

Recibido: 15.06.2006  
Aceptado: 30.06.2006

## **El criterio de la nacionalidad en la reforma del Derecho internacional privado español**

**Autores:** José Javier Ezquerro Ubero e Isabel Eugenia Lázaro González, Profesores de Derecho internacional privado. Universidad Pontificia Comillas de Madrid.

### **Resumen**

En el marco del debate sobre la reforma del Derecho internacional privado español, el trabajo pretende contribuir a clarificar el papel de la nacionalidad como criterio para la determinación de la ley aplicable. Se contrastan las ventajas e inconvenientes de la nacionalidad con los propios del domicilio o de la residencia habitual. Tratan de valorarse las consecuencias del aumento de la población extranjera en España y de la pertenencia de nuestro país a la Unión Europea. Se estudia, en particular, la reforma del artículo 107 del Código civil, que determina la ley aplicable a la separación y al divorcio.

*Palabras clave:* Derecho internacional privado. Ley aplicable. Ley nacional. Ley del domicilio. Ley de la residencia habitual. Inmigración. Unión Europea.

### **Abstract**

In the context of the current debate about the recent reform of Spanish Private International Law, this paper attempts to clarify what role nationality should play

when determining which law to apply. The advantages and drawbacks of nationality are contrasted with those of domicile and habitual residence. The importance of both the increasing number of foreigners and the position of Spain as a Member State of the European Union is also taken into account. The article places special emphasis on the recent reform of Article 107 of the Spanish civil code concerning the law applied in cases of separation and divorce.

*Key words:* Private International Law. Conflict of laws. Nationality. Domicile. Habitual residence. Immigration. European Union.

---

## I. Introducción

La doctrina ha iniciado hace unos años el debate acerca de la reforma del sistema español de Derecho internacional privado<sup>1</sup>. En el marco de ese debate es necesario precisar, en especial, el papel que debe jugar la nacionalidad en las futuras normas de conflicto<sup>2</sup>. Puntos de partida ineludibles para el análisis son, naturalmente, la reglamentación vigente, por un lado, y la jurisprudencia, por otro. Es en la práctica donde se han puesto de manifiesto las dificultades que suscita en ocasiones la aplicación de la ley nacional, y se ha producido ya, como consecuencia, alguna modificación normativa. Ha estimulado el cambio, y deberá tenerse en consideración en la reforma global del sistema, la nueva realidad sobre la que se aplica el Derecho internacional privado en España, que es además un Estado miembro de la Unión Europea. La intensidad de los movimientos migratorios, de diferente índole, que afectan a nuestro país, con el consiguiente aumento de la población extranjera, no puede ser ignorada. Tampoco debe dejarse de lado el proceso de elaboración de normas europeas de Derecho internacional privado.

Las páginas que siguen pretenden contribuir a la discusión doctrinal acerca de si conviene mantener o sustituir la nacionalidad como punto de conexión en el campo del estatuto personal. Se considera, en primer lugar, el papel que juega dicho criterio en nuestro sistema de Derecho internacional privado, recordando sus antecedentes

---

<sup>1</sup> GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D., "La reforma del sistema español de Derecho internacional privado", *Revista española de Derecho internacional*, (nº 2, 2000), 351-369; PALAO MORENO, G. Nota acerca de la Jornada sobre "La reforma del sistema español de Derecho internacional privado". *Revista española de Derecho internacional*, (nº 1, 2002), 520-522; PALAO MORENO, G. Nota acerca de las II Jornadas sobre "La reforma del sistema español de Derecho internacional privado". *Revista española de Derecho internacional*, (nº 1, 2005), 536-538; "Reforma del sistema español de Derecho internacional privado", *Revista electrónica de estudios internacionales*, (nº 9, 2005), [www.reei.org/](http://www.reei.org/).

<sup>2</sup> BORRÁS, Alegría y GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D., "La loi nationale à l'heure de la réforme du droit international privé espagnol" en *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*. París: Dalloz, 2005, 138.

históricos. Se pasa a continuación a valorar los argumentos favorables al uso de la nacionalidad y de sus alternativas, sopesando la incidencia del Derecho europeo. En tercer lugar, se destaca la reforma del artículo 107 del Código civil (en adelante, CC). Finalmente, se recogen unas propuestas de futuro.

## II. La ley nacional en el sistema español de Derecho internacional privado

### II.1. Antecedentes

El artículo 3 del Código civil francés de 1804 recoge, en uno de sus apartados, la regla siguiente: “Las leyes concernientes al estado y capacidad de las personas se aplican a los franceses, incluso cuando residan en país extranjero”. Frente a la tradición anterior, de acuerdo con la cual la ley aplicable al estatuto personal era la ley del domicilio, se utiliza por primera vez en la Historia del Derecho internacional privado el criterio de la nacionalidad. En la medida en que ha puesto fin a la diversidad legislativa anterior, parece natural que el “Código civil de los franceses” se aplique, en el ámbito del estatuto personal, a los franceses<sup>3</sup>. La regla, unilateral, será bilateralizada por la jurisprudencia, de manera que al extranjero le es aplicable la ley del Estado del que es nacional<sup>4</sup>.

La aplicación de la ley nacional va a recibir una justificación teórica, que asegura su éxito, en la obra de Pasquale Stanislao Mancini<sup>5</sup>. En el Estado nacional, las leyes se elaboran para la nación, a la vista de sus costumbres y temperamento, por lo que deben aplicarse siempre a los nacionales y sólo a ellos. Es fácil comprender el favor con el que una doctrina así va a ser acogida en la Europa del siglo XIX<sup>6</sup>. Para empezar, en la propia Italia: el Código civil de 1865 determina la aplicación de la ley nacional en materia de estado y capacidad, relaciones de familia, sucesión por causa de muerte y bienes muebles (artículos 6-8). Con posterioridad, la ley nacional es consagrada como ley aplicable al estatuto personal en numerosas legislaciones de Europa y otros continentes. Otros países, en especial los del mundo anglosajón, quedan al margen de la influencia de Mancini, y permanecen fieles al domicilio<sup>7</sup>. Se

<sup>3</sup> BATIFFOL, Henri y LAGARDE, Paul, *Droit international privé*. 7ª edición, Tomo II, París: LGDJ, 1983, 5 y 10.

<sup>4</sup> BATIFFOL, Henri y LAGARDE, Paul, *Droit international privé*. 7ª edición, Tomo I, París: LGDJ, 1981, 324; BATIFFOL-LAGARDE, Tomo II, o. c., 3. La ley civil es única para todos los franceses y, además, determina el estado de la persona en su totalidad (AUDIT, Bernard, *Droit international privé*. 3ª edición, París: Economica, 2000, 125).

<sup>5</sup> JUENGER, Friedrich K., “The national law principle” en *Mélanges Fritz Sturm*. Volumen II, Éditions juridiques de l’Université de Liège, 1999, 1521; BATIFFOL-LAGARDE, Tomo I, o. c., 275.

