEREBOURS-PIGEONNIERS, en

B) Los argumentos que la doctrina ha esgrimido en pro de la ley del domicilio, como protagonista del estatuto personal, son variados desde el punto de vista teórico.

Así, se aduce que la aplicación de la ley domiciliar se «adapta» mejor que la ley nacional a las necesidades del individuo que se encuentra inmerso en un determinado medio social, es decir, que favorece al interés individual, en su doble perspectiva del interés del individuo en particular (por serle más favorables, desde todos los puntos de vista, encontrarse sujeto a la ley del medio en que vive) y del interés familiar (más protegido cuando se trata de familias con miembros de nacionalidad diferente). De otra parte, también se arguye que favorece el interés social, puesto que asegura a quienes entran en relación con el extranjero domiciliado, es decir, como afirma BATIFFOL, se favorece el «crédito público».

Pero es lo cierto que son argumentos de carácter tradicional o de índole política y práctica, los que favorecen la utilización de la ley del domicilio. Y así, mientras en los países de fuerte emigración se mantiene, por lo general, el imperio de la ley nacional (con vistas a una influencia política), en los países de inmigración, se aplica la ley del domicilio, con vistas a una asimilación de la población extranjera.

C) Lo que ocurre con el domicilio es que también, al igual que con la nacionalidad, se plantean una serie de problemas de no fácil solución.

En primer lugar, ocurre que el concepto de domicilio, no está claramente determinado. En este sentido, dice AGUILAR que «para el Derecho internacional privado, acaso lo más importante sea determinar si en nuestra disciplina se puede proponer un «domicilio internacional», es decir, un domicilio «ad hoc», a efectos de la regulación de la vida privada internacional»⁴⁴.

A pesar de que autores como NASSBAUM, piensan que «el concepto de domicilio ha sido consagrado por el tiempo y es uni-

las que claramente se propone la vuelta a la utilización de la ley domiciliar. KOLLEWIJN, en 1929, se refiere a la «degeneración» de la ley nacional, en el mismo sentido.

En esta vuelta a la ley domiciliar, no se pueden naturalmente incluir a ciertos países que le permanecieron fieles, como son en Europa, la Gran Bretaña, Noruega, Dinamarca y en cierta medida Suiza, aparte de los Estados Unidos y todos los miembros de la Commonwealth, sin contar a algunos países hispanoamericanos como Nicaragua, Paraguay, Uruguay y Argentina.

44. AGUILAR NAVARRO, M., *Derecho civil internacional*, cit., pp. 35-6.

versal»⁴⁵, hemos de precisar que el mismo se interpreta de manera muy diversa en los distintos textos, pues como dice VIEIRA, «Las divergencias existentes entre las legislaciones y la doctrina sobre la noción del domicilio, acerca de cuales sean sus elementos constitutivos, hacen que sea absolutamente necesario efectuar un estudio relativamente detenido para tratar de desembarazar de este concepto, de una serie de elementos que dificultan la verdadera comprensión del mismo»⁴⁶. Y es que en realidad, hay una ausencia de reglas para determinar el concepto del domicilio, en el mismo sentido en que existen para determinar la nacionalidad⁴⁷.

Sin que sea aquí posible ni sea éste nuestro propósito, referirnos a los diferentes conceptos que del domicilio tienen los distintos ordenamientos internos, recordaremos que en ciertos textos convencionales, se han adoptado definiciones del mismo. Así ocurre con el art. 9 del Restatement of the Conflict of Laws, que dice que «El domicilio es el lugar con el cual una persona tiene establecida conexión para ciertos propósitos jurídicos, sea porque su hogar está allí o porque tal lugar le es asignado por la ley». En el mismo sentido, dice el artículo 5.º de la Convención de 15 de junio de 1955, de La Haya, para regular los conflictos entre la ley nacional y la ley del domicilio, que «El domicilio tiene el sentido en la presente Convención, de lugar donde una persona reside habitualmente, salvo que dependa del de otra persona o de la sede de una autoridad».

Otros muchos problemas plantea el domicilio, como son los de determinación del mismo, cambio de domicilio, unidad o pluralidad de domicilio⁴⁸, ausencia de domicilio y modalidades del domicilio, que los distintos ordenamientos jurídicos abordan en forma de principio u ocasionalmente cuando las cuestiones se presentan.