<sup>6</sup> Acerca de la idea de nación en el Derecho del siglo XIX, BUCHER, Andreas, “La famille en droit international privé”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international*, (volumen 283; 2000), 24-26.

<sup>7</sup> Los Estados anglosajones, como es sabido, no codifican su Derecho y en muchos casos son Estados pluri-legislativos, aspecto sobre el que más adelante se vuelve.

consagra así una escisión entre los Estados que aplican la ley nacional y los que siguen el criterio del domicilio, escisión que ha contribuido de manera decisiva a la particularización del Derecho internacional privado que hoy conocemos<sup>8</sup>.

## II.2. Derecho internacional privado español

Hasta 1889 no existe una regla legal de alcance general para la determinación de la ley aplicable al estatuto personal. La causa, bien conocida, es el retraso que sufre la codificación civil en España. No obstante, en la espera del CC, el criterio de la nacionalidad se introduce en ciertas disposiciones normativas y es acogido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Se utiliza por primera vez en el “Real Decreto determinando las condiciones de validez en España de los actos y contratos celebrados en el extranjero”, de 17 de octubre de 1851: en él se exige, en particular, que los otorgantes tengan aptitud y capacidad legal para obligarse con arreglo a las leyes de su país<sup>9</sup>. El requisito se recoge literalmente en el artículo 600 de la Ley de enjuiciamiento civil de 1881, que regula el valor en juicio de los documentos otorgados en otras naciones. El Código de comercio de 1885, por su parte, precisa que la ley aplicable a la capacidad para contratar del comerciante extranjero es la ley de su país (artículo 15).

Paralelamente, en la jurisprudencia se consolida la aplicación de la ley nacional al estatuto personal, incluida la sucesión por causa de muerte<sup>10</sup>. Se está así anunciando el contenido que el legislador va a dar a las reglas del CC.

El Código de 1889 concibe el estatuto personal a la manera italiana en sus artículos 9 y 10. De acuerdo con el primero, las leyes relativas a los derechos y deberes de familia o al estado, condición y capacidad legal de las personas, obligan a los españoles, aunque residan en país extranjero. El artículo 10 consagra la aplicación de la ley nacional del causante a la sucesión y de la ley nacional del propietario a los bienes muebles. En la redacción del artículo 9 es muy visible la influencia francesa<sup>11</sup>. El 10, en cambio, es de inspiración italiana. No obstante, en España, a diferencia de Francia e Italia, y en la medida en que el CC no pone fin a la diversidad legislativa, al

---

<sup>8</sup> Una dura crítica de esta situación en JUENGER, Friedrich K., “The problem with Private International Law” en *Private Law in the International Arena. Liber Amicorum Kurt Siehr*. La Haya: T.M.C. Asser Press, 2000, 308.

<sup>9</sup> Los textos históricos que se citan pueden consultarse en *Textos y materiales de Derecho internacional privado. Volumen I. Textos y documentos*. Universidad de Madrid. Facultad de Derecho. Servicio de Publicaciones, 1970.

<sup>10</sup> PUENTE EGIDO, José, *Derecho internacional privado español: Doctrina legal del Tribunal Supremo. 1841-1977*. Barcelona: EUNIBAR, 1981, 533 y ss. Es necesario destacar las sentencias de 6 de noviembre de 1867, 27 de noviembre de 1868, 6 de junio de 1873, 29 de enero de 1875, 13 de enero y 12 de mayo de 1885, 24 de mayo de 1886 y 26 de mayo de 1887.

<sup>11</sup> Se había manifestado ya en este punto la influencia del Código francés en el Proyecto de Código civil de 1821 y, sobre todo, en el Proyecto de 1851.

español no se le aplica *la* ley española, sino *una* de las leyes españolas (el Derecho común o un Derecho foral)<sup>12</sup>.

La reforma del Título Preliminar del CC, en 1974, trae consigo algunas modificaciones de importancia. En primer lugar, se da una redacción bilateral a la regla central de nuestro Derecho en este campo. El artículo 9.1, párrafo 1º queda redactado así: “La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte”. En segundo lugar, los bienes muebles pasan a regirse, como los inmuebles, por la ley de situación (artículo 10.1), con lo que el estatuto personal, aunque sigue siendo amplio, queda algo recortado. Por otra parte, la ley aplicable al contrato, en defecto de elección, es la ley nacional común de los contratantes (artículo 10.5), y a la donación le es de aplicación la ley nacional del donante (artículo 10.7).

Con posterioridad, debido a reformas de la legislación o a la entrada en vigor de convenios internacionales, la residencia habitual ha ido incrementando su presencia en el sistema español de Derecho internacional privado.

Ya el legislador de 1974 dispuso la aplicación de la ley de la residencia habitual para la adopción de medidas provisionales o urgentes de protección de los incapaces (artículo 9.6) y le dio el papel de criterio subsidiario en las obligaciones alimenticias (artículo 9.7), en los supuestos de apatridia o nacionalidad indeterminada y en determinados casos de doble nacionalidad (apartados 9 y 10 del artículo 9), así como en los contratos (artículo 10.5).

La residencia habitual aparece ahora, igualmente como criterio subsidiario, en lo que se refiere a los efectos del matrimonio, a la separación y al divorcio, y a la filiación y a las relaciones paternofiliales (artículos 9.2, 107 y 9.4, respectivamente). Como criterio alternativo se utiliza en el artículo 9.3 respecto de los pactos o capitulaciones por los que se estipule, modifique o sustituya el régimen económico del matrimonio. Y, finalmente, como criterio cumulativo se encuentra en materia de consentimientos, audiencias o autorizaciones para la adopción (artículo 9.4).

Como convenios internacionales mediante los que la residencia habitual se hace más presente en nuestro sistema conflictual cabe citar, en primer lugar, los convenios de La Haya de 5 de octubre de 1961, en materia de protección de menores, de 2 de octubre de 1973, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, que sustituye al artículo 9.7 del CC, y de 29 de mayo de 1993, sobre adopción internacional. En lo que afecta a los contratos, la entrada en vigor del Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, ha supuesto el desplazamiento, dentro de su ámbito de aplicación, de las soluciones contenidas en el CC. El Convenio se fija, allí donde resulta procedente, en la residencia habitual, y no concede ninguna relevancia a la nacionalidad.

---

<sup>12</sup> Es ésta una peculiaridad del Derecho internacional privado español, que no ha impedido que en nuestro país se mantenga el apego al criterio de la nacionalidad hasta nuestros días.

### III. La ley nacional y sus alternativas

Entre los puntos de conexión que cabe utilizar para la determinación de la ley aplicable, la nacionalidad resulta desde luego peculiar. Normalmente, la interpretación de los puntos de conexión de las normas de conflicto del foro se efectúa, como se sabe, con arreglo a la ley del foro. Este criterio no sirve, sin embargo, para la nacionalidad. Cada Estado decide quiénes son sus nacionales. El Derecho del foro únicamente permite determinar, entonces, si una persona goza de la nacionalidad del foro; para precisar la nacionalidad de un extranjero es imprescindible recurrir al Derecho extranjero.