D) Actualmente podríamos considerar que se dan, expuestas de forma simplista, las siguientes manifestaciones en cuanto a los países que, de una forma o de otra, aceptan la ley del domicilio como reguladora de su estatuto personal:

45. NUSSBAUM, A., *Principios de Derecho internacional privado*, Buenos Aires, 1947, p. 151.

46. VIEIRA, M. A., *El domicilio en el Derecho internacional privado*, Montevideo, 1958, p. 41.

47. EHRENZWEIG, A. A., *Private International Law*, Leyden, 1967, p. 139.

48. Es el caso, por ejemplo, de la contraposición entre el ordenamiento germánico, que admite dos domicilios, y la mayor parte de los países que parten de la unidad de domicilio.

a) En primer lugar hay que citar a los países que, a este respecto, mantienen una posición domiciliar fuerte. Estos son aquellos países que o bien mantuvieron siempre el principio, como ha ocurrido con los anglosajones y con ciertos países hispanoamericanos o bien lo han aceptado posteriormente de manera formal, cambian su legislación, como es el caso de Brasil, citado anteriormente.

b) En segundo término hay que mencionar a los países que, también de manera formal, han llegado a una utilización de la ley domiciliar en conjunción con la ley nacional, aunque de forma que, a todas luces, resulta criticable. Es el caso de la U.R.S.S. para la cual se aplica la ley nacional a sus nacionales y la ley del domicilio a los extranjeros domiciliados dentro del país. A la misma postura se adhieren otros países hispanoamericanos⁴⁹.

c) En tercer lugar, hay que citar a aquellos países que si bien pertenecen al área de los que regulan su estatuto personal por la ley nacional, de facto y a través de su jurisprudencia, se van acercando a la ley domiciliar, sin por ello cambiar el principio. Esto ocurre generalmente con países de fuerte inmigración, cuyos textos legales se han quedado viejos o con países, donde circunstancialmente hay establecida una fuerte población extranjera con cierto carácter de estabilidad. Por otra parte, los procesos de integración supranacional, incluso en áreas donde los países que se integran siguen el principio de la ley nacional —como ocurre en Europa— conducen de forma paulatina a la adopción de la ley del domicilio para regir el estatuto personal⁵⁰.

E) En cuanto al sistema español, la regla general es que la nacionalidad carece de relieve en cuanto a los problemas que derivan del estatuto personal, pues es la ley nacional la que se considera como ley personal, según anteriormente hemos visto.

Sin embargo, no hay que desconocer que, en ciertos supuestos, el domicilio puede tener su incidencia. Así puede ocurrir con el supuesto de reenvío en el cual, el juez puede tomar en cuenta el domicilio en España de un extranjero, cuando su ordenamiento legal así lo establezca. También se toma en cuenta el domicilio, en el plano convencional, en los supuestos de doble nacionalidad

49. La doctrina no está de acuerdo, pero en general, podemos decir que México, Costa Rica, Ecuador, Perú, Honduras, Venezuela, Chile y Colombia, entran dentro de esta postura. Este sistema «intermedio» no puede, ser admitido y así la doctrina, lo critica.

50. WINTER, L. I. DE, *ob. cit.*, pp. 415 y ss.

como sistema, donde este concepto juega un papel decisivo⁵¹. También se tiene en cuenta como conexión en el caso de apatridia⁵².

Y es que como dice la Dirección General de los Registros y el Notariado, «el domicilio como lugar en que se estime se encuentra establecida legalmente una persona para el cumplimiento de sus deberes y el ejercicio de sus derechos tiene gran trascendencia dentro del campo jurídico»⁵³. Nosotros diremos que esta trascendencia, en relación al estatuto personal, es circunstancial y secundaria, por lo que al Derecho español respecta.

5. Finalmente, en cuanto a la tendencia actual en la solución del problema, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

A) En primer lugar, que si bien es cierto que la ley domiciliar gana terreno, lo es aún más que éste lo pierde la ley nacional, puesto que cada vez se están utilizando con mayor profusión otras conexiones, como es la de la residencia habitual.

En realidad, por una serie de razones, la noción de «residencia habitual» ha descartado prácticamente a la noción del domicilio en el moderno Derecho internacional privado⁵⁴.

La historia de la expresión «residencia habitual» no es, por otra parte, tan reciente, pues ya se utilizó en la primera Convención de La Haya sobre Procedimiento Civil en 14 de noviembre de 1896, lo mismo que posteriormente en la también Convención de La Haya sobre Tutela de Menores de 1902.