Se pone así de relieve el carácter político de la nacionalidad, de acuerdo con el cual la aplicación de la ley nacional ha podido contemplarse como manifestación de la soberanía del Estado sobre sus nacionales<sup>13</sup>. Este punto de vista no se acomoda a la concepción actual del Derecho internacional privado como rama del Derecho privado, que se fija más en la relación jurídica que en la ley, que atiende más a la persona que al Estado<sup>14</sup>. En el vigente Derecho internacional privado, de raíz básicamente savignyana, no puede extrañar que el domicilio recupere prestigio, como punto de conexión, allí donde lo perdió. Superada la concepción según la cual el Estado pretende asegurar la aplicación de la propia ley sobre sus nacionales<sup>15</sup>, la nacionalidad debe encontrar una justificación en términos de proximidad o vinculación razonable entre la persona y el Estado. En muchos casos cabe constatar, efectivamente, un contacto significativo entre la persona y el Estado del que es nacional. La existencia del Estado no puede ignorarse, en definitiva, en Derecho internacional privado. Entre un nacional y un extranjero existe una diferencia objetiva. De ahí que quepa reconocer relevancia, en este ámbito, y hablando en términos generales, al hecho de que un Estado considere a una persona como nacional.

Pero antes de entrar en la discusión, conviene señalar que aparecen como puntos de conexión alternativos el viejo criterio del domicilio, por un lado, y la residencia habitual, por otro. Este último surge, impulsado muy especialmente en el marco de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, como puente entre la nacionalidad y el domicilio<sup>16</sup>. Frente a estos conceptos jurídicos, la residencia habi-

---

<sup>13</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Globalización y Derecho internacional privado*. Liberlibro.com, 2002, 210. Son los Estados de emigración los que han tenido especial interés, desde este punto de vista, en aplicar la ley nacional.

<sup>14</sup> BUCHER, o. c., 26-27.

<sup>15</sup> Si lo pretendiera, tendría que denegarse el reconocimiento y la ejecución de las sentencias extranjeras que no aplicaran la ley nacional a los nacionales o, por lo menos, que no llegaran al mismo resultado al que habría conducido la aplicación de la ley nacional. Sin embargo, este control de la ley aplicada es un requisito en claro retroceso en el Derecho internacional privado de nuestro tiempo. Nunca se ha contemplado en la legislación española, en particular, ni se ha practicado por la jurisprudencia de nuestro país (salvo durante una corta etapa, en la que el Tribunal Supremo lo introdujo, erróneamente, para el reconocimiento de sentencias de divorcio).

<sup>16</sup> Sobre la residencia habitual en el Derecho internacional privado de nuestro tiempo, GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D., "Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé", *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, (volumen 287, 2000), 220-222.

tual se presenta como un criterio fáctico: para determinar la residencia habitual basta con apreciar, a la luz de las circunstancias del caso, dónde se encuentra el centro real de la vida del individuo o de la familia. De este modo, pueden evitarse las dificultades propias de la nacionalidad, que exige aplicar la legislación del Estado que la otorga, y puede superarse la diversidad de criterios existente en Derecho comparado en cuanto al concepto de domicilio.

El domicilio está constituido, en principio, por un elemento de hecho, la residencia en un determinado lugar, y por un elemento psicológico, la voluntad de permanecer en él. Los legisladores han tratado de precisar cuándo existe esta voluntad, estableciendo incluso presunciones, lo que ha dado lugar, en efecto, a discrepancias entre los ordenamientos<sup>17</sup>. En algunos Derechos, por ejemplo, se exige el cumplimiento de requisitos de carácter administrativo para que una persona pueda considerarse domiciliada. El domicilio puede incluso llegar a regularse de forma que el concepto se aproxime al de nacionalidad, como ocurre respecto del “domicilio de origen” del Derecho anglosajón<sup>18</sup>.

Se van a presentar a continuación los argumentos favorables a la utilización de la nacionalidad y los favorables al uso del domicilio o residencia habitual<sup>19</sup>. Después se precisará la incidencia del Derecho europeo en esta discusión.

### III.1. Argumentos a favor de la nacionalidad

Elegir la nacionalidad como punto de conexión supone tomar en consideración el origen de la persona, e implica respetar los lazos existentes entre la persona y el Estado del que es nacional. Las leyes estatales recogen, sobre todo en ciertos ámbitos, una herencia cultural y religiosa, y reflejan la forma de ser, las costumbres y creencias de un pueblo. En el terreno del estatuto personal, que afecta a lo más íntimo de la vida jurídica de la persona, aplicar la ley nacional resulta entonces justificado. Se respeta así la identidad cultural y, en la medida en que se aplica a los miembros de cada grupo nacional su propia ley, se promueve la multiculturalidad de las sociedades de los Estados de inmigración<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> GONZÁLEZ CAMPOS, “Diversification,...”, o. c., 241-243.

<sup>18</sup> BUCHER, o. c., 35-36; AUDIT. O. c., 127. Sobre el concepto anglosajón de domicilio, por ejemplo, COLLINS, J. H. C., *The Conflict of Laws*. 6ª edición (MCLEAN, David y BEEVERS, Kisch), Londres: Sweet & Maxwell, 2005, 26-45.

<sup>19</sup> En España el domicilio se define como el lugar en que la persona tiene su residencia habitual (artículo 40 CC). Si se tiene en cuenta, además, que el legislador español utiliza la residencia habitual en las normas de conflicto, no el domicilio, podría limitarse el estudio a la contraposición entre nacionalidad y residencia habitual. No obstante, parece preferible mantener aquí una perspectiva más amplia.

<sup>20</sup> JAYME, Erik, “Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne”, *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, (volumen 251; 1995), 171-173, 252-253; DÉPREZ, Jean, “Droit international privé et conflits de civilisations”, *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, (volumen 211; 1988), 151-157, 200-216; GAUDEMET-TALLON, Hélène, “Nationalité, statut personnel et droits de l'homme” en *Festschrift für Erik Jayme*. Tomo I, Munich: Sellier, 2004, 208.

Desde este punto de vista, se considera que la nacionalidad responde normalmente a una situación de proximidad entre la persona y el Estado del que es nacional, mientras que no siempre existe un vínculo suficientemente estrecho entre la persona y el Estado del domicilio o de la residencia habitual. Ciertamente, en los casos en que la nacionalidad no refleja un lazo real entre persona y Estado y, como es natural, en los supuestos en que no puede utilizarse (las personas que intervienen en la relación tienen diferente nacionalidad, por ejemplo), debe ser sustituida por otro criterio.

La necesidad de aplicar la ley nacional se manifiesta particularmente cuando las diferencias entre los ordenamientos y, en consecuencia, entre los distintos grupos de población, son muy marcadas. En los “conflictos de civilizaciones”, como los que se plantean en el caso de los europeos establecidos en países de Derecho islámico, la aplicación de la ley del domicilio o residencia habitual sería, verdaderamente, inadecuada<sup>21</sup>. Si se pasa de esta “mirada hacia el exterior” a una “mirada hacia el interior”, parece que la conclusión, en principio, puede ser la misma: en Europa lo apropiado es la aplicación de su ley a los nacionales de dichos países, sin perjuicio de la utilización, si procede, del orden público del foro. Ésa es, además, la única manera de asegurar, en lo posible, el reconocimiento en el extranjero de las situaciones jurídicas si, como es habitual, en el Estado de origen se aplica la ley nacional.

Ha podido por eso afirmarse que la aplicación de la ley nacional favorece el logro de la armonía internacional de soluciones, y que la coordinación entre los sistemas laicos y confesionales exige dicha aplicación<sup>22</sup>. No obstante, los nacionales de países de Derecho islámico desean en ocasiones la aplicación del Derecho del país europeo en el que se encuentran establecidos: en tal caso, debe encontrarse también una solución subsidiaria, que puede consistir en dejar elegir al interesado<sup>23</sup>.

Junto a los anteriores argumentos, se manejan otros de índole práctica. Se considera, por una parte, que la nacionalidad goza de una estabilidad de la que carecen los otros puntos de conexión mencionados. Puesto que en el mundo de nuestros días

---

<sup>21</sup> El criterio del domicilio sólo opera sin dificultades graves cuando es suficiente el grado de comunidad jurídica entre los ordenamientos que entran en contacto. Sobre este punto, GAUDEMÉT-TALLON, o. c., 208-210; BUCHER, o. c., 89-90; MAYER, Pierre y HEUZÉ, Vincent, *Droit international privé*. 8ª edición. París: Montchrestien, 2004, 366. Para el caso de la población extranjera de Japón, NISHITANI, Yuko, “Mancini and the Principle of Nationality in Japanese Private International Law” en *Festschrift für Erik Jayme*. Tomo I. Munich: Sellier, 2004, 637.

<sup>22</sup> FOGLETS, Marie-Claire, “Le statut personnel musulman devant les tribunaux en Europe: une reconnaissance conditionnelle” en KAHN, Philippe (dir.), *L'étranger et le droit de la famille*. París: La documentation française, 2001, 45; NAJM, Marie-Claude, *Principes directeurs du droit international privé et conflits de civilisations*. París: Dalloz, 2005, 180-184.

<sup>23</sup> Sobre el papel de la autonomía de la voluntad, AUDIT, o. c., 132-133; BUCHER, o. c., 90-91; CARRIER, Jean-Yves, *Autonomie de la volonté et statut personnel*. Bruselas: Bruylant, 1992, 246 y ss; CARRASCOSA, o. c., 211; FOGLETS, o. c., 48 y ss; GAUDEMÉT-TALLON, o. c., 210-211; NISHITANI, o. c., 641. El uso de cláusulas correctoras permite también evitar la aplicación de un ordenamiento inadecuado: el juez descarta la aplicación de la ley designada cuando estima que la situación presenta vínculos más estrechos con un país dis-



el domicilio y la residencia habitual cambian con frecuencia, especialmente en ámbitos de integración como la Unión Europea, la permanencia del estatuto personal queda mejor parada si se utiliza la nacionalidad en las normas de conflicto.

Se afirma también, por eso, que la nacionalidad es un punto de conexión menos susceptible de manipulación que el domicilio o la residencia habitual. Su uso pone dificultades a fenómenos tan conocidos como el “turismo matrimonial” y “divorcial”.

La nacionalidad, por otro lado, es un punto de conexión de más fácil determinación, en términos generales, en la medida en que suelen estar regulados con precisión los criterios de atribución y medios de prueba de la misma. El domicilio, en cambio, puede plantear dificultades relacionadas con la prueba de la intención de permanecer en un determinado lugar o la fijación del momento en que se produce el cambio de domicilio de un Estado a otro. Estas ventajas se aprecian particularmente en el contraste de la nacionalidad con el domicilio anglosajón, antes mencionado. Tampoco la residencia habitual, en cuanto se trata de un criterio fáctico, está libre de incertidumbre.

Por razones como las comentadas, entre otras, la nacionalidad se mantiene como punto de conexión para el estatuto personal, a pesar de los argumentos favorables al cambio, en reformas recientes del Derecho internacional privado en países como Alemania, Japón, Italia o Bélgica<sup>24</sup>. Se introducen, eso sí, importantes modificaciones respecto de la reglamentación decimonónica. Más adelante se vuelve sobre la evolución del Derecho internacional privado en los países que aplican la ley nacional.

### III.2. Argumentos a favor del domicilio o residencia habitual

El contacto más natural entre una persona y un Estado parece que es, por otra parte, el que viene determinado por el domicilio o la residencia habitual, que son puntos de conexión más realistas, ajustados a la realidad de la vida de las personas que intervienen en las relaciones internacionales. La utilización de estos criterios en las normas de conflicto se acomoda, en este sentido, a la disminución del papel del Estado y al paralelo debilitamiento de la nacionalidad en el mundo actual, caracterizado por la aparición de movimientos de regionalización en el interior de los Estados y de procesos de integración supraestatales<sup>25</sup>. El domicilio y la residen-

---

tinto.

<sup>24</sup> SONNENBERGER, Hans Jürgen, “Introduction générale à la réforme du droit international privé dans la République fédérale d’Allemagne selon la loi du 25 juillet 1986”, *Revue critique de droit international privé* (nº 1, 1987), 14-15; NISHITANI, o. c., 636; PICONE, Paolo, “La riforma italiana del diritto internazionale privato”, *Revista española de Derecho internacional* (nº 1, 1996), 20-21; FALLON, Marc, “La nueva Ley belga conteniendo el Código de Derecho internacional privado”, *Revista española de Derecho internacional* (nº 2, 2004), 826-830.

<sup>25</sup> BUCHER, o. c., 32-33; KNOEPFLER, François y SCHWEIZER, Philippe, *Droit international privé suisse*. 2ª edición, Berna: Stämpfli, 1995, 192. Una buena prueba de la naturaleza del vínculo nacional ha cambiado es, sin duda, que el Derecho actual vea con buenos ojos las situaciones de doble nacionalidad. La nacio-

cia habitual se presentan, de este modo, como puntos de conexión más “liberales”<sup>26</sup>.

La nacionalidad puede ser un vínculo puramente formal, alejado de los hechos. Ocurre, en especial, en el caso de los inmigrantes, que pueden conservar su nacionalidad de origen, por diferentes razones, pero que desarrollan su vida esencialmente en el Estado de acogida, cuyo ordenamiento conocen mejor que el de su país de origen. La utilización del criterio de la nacionalidad puede conducir a la aplicación de leyes no previstas, que sorprende al interesado y a los terceros.<sup>27</sup> Puede dar lugar también a una paradoja: cuanto más integrado está el inmigrante en un Estado, más relaciones entabla en el mismo y, por tanto, más se le aplica la ley nacional<sup>28</sup>. La aplicación de la ley del domicilio o residencia habitual facilita, sin duda, la integración de los inmigrantes.