Lo que ocurre es que la substitución de un término como el «domicilio» que, en definitiva, supone un concepto legal, si bien diferente en los distintos ordenamientos jurídicos, por una expresión como la de «residencia habitual» que más bien aparece como una noción fáctica, no ha dejado de ofrecer resistencias.

Ha sido a partir de la reanudación de sus trabajos por la Con-

51. V. Convenio de doble nacionalidad entre España y Chile, de 24 de mayo de 1958, art. 3; Convenio sobre doble nacionalidad entre España y Perú, de 16 de mayo de 1959, arts. 3 y 4; Convenio sobre doble nacionalidad entre España y Nicaragua, de 25 de julio de 1961, art. 3; y así otros Convenios más, como el firmado con Bolivia (art. 3), etc.

52. R. de 21 de enero de 1970: «resultaría entonces que no ostenta ninguna nacionalidad y habría de aplicarse la misma ley española, pues la ley personal de los apátridas ha de ser la propia de su domicilio (cfr. artículo 96-3.º de la Ley de Registro Civil en relación con su Exposición de Motivos».

53. R. de la D.G.R.N. de 30 de enero de 1970.

54. WINTER, L. I. DE, *ob. cit.*, p. 423. Esta apreciación no deja de tener serias objeciones en la forma como está expresada, pues la «substitución», al menos todavía, no ha sido tan general, a menos que se piense solamente en la Conferencia de La Haya.

ferencia de La Haya, después de la Segunda Contienda Mundial, cuando la noción de «residencia habitual» se ha ido imponiendo.

En la Convención sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias respecto de los hijos, de 24 de octubre de 1956 (firmada por España en la misma fecha), se utiliza la ley de residencia habitual del hijo para determinar en qué medida y a quién puede el hijo reclamar alimentos (art. 1); en la Convención concerniente al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de obligaciones alimenticias respecto de los hijos, de 15 de abril de 1958 (ratificada por España en 11 de septiembre de 1973), también se acude al criterio de la residencia habitual para determinar la competencia de las autoridades que pueden dictar decisiones en materia de alimentos (art. 3); en la Convención concerniente al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de obligaciones alimenticias respecto de los hijos, de 15 de abril de 1958 (ratificada por España en 11 de septiembre de 1973), también se acude al criterio de la residencia habitual para determinar la competencia de las autoridades que pueden dictar decisiones en materia de alimentos (art. 3); en la Convención concerniente a la competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores, de 5 de octubre de 1961, se recurre igualmente a la Ley de residencia habitual del menor (art. 1); igualmente en la Convención concerniente a la competencia de autoridades, ley aplicable y reconocimiento de decisiones en materia de adopción, de 15 de noviembre de 1965, se utiliza la conexión de la residencia habitual (art. 1); en la Convención sobre el reconocimiento de divorcios y separación de cuerpos, de 1 de junio de 1970, también se apela a la residencia habitual del demandante o del demandado (art. 2); también en la Convención sobre la ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera, de 4 de mayo de 1971, se acude a la residencia habitual (art. 4); en la Convención sobre la administración internacional de sucesiones, de 2 de octubre de 1973, también se vuelve a utilizar la residencia habitual para ciertas competencias de autoridades (art. 2); en la Convención concerniente al reconocimiento y ejecución de decisiones relativas a las obligaciones alimenticias, de 2 de octubre de 1973, se recurre igualmente a la residencia habitual (art. 7); y finalmente, en la Convención sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, de 2 de octubre de 1973, también se aplica la ley por la residencia habitual (art. 4).

Esta realidad nos lleva a considerar que la actuación de la residencia habitual, como conexión, no se ha limitado solamente al campo del estatuto personal.

B) En segundo término, hay que tener en cuenta que, en ciertos casos, como ocurre con la concepción inglesa del domicilio de origen, bien distinta de la norteamericana, domicilio y nacionalidad no conducen a consecuencias tan dispares y aún podríamos decir que el domicilio inglés de origen está más cerca de la nacionalidad que del domicilio en el sentido usual del término, tal como lo utilizan la mayoría de los ordenamientos legales.

Hoy podemos decir que, en este sentido, se observa una tendencia en la doctrina a una combinación entre ambos principios, el de la nacionalidad y el del domicilio, lo cual, si difícil, no dejaría de reportar grandes ventajas. Como dice DE WINTER, la eliminación de la controversia entre el principio de la nacionalidad y el del domicilio facilitaría no solamente la unificación del conflicto de leyes en todos los aspectos y en particular con referencia al estatuto personal sino que al mismo tiempo facilitaría el reconocimiento de las decisiones de tribunales extranjeros, lo que implicaría incluso poder llegar a una ley comunitaria universal ⁵⁵.