En los supuestos de personas expulsadas de su propio país o, en general, refugiados, la aplicación de la ley nacional resulta, indiscutiblemente, fuera de lugar.

La utilización de la nacionalidad como punto de conexión suscita, además, ciertas dificultades que requieren una decisión del legislador o de los jueces. Es necesario, en primer lugar, dar solución a las situaciones de doble nacionalidad, cada vez más frecuentes, y apatridia. Debe resolverse también el problema de la ley aplicable a las relaciones familiares en que intervienen personas con diferente nacionalidad<sup>29</sup>. El principio de igualdad impide que prevalezca injustificadamente la nacionalidad de una de las partes de la relación<sup>30</sup>. Desde un punto de vista más práctico, cabe añadir que la determinación de la nacionalidad no es siempre fácil en el caso concreto: Puede plantear problemas la prueba de los hechos que determinan la adquisición o pérdida de la nacionalidad, e incluso darse el caso de que la persona ignore su nacionalidad<sup>31</sup>.

---

nalidad pierde, de este modo, gran parte de su peso original como punto de conexión (MOSCONI, Franco, “A Few Questions on the Matter of International Uniformity of Solutions and Nationality as a Connecting Factor” en *Private Law in the International Arena. Liber Amicorum Kurt Siehr*. La Haya: T.M.C. Asser Press, 2000, 478-480).

<sup>26</sup> Se ha considerado, en este sentido, que la nacionalidad es un criterio paternalista y autoritario, mientras que el domicilio permite al individuo escapar de una ley personal que resulta perjudicial: la nacionalidad “rinde tributo a Leviatán”, el domicilio “permite a sus súbditos que escapen de sus garras y alcancen nuevas costas” (JUENGER, “The national...”, o. c., 1528-1529).

<sup>27</sup> CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Derecho internacional privado*. Volumen II, 6ª edición, Granada: Comares, 2005, 14; MAYER-HEUZÉ, o. c., 367.

<sup>28</sup> CALVO-CARRASCOSA, o. c., 14.

<sup>29</sup> Esta dificultad puede también aparecer cuando la norma de conflicto utiliza el criterio del domicilio o la residencia habitual, pero es menos frecuente, ya que normalmente los miembros de la familia tienen su domicilio o residencia en un mismo Estado.

<sup>30</sup> Así lo han declarado diversos Tribunales Constitucionales. Sobre los casos de Alemania e Italia, por ejemplo, PICCHIO FORLATI, Laura, “Critères de rattachement et règles d’applicabilité à l’heure de la protection des droits de l’homme en Europe”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, (nº 4, 2005), 919. También en España se ha declarado inconstitucional la conexión a la ley nacional del marido (sentencia del Tribunal Constitucional 39/2002, de 14 de febrero de 2002).

<sup>31</sup> MONEGER, Françoise, “L’applicabilité du droit international privé de la famille” en KAHN, Philippe

Las razones anteriores militan a favor de la aplicación de la ley del domicilio o residencia habitual. Estos puntos de conexión suelen preferirse también en los Estados plurilegislativos, puesto que cualquiera de ellos permite resolver sin dificultad el conflicto derivado de la coexistencia, dentro de las fronteras estatales, de diferentes ordenamientos. España se sitúa, en este aspecto, en una posición peculiar. Una vez que se decide usar la nacionalidad en las normas de Derecho internacional privado, la solución del conflicto interregional exige la utilización de otro criterio de conexión, la vecindad civil (artículo 16 del CC)<sup>32</sup>.

El domicilio y la residencia habitual han sido defendidos, igualmente, en la medida en que su utilización permite reducir los supuestos de aplicación de leyes extranjeras en el foro. Si se tiene en cuenta el contenido de las normas de competencia judicial, en especial el papel que juega en ellas el domicilio, puede concluirse que la ley del domicilio será con mucha frecuencia la ley del foro.

La nacionalidad conduce, por el contrario, a una frecuente aplicación de leyes de otros Estados, lo que comporta graves dificultades para los jueces y tribunales, sobre todo en los países de inmigración. Si no es el Derecho del foro el aplicable, las consecuencias son bien conocidas: debe determinarse el contenido del Derecho extranjero; el órgano jurisdiccional, supuesto un conocimiento razonable del Derecho extranjero, debe aplicarlo, pero nunca lo hará con la misma seguridad con la que aplica su propio Derecho; el error, en consecuencia, es más probable cuando el juez o tribunal aplica el Derecho de otro Estado. Todo ello redunda en una mayor duración y en un mayor coste de los litigios. Mala administración de la justicia, en definitiva. En los Estados de inmigración, esta justicia cara y lenta pesa con especial dureza sobre aquellos que constituyen el estrato inferior de la estructura social<sup>33</sup>.

Ante esta situación, los órganos jurisdiccionales recurren abundantemente a “mecanismos de escape”, sobre todo el orden público, o ignoran el elemento internacional de la situación, en ambos casos con el objetivo de aplicar finalmente el Derecho del foro<sup>34</sup>. ¿Tiene sentido la remisión a la ley nacional si, de hecho, en buen número de supuestos termina aplicándose el propio Derecho? ¿No se está poniendo así de relieve la inadecuación de la (pretendida) regla de aplicación de la ley nacional? Puede estar manifestándose, desde luego, la necesidad de una reforma legislativa<sup>35</sup>. Es lo que ha ocurrido en España en el caso del artículo 107 del CC, de cuya modificación más adelante se trata.

(dir.), *L'étranger et le droit de la famille*. París: La documentation française, 2001, 19 y 23.

<sup>32</sup> Desde otra perspectiva, puede añadirse que la solución a dar al problema de la remisión al Derecho de un Estado plurilegislativo se complica en los Estados que aplican la ley nacional: la norma de conflicto del foro no permite designar directamente el Derecho aplicable.

<sup>33</sup> JUENGER, “The national...”, o. c., 1535.

<sup>34</sup> JUENGER, “The national...”, o. c., 1531; MONEGER, o. c., 11.

La aplicación del Derecho del foro, por los diferentes caminos apuntados, puede obedecer también a la necesidad de reducir el grado de incongruencia que se alcanzaría de ser aplicadas con excesiva frecuencia leyes de otros Estados, en especial si se trata de leyes muy diferentes de las propias<sup>36</sup>. En realidad, no parece que sea razonable la aplicación de leyes extranjeras para la resolución de problemas de alcance básicamente local<sup>37</sup>, como los problemas jurídicos que afectan a los extranjeros asentados en el foro. Si se utiliza el criterio del domicilio o la residencia habitual se puede en tales casos evitar, como es obvio, la remisión al Derecho extranjero.