C) En tercer lugar, que una parte de la doctrina, considera que, pese a todas las discusiones que la aplicación de una u otra ley al estatuto personal, ha promovido, el problema de la conexión «es, en el fondo, accesorio» ⁵⁶.

D) Por otra parte, la noción de «residencia habitual» es un concepto que ofrece, como el domicilio, muchas dificultades, pues no hay una manera general de entenderlo. Si en cierta ocasión, se propuso entender la expresión de acuerdo a lo que entendiéndose por la misma cada ordenamiento jurídico y, en su caso, el ordenamiento en cuestión, prontamente se reconoció que se trataba de una noción fáctica que no podía ser referida a un sistema jurídico determinado ⁵⁷.

E) En lo que respecta al ordenamiento español actual, sólo haremos la mención de que, de acuerdo a las nuevas corrientes, en el Título Preliminar reformado de nuestro Código civil, se ha acudido con cierta largueza a la expresión «residencia habitual», como ya anteriormente hemos apuntado.

55. WINTER, L. I. DE, *ob. cit.*, p. 493.

56. BATIFFOL, H., *Una crisis...*, *cit.*, p. 51. Pensamos que una cosa es que se puedan eliminar paulatinamente las divergencias o que se pueda llegar a soluciones unificadas y otra, bien distinta, que este problema carezca de una importancia primordial.

57. VII Sesión de La Haya (1951).

III. AMBITO DEL ESTATUTO PERSONAL.

1. El planteamiento general de la esfera de aplicación de la ley personal o del dominio de la ley personal, problema, en definitiva, de extensión del estatuto personal, es cuestión que, para muchos autores, como hemos anticipado, presenta más importancia que el de la determinación de la ley aplicable.

A) En cierto modo, lleva razón COUCHEZ, cuando considera que las dificultades no se solucionan con la determinación de la ley aplicable a una determinada materia sino que es preciso determinar cuál sea la materia misma, lo que, en realidad, envuelve un problema de calificación⁵⁸.

Una prueba de las dificultades que encierra la determinación de la esfera de aplicación de una cierta ley, la tenemos tanto en la falta de estudios anteriores sobre materias concretas, como en los intentos recientes de la doctrina, en el plano monográfico, en tal sentido⁵⁹.

B) Dos posiciones hay que acusar, en términos muy generales, respecto a este dominio o extensión del estatuto personal:

a) Para quienes continúan en una postura que podríamos calificar de estatutaria o para quienes abogan por una rehabilitación del estatuto personal, éste es muy amplio y o bien abarca todas las materias relacionadas directamente con la persona o bien llega aún más lejos y comprende ciertas relaciones patrimoniales conectadas con aquélla⁶⁰. En esta postura podemos considerar a AGUILAR⁶¹ y a BATIFFOL⁶².

b) Para quienes, podemos decir que desnuclearizan el estatuto personal, éste queda reducido a algunas cuestiones que, en términos generales, se refieren al estado y a la capacidad, aun-

58. COUCHEZ, G., *Essai de délimitation du domaine de la loi applicable au régime matrimonial*, Paris, 1972, p. 1. Saber, por ejemplo —dice este autor— que la capacidad de las personas se rige por la ley nacional, sólo es interesante en la medida en que se determina con precisión qué reglas son las que entran en la categoría «capacidad», lo cual puede entrañar dificultades de calificación, ya que pueden existir lazos con otras categorías.

59. Tal es el caso de G. WIEDERKEHR en la segunda parte de su obra sobre *Les conflits de lois en matière de régime matrimonial*, Paris, 1967.

60. En algunos autores se alarga tanto el estatuto personal que, los demás quedan reducidos a casi nada, particularmente el estatuto real.

61. AGUILAR NAVARRO, M., *Derecho civil internacional*, Madrid, 1973, p. 7.

62. BATIFFOL excluye solamente el régimen patrimonial del matrimonio, pero incluye en el estatuto real, las relaciones familiares.

que hay autores que excluyen esta última de dicho estatuto o al menos la denominada capacidad de obrar⁶³.

C) Dos grandes cuestiones plantea el estatuto personal en cuanto a su esfera de aplicación: la primera se refiere a la extensión, en abstracto, del propio estatuto; la segunda, a un problema que pudiéramos llamar de calificación concreta, por cuanto se trata de determinar si ésta o la otra materia, en particular, tienen virtualidad para entrar en el estatuto personal.

2. La extensión del estatuto personal no ha sido la misma en todos los momentos de la historia ni es la misma en todos los autores. Podemos decir que ha variado constantemente y que varía, en definitiva, de autor a autor.

A) La estatutaria, en sus diversas fases, ofrece distintas soluciones a las cuestiones concretas, pero dentro de una cierta perspectiva común. La estatutaria italiana, no se propuso una clara y exhaustiva distinción entre estatuto personal y estatuto real, más bien se llegó a una distinción sobre una base casuística sin que ni, incluso en Bártolo, se llegase a una clarificación deseable. Podemos decir que a todo lo largo de su historia, en los estatutarios, lucha una visión amplia del estatuto personal y una visión restringida que, en la estatutaria francesa, puede estar representada por la contraposición entre Dumoulin y D'Argentré. La evolución de la estatutaria, en la posterior escuela holandesa, restringe el ámbito del estatuto personal.

En los autores clásicos del siglo XIX, podemos igualmente contraponer dos tendencias: de una parte la que podemos llamar restrictiva, en Story, o moderada en Savigny⁶⁴; de otra la que se ha llamado versión «desorbitada» del estatuto personal, en Mancini, que lleva a este autor, a incluir en el estatuto personal (dentro de lo que considera Derecho necesario del extranjero), no sólo el estado y la capacidad de la persona sino también las rela-

63. Por entender, y es tendencia bastante generalizada, que la capacidad de obrar no puede ser regulada, en todos sus aspectos, por el estatuto personal. Se puede citar, como otra muestra de esta desnuclearización, según explica KEGEL en la *Rev. Critique*, la actitud del *Deutscher Rat für Internationales Privatrecht* que, al tratar de la reforma del derecho matrimonial en Alemania, lo hace sin tocar el estatuto personal y aplicando incluso distinta ley. Para KEGEL, en definitiva, el término «estatuto personal», en sentido objetivo, se determina por el D. internacional privado de cada Estado.

64. Pese a la crítica que hace Savigny, de los estatutos y su división, en cierto modo se conforma con tal teoría y de facto construye un cierto estatuto personal.

ciones de familia y el derecho sucesorio e incluso una parte del que tradicionalmente se venía conociendo como estatuto real.

B) En el momento actual, podemos distinguir dos grandes posiciones en la doctrina:

a) Por una parte está la de quienes sostienen la esencia del estatuto personal, como un conjunto más o menos armónico de materias, regidas por la misma ley personal. Entre sus autores, la extensión de este estatuto, se acopla a tres distintas tesis: 1') La más amplia, incluye en el estatuto personal, la capacidad y el estado de las personas, con todas sus consecuencias, más el Derecho de familia y el de sucesiones; 2') La postura intermedia, incluye las cuestiones de estado y capacidad, pero, aparte de excluir el Derecho de sucesiones, incluso en el Derecho de familia, hace distinguos y admite la aplicación de leyes diferentes, por entender que muchas de sus materias no entran propiamente en el estatuto personal; 3') La concepción restrictiva, está ya casi al borde de prescindir del estatuto personal, pues sólo incluye las cuestiones de estado de la persona y en parte las de capacidad, excluyendo cierta capacidad de este estatuto y desde luego, el régimen de las incapacidades.

b) Quienes expresa o tácitamente, consideran inexistente el estatuto personal (o entienden que éste ha desaparecido), en su versión tradicional, lo hacen por dos caminos: 1') Primero, el del rompimiento de la capacidad en diversas capacidades. Con ello, queda una capacidad, pretendidamente general (que, en realidad, es la excepción o se convierte en la excepción) y una serie de capacidades especiales que no se sujetan a la ley personal, como ocurre con la capacidad contractual o la capacidad nupcial. 2') En segundo término, por el de la desvinculación entre origen y efectos, en las diferentes relaciones jurídicas, sujetando el nacimiento o la constitución de tales relaciones, el estatuto personal y los efectos a una ley distinta.

c) A través de estos dos mecanismos, se va abriendo una brecha en el estatuto personal que nos obliga a preguntarnos qué es lo que, en el momento actual, está sucediendo con la extensión de este estatuto. ¿Es que está desapareciendo el estatuto personal como un núcleo de materias en torno a la persona?