La inadecuación de la nacionalidad como punto de conexión se pudo comprobar, en ciertos ámbitos, en el caso Boll, que dio lugar a la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia de 28 de noviembre de 1958. La aplicación de la ley holandesa sobre protección de menores a una menor de nacionalidad holandesa, por ser hija de padre holandés, pero nacida en Suecia de madre sueca y residente en este último país desde su nacimiento, no fue respaldada por el Tribunal, a pesar de que era la ley aplicable, en principio, según el Convenio de La Haya de 12 de junio de 1902. Se ha visto, de este modo, impulsada la sustitución de la ley nacional, propia de los primeros convenios de La Haya, por la ley de la residencia habitual.

El resultado final del caso aludido es claro: se aplica la ley sueca en Suecia. La reducción de los supuestos en los que se aplica legislación extranjera, vistas sus ventajas, no tiene por qué escandalizar en un Derecho internacional privado que debe evolucionar, quizá, en la dirección de favorecer el reconocimiento de las resoluciones extranjeras por medio de una mejor regulación, entre otros aspectos, de la competencia judicial internacional<sup>38</sup>. Seguramente sirve para muy poco un sistema de normas de conflicto, teóricamente perfecto, que da lugar con excesiva facilidad, como consecuencia de un litigio o sin litigio, a situaciones claudicantes, reconocidas en uno o varios Estados pero no en otro u otros.

### III.3. Derecho europeo

El Tratado constitutivo de la Comunidad Europea prohíbe, dentro de su ámbito de aplicación, toda discriminación por razón de la nacionalidad (artículo 12). La doctrina ha discutido si, por aplicación de esa regla, infringen el Derecho comunitario las normas de conflicto estatales que se remiten a la ley nacional.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas declaró en la sentencia Johannes<sup>39</sup>, dictada en 1999, que el Tratado no se opone a la utilización de la nacio-

<sup>35</sup> FOLETS, o. c., 44-45.

<sup>36</sup> BUCHER, o. c., 87.

<sup>37</sup> REIMANN, Mathias, *Conflict of Laws in Western Europe. A Guide through the jungle*. Irvington: Transnational, 1995, 22.

<sup>38</sup> Acerca de este enfoque procesal del Derecho internacional privado, DE BOER, Th. M., "Prospects for European Conflicts Law in the twenty-first century" en *International Conflict of Laws for the Third Millennium: Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*, Ardsley: Transnational, 2001, 204-207.

nalidad como punto de conexión para determinar la ley aplicable a los efectos del divorcio. La razón, para el Tribunal, es clara: ni el Derecho internacional privado ni el Derecho civil forman parte, en lo que se refiere a los efectos del divorcio, del ámbito de aplicación del Tratado.

La argumentación anterior no es ya actual, sin embargo, en la medida en que la Comunidad Europea dispone ahora de una amplia competencia para la elaboración de normas de Derecho internacional privado. Una vez que la referencia a la letra del artículo 12 no basta para dar una respuesta, el problema debe ser abordado directamente. La opinión que prevalece, en este sentido, es la de que la nacionalidad puede seguir utilizándose, en aquellos sectores en los que su uso puede considerarse objetivamente justificado, en las normas de conflicto de los Estados miembros. Se trata de un punto de conexión cuya pertinencia parece clara, al menos en el campo del estado y capacidad de las personas, núcleo del estatuto personal, en un número importante de Estados miembros<sup>40</sup>.

Este criterio ha encontrado reflejo en los “libros verdes” presentados por la Comisión sobre sucesiones y testamentos, por un lado, y sobre asuntos de divorcio, por otro<sup>41</sup>. En ellos se contempla la posibilidad de que las futuras normas de conflicto comunitarias sobre sucesiones se remitan, por lo menos en ciertos casos, a la ley nacional, y se señala que en las futuras normas de conflicto comunitarias acerca del divorcio podrían utilizarse como puntos de conexión, entre otros, la nacionalidad común de los cónyuges y la última ley nacional común, si uno de los cónyuges aún la mantiene<sup>42</sup>.

Por otro lado, en la Propuesta de Reglamento sobre obligaciones alimenticias, presentada también por la Comisión, la ley nacional común de acreedor y deudor puede ser elegida por las partes como ley aplicable, en determinadas circunstancias (artículo 14), puede justificar la oposición a la reclamación en ciertos supuestos (artículo 15) y, además, la nacionalidad común de acreedor y deudor juega un papel central de cara a la determinación del país con el que la relación presenta los vínculos más estrechos, cuando la ley en principio aplicable no permite conceder los alimentos (artículo 13)<sup>43</sup>.

<sup>39</sup> Sentencia de 10 de junio de 1999. Asunto C-430/97. Ver especialmente apartados 26-28.

<sup>40</sup> Una defensa de la conexión nacionalidad, en el marco de la integración europea, puede verse, por ejemplo, en GAUDEMET-TALLON, o. c., 211.

<sup>41</sup> Las referencias de los documentos mencionados son las siguientes: COM (2005) 65. 1.3.2005; COM (2005) 82. 14.3.2005. En un terreno distinto, la Directiva 2002/83/CE, sobre el seguro de vida, que recoge en este punto el contenido de la Directiva 90/619/CEE, admite la elección de la ley nacional del tomador, como ley aplicable al contrato, siempre que se trate de una persona física que tenga su residencia habitual en un Estado miembro distinto del Estado miembro del que sea nacional (artículo 32). La transposición española de la regla se contiene en el artículo 108 de la Ley de contrato de seguro.

<sup>42</sup> El Grupo europeo de Derecho internacional privado ha elaborado una Propuesta de reglas sobre ley aplicable al divorcio y a la separación, en la que la ley nacional aparece como criterio subsidiario, respecto de la residencia habitual, y como una de las leyes que pueden ser designadas por los esposos como ley aplicable ([http://www.drt.ucl.ac.be/gedip/gedip\\_documents.html](http://www.drt.ucl.ac.be/gedip/gedip_documents.html). Documento 21, Viena, 2003.).

<sup>43</sup> COM (2005) 0649. 15.12.2005. Puede ser útil recordar que la adopción de medidas comunitarias en el ámbito del Derecho de familia requiere unanimidad en el Consejo, entre otras particularidades procedimentales (artículo 67 del Tratado). Los Estados miembros no desean el paso a la mayoría cualificada, por el momento, en este sector, el más delicado del Derecho privado. Debe destacarse, no obstante, que la Comisión ha dirigido una Comunicación al Consejo en la que le solicita que las medidas en materia de alimentos se adopten a través

Parece, por tanto, que en el Derecho internacional privado europeo la nacionalidad va a seguir utilizándose como punto de conexión. No resulta extraño, en la medida en que el proceso de integración sigue reposando sobre los Estados que componen la Unión<sup>44</sup>. Lo que no parece probable es que opere como criterio principal<sup>45</sup>.

Sea lo que sea de estas reglas proyectadas, y por lo que se refiere al momento actual, la aplicación de la ley nacional, como consecuencia del juego de las normas de conflicto estatales, debe respetar en el caso concreto el Derecho comunitario, particularmente las disposiciones del Tratado que reconocen el derecho a la libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión Europea (artículo 18).

Por lo que se refiere, concretamente, a la determinación del apellido, un obstáculo a la libre circulación puede surgir, por un lado, en el caso de la persona que goza de la nacionalidad de dos Estados miembros y tiene atribuidos diferentes apellidos de acuerdo con sus dos leyes nacionales. Es la situación contemplada en la sentencia García Avello<sup>46</sup>, en la que el Tribunal de Luxemburgo ha condenado, no la aplicación de la ley belga en sí misma, sino la práctica administrativa consistente en desestimar las solicitudes de cambio de apellido presentadas con la finalidad de que los hijos menores con doble nacionalidad belga y española puedan llevar en Bélgica el apellido que les corresponde conforme a la normativa española. Para llegar a dicha condena se combinan argumentos relacionados con la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad y con el estatuto de los ciudadanos de la Unión.

Puede aparecer también un obstáculo a la libre circulación cuando se aplica a una misma persona la ley de su nacionalidad y la ley de su domicilio en diferentes Estados miembros, con la misma consecuencia de disparidad de apellidos. Era la situación planteada en el asunto Standesamt Stadt Niebüll<sup>47</sup>. El Tribunal se ha declarado incompetente para responder a la cuestión prejudicial, por incumplimiento de los requisitos del artículo 234 del Tratado, pero en las conclusiones del Abogado General se apuntan los criterios que en otra ocasión podrían consagrarse en la jurisprudencia: una norma de un Estado miembro que no permita que un ciudadano de la Unión Europea obtenga el reconocimiento, con arreglo a las leyes de dicho Estado, del apellido con el que ha sido legalmente inscrito en otro Estado miembro, no es compatible con el derecho a la libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión.

---

del procedimiento legislativo del artículo 251 del Tratado (COM (2005) 648. 15.12.2005).

<sup>44</sup> Se ha dicho que la nacionalidad pierde significado como punto de conexión, una vez que las libertades de circulación quitan importancia a las fronteras y que la ciudadanía europea hace disminuir el papel de la nacionalidad de los Estados miembros (REIMANN, o. c., 22). Afirmaciones como ésta resultan ahora algo apresuradas. Obedecen, sin duda, al hecho, ya destacado, de que la nacionalidad no apareciera en los primeros textos del Derecho internacional privado europeo, que afectaban básicamente al Derecho civil patrimonial.

<sup>45</sup> LAGARDE, Paul, "Rapport de synthèse" en FUCHS, Angelika, MUIR WATT, Horatia y PATAUT, Étienne, *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*. París: Dalloz, 2004, 295.

<sup>46</sup> Sentencia de 2 de octubre de 2003. Asunto C-148/02.

Puede verse precisamente en el reconocimiento mutuo, entendido como reconocimiento de las situaciones creadas en otro Estado miembro, uno de los cauces a utilizar para suprimir esos obstáculos a la libre circulación<sup>48</sup>. En los dos asuntos mencionados, por otra parte, son los padres de los menores afectados los que piden el reconocimiento del apellido atribuido en otro Estado miembro. Un elemento adicional a considerar será, muy probablemente, la voluntad de los interesados. Con el objetivo de asegurar la libre circulación de los ciudadanos europeos puede ser necesario, en definitiva, matizar o incluso descartar la aplicación de la ley nacional.

Pero, en realidad, las afirmaciones anteriores valen para cualquier supuesto de aplicación de leyes estatales, hayan sido éstas designadas en virtud del criterio de la nacionalidad o en virtud de otro criterio. Los obstáculos a la libre circulación tienen su origen, en definitiva, en la diversidad jurídica existente dentro de la Unión Europea. Diversidad que debe mantenerse, en lo posible, de acuerdo con los principios de subsidiariedad (artículo 10 del Tratado de la Comunidad Europea) y respeto de la identidad nacional de los Estados miembros (artículo 6 del Tratado de la Unión Europea). En este marco caracterizado por la existencia de diferentes ordenamientos, debe quedar garantizada en todo caso la libre circulación, lo que puede exigir, como se ha comprobado, algunos reajustes en la solución del caso concreto. Si se considera oportuno, el legislador comunitario puede elaborar normas comunes de Derecho internacional privado para facilitar la consecución de los objetivos del proceso de integración.

#### IV. La reforma del artículo 107 del Código civil

La redacción actual del artículo 107 del CC se introdujo por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros<sup>49</sup>. La Exposición de Motivos de esta Ley afirma perseguir el objetivo de adecuar las instituciones civiles a las nuevas culturas que conviven en nuestro país, de manera que mejore la integración social de los inmigrantes en España y se les garanticen semejantes derechos que a los nacionales. Tras esta afirmación, la reforma encierra -como podrá verse- la limitación del juego de la ley nacional en materia de separación y divorcio en favor de la aplicación de la ley española.

<sup>47</sup> Sentencia de 27 de abril de 2006. Asunto C-96/04.

<sup>48</sup> El reconocimiento mutuo es uno de los elementos determinantes del futuro del Derecho internacional privado en Europa (LAGARDE, Paul, "Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, (Nº 2, 2004), 227).

El motor del nuevo texto del artículo 107 fue una Recomendación elevada por el Defensor del Pueblo al Ministerio de Justicia en mayo de 2002<sup>50</sup>. Cada vez resultaban más frecuentes los casos de mujeres extranjeras, sometidas a su ley nacional, que no obtenían una respuesta adecuada de nuestros tribunales al hacer éstos una interpretación restrictiva y literal del artículo 107. Concretamente el Defensor del Pueblo había detectado que la respuesta judicial a las mujeres de origen musulmán que deseaban separarse en España era diferente según el órgano judicial que conociera del caso. Esta jurisprudencia desigual, que estaba generando una inseguridad jurídica inaceptable, conduce a formular la siguiente recomendación:

“Para que, en la medida en que ese Ministerio de Justicia, tiene asignada la promoción legislativa dentro de la Administración General del Estado, pueda promover las reformas legislativas necesarias tendentes a la modificación del artículo 107 del Código Civil, de tal manera que contemple la posibilidad de que a elección de la parte demandante la separación o el divorcio pueda regirse también por la ley española y no exclusivamente por la ley nacional común de los cónyuges, cuando ambos residan en España”.

Sin embargo, el legislador no siguió al pie de la letra lo que recomendaba el Defensor del Pueblo. Se abordó la reforma, pero no se dio el juego pretendido a la autonomía de la voluntad del demandante, sino entrada a una aplicación casi sistemática de la ley española.

El actual artículo 107 tiene el siguiente tenor:

- “1. La nulidad del matrimonio y sus efectos se determinarán de conformidad con la ley aplicable a su celebración<sup>51</sup>.
2. La separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la ley de la residencia habitual común del matrimonio en dicho momento y, en defecto de ésta, por la ley de la última residencia habitual común del matrimonio si uno de los cónyuges aún reside habitualmente en dicho Estado.

En todo caso, se aplicará la ley española cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España:

---

<sup>49</sup> BOE núm. 234, de 30 de septiembre de 2003.

<sup>50</sup> Recomendación 43/2002, de 30 de mayo, para que se modifique el artículo 107 del Código Civil, con objeto de que los ciudadanos extranjeros residentes legales en nuestro país puedan elegir entre el derecho español o su derecho nacional a la hora de separarse o divorciarse (BOCG Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, 392).

<sup>51</sup> La doctrina en su conjunto ha dado la bienvenida a este apartado primero del artículo 107, que ha



- a) Si no resultara aplicable ninguna de las leyes anteriormente mencionadas.
- b) Si en la demanda presentada ante tribunal español la separación o el divorcio se pide por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro.
- c) Si las leyes indicadas en el párrafo primero de este apartado no reconocieran la separación o el divorcio o lo hicieran de forma discriminatoria o contraria al orden público”.

Además de la introducción en el apartado 1 de una norma de conflicto para determinar la ley aplicable a la nulidad matrimonial, se ha modificado el tercero de los puntos de conexión y se ha añadido un segundo párrafo a la regla sobre ley aplicable a la separación y el divorcio. Las tablas siguientes permiten apreciar el lugar que actualmente ocupa la nacionalidad común de los cónyuges como criterio de determinación de la ley aplicable.

DEMANDANTE					
		NACIONALIDAD ESPAÑOLA		NACIONALIDAD EXTRANJERA	
		Domiciliado en España	Domiciliado en el extranjero	Domiciliado en España	Domiciliado en el extranjero
DEMANDADO	NACIONALIDAD ESPAÑOLA	DOMICILIADO EN ESPAÑA		DOMICILIADO EN ESPAÑA	
		Ley española de la nacionalidad común	Ley española de la nacionalidad común	Ley española de la residencia habitual común	Ley extranjera de la última residencia habitual común si el extranjero aún conserva esa residencia  Ley española: – Si fuese la de la residencia habitual común ya que el español conserva aún su residencia en España. – Si no ha tenido residencia habitual común o si ninguno de los cónyuges conserva en ese Estado su residencia habitual – Si la separación o el divorcio son de mutuo acuerdo – Si la ley extranjera atenta contra el orden público
	DOMICILIADO EN EL EXTRANJERO	Ley española de la nacionalidad común	Ley española de la nacionalidad común	Ley extranjera de la última residencia habitual común si el demandado español aún conserva esa residencia  Ley española: – Si fue la de la residencia habitual común ya que el demandante conserva aún su residencia en España – Si no han tenido residencia habitual común o si ninguno de los cónyuges conserva en ese Estado su residencia habitual – Si la separación o el divorcio son de mutuo acuerdo	Ley extranjera de la residencia habitual común al tiempo de la demanda  Ley extranjera de la última residencia habitual común siempre que alguno de ellos conserve la residencia habitual en ese Estado  Ley española: – Si no es aplicable ninguna extranjera – Si la separación o el divorcio son de mutuo acuerdo – Si la ley extranjera atenta contra el orden público

DEMANDADO		DEMANDANTE			
		NACIONALIDAD ESPAÑOLA		NACIONALIDAD EXTRANJERA	
		Domiciliado en España	Domiciliado en el extranjero	Domiciliado en España	Domiciliado en el extranjero
NACIONALIDAD ESPAÑOLA		DOMICILIADO EN ESPAÑA	<p>Ley española de la residencia habitual común en el momento de la presentación de la demanda</p> <p>Ley extranjera de la última residencia habitual común si el demandante español aún reside habitualmente en ese Estado extranjero</p> <p>Ley española:                      - Si fuese la de la residencia habitual común ya que el español conserva aún su residencia en España.                      - Si no han tenido residencia habitual común o si ninguno de los cónyuges conserva en ese Estado su residencia habitual                      - Si la separación o el divorcio son de mutuo acuerdo                      - Si la ley extranjera atenta contra el orden público</p>	DOMICILIADO EN ESPAÑA	<p>Ley extranjera de la nacionalidad común</p> <p>Ley española:                      - Si el demandante y demandado no tienen nacionalidad común                      - Si la separación o el divorcio son de mutuo acuerdo                      - Si la ley extranjera atenta contra el orden público</p>
		DOMICILIADO EN EL EXTRANJERO	<p>Ley extranjera de la última residencia habitual común si el demandante aún reside habitualmente en ese Estado extranjero</p> <p>Ley española:                      - Si los esposos tuvieron en España su última residencia habitual común                      - Si no han tenido residencia habitual común o si ninguno de los cónyuges conserva en ese Estado su residencia habitual                      - Si la separación o el divorcio son de mutuo acuerdo                      - Si la ley extranjera atenta contra el orden público</p>	DOMICILIADO EN EL EXTRANJERO	<p>Ley extranjera de la nacionalidad común</p> <p>Ley extranjera de la última residencia habitual común si el demandado conserva en ese Estado su residencia habitual</p> <p>Ley española:                      - Si es la ley de la última residencia habitual común que el demandante aún conserva                      - Si es la ley de la residencia habitual del matrimonio                      - Si la separación o el divorcio son de mutuo acuerdo                      - Si la ley extranjera atenta contra el orden público</p>
NACIONALIDAD EXTRANJERA		DOMICILIADO EN ESPAÑA	<p>Ley española de la última residencia habitual común en el momento de la presentación de la demanda</p> <p>Ley extranjera de la última residencia habitual común si el demandante extranjero aún reside habitualmente en ese Estado</p> <p>Ley española:                      - Si fuese la de la residencia habitual común ya que el extranjero conserva aún su residencia en España.                      - Si no han tenido residencia habitual común o si ninguno de los cónyuges conserva en ese Estado su residencia habitual                      - Si la separación o el divorcio son de mutuo acuerdo                      - Si la ley extranjera atenta contra el orden público</p>	DOMICILIADO EN EL EXTRANJERO	<p>Ley extranjera de la nacionalidad común</p> <p>Ley española:                      - Si el demandante y demandado no tienen nacionalidad común                      - Si la separación o el divorcio son de mutuo acuerdo                      - Si la ley extranjera atenta contra el orden público</p>
NACIONALIDAD EXTRANJERA		DOMICILIADO EN EL EXTRANJERO	<p>Ley extranjera de la última residencia habitual común si el demandante aún reside habitualmente en ese Estado extranjero</p> <p>Ley española:                      - Si los esposos tuvieron en España su última residencia habitual común                      - Si no han tenido residencia habitual común o si ninguno de los cónyuges conserva en ese Estado su residencia habitual