Evidentemente hay que reconocer que el estatuto personal, en su contenido tradicional, está atacado. Por razón de nuevas necesidades y de nuevos planteamientos, el estatuto personal está sufriendo una cierta desintegración, desintegración que no proviene de un conflicto de reglas sino que cala mucho más hondo y responde incluso a un conflicto de sistemas, de principios, que

responde a una manera de entender el hombre y sus relaciones, distinta de la que venía imperando. La realidad es que actualmente, gran número de autores, estudian las distintas partes de lo que era el tradicional estatuto personal, sin hacer referencia a éste o sin hacerlas preceder de un estudio general y de conjunto ⁶⁵.

Pero, de la constatación de esta realidad, no podemos llegar a la conclusión de que el estatuto personal, como un conjunto de materias, más o menos amplio, regido por la misma ley, ha desaparecido. La dificultad se encuentra en el deslinde de la materia, pues, como dice BATIFFOL, someter una materia a una determinada ley y aplicar otra distinta a materias conexas con aquélla, origina graves problemas ⁶⁶.

Gran parte de la doctrina continental europea, suele empezar este estudio, expresa o tácitamente, con una consideración del estatuto personal. Los anglosajones, en muchos casos, al insistir sobre los principios de la ley domiciliar, adoptan igual postura de facto ⁶⁷.

3. En segundo lugar, otro problema que aparece en el estudio de la esfera de aplicación de la ley personal, es el que muchos autores consideran como de calificación en concreto de cada materia para entrar dentro del estatuto personal.

A) Nos referimos a la aptitud de las diferentes materias para formar o no, parte del estatuto personal, lo que ha de hacerse, partiendo de la idea que hemos anticipado, de que el estatuto personal es una construcción doctrinal, pues es norma general que los textos legales utilicen diversas expresiones, pero no concretamente ésta ⁶⁸.

B) A este efecto, y para mejor conseguir el propósito de reducir el estatuto personal a sus justos límites, hemos de seguir un mecanismo que, aproximadamente, sería el siguiente:

a) El método debe ser el tradicional de examinar la natura-

65. ¿Qué otra cosa significa el que DAYAN, en el *Juris Classeur*, haya dejado para un estudio posterior, el del estatuto personal en su conjunto y haya pasado a estudiar diferentes materias del mismo sino que estas materias se pueden estudiar sin unos principios comunes?

66. BATIFFOL, H., *Una crisis...*, cit., p. 37.

67. Esta es la línea que aparece en SOCINI, cuando estudia la filiación respecto al estatuto personal, y la que, igualmente, supone el estudio de BELLET y GOLDMAN, en el *Journal de Droit International*, respecto al divorcio y la separación, así como la J. FOYER y tantos otros, en el estudio de ciertas materias en particular.

68. Señalemos no obstante que en el art. 12, párrafo 1.º de la Convención de 1954 sobre apátridas, se emplea exactamente esta expresión.

leza de cada institución o cada materia, para determinar su pertenencia o no al estatuto personal y, en consecuencia, su sometimiento a la ley que rija este estatuto. De aquí resulta que, el examen y la conclusión a que se llegue, sobre tal naturaleza, es lo que condiciona su adscripción o su exclusión respecto al estatuto personal ⁶⁹.

b) La técnica utilizable, puede ser aproximadamente la que usa J.-Y. CHEVALIER para el caso particular de la filiación: la filiación es —dice— un elemento constitutivo del estado; el estado forma parte del estatuto personal; al estatuto personal le es aplicable —en Francia— la ley nacional; luego la filiación se regirá por la ley personal, ley nacional, en tanto que forma parte de dicho estatuto.

c) En definitiva: ¿Qué criterio calificador hay que seguir? Tenemos que responder que no hay un criterio uniforme y que cada autor, extiende o restringe el ámbito del estatuto personal —en el supuesto de que lo reconozca— con arreglo a su personal concepción, a los textos legales que considera y a la jurisprudencia de sus tribunales.

Como hemos visto, el estatuto personal plantea una amplia problemática. Si sólo hemos expuesto los puntos fundamentales y aún específicos del estatuto personal, no podemos dejar de apuntar que existen otros problemas técnicos que son una aplicación a este estatuto, de los que presenta la teoría general del Derecho internacional privado.

El que estos problemas reciban diversas soluciones, no es sino otra muestra de la problematicidad de este estatuto.

69. Es el método que explica LOUSSOUARN en el prólogo a la obra de L. TOPOR sobre la patria potestad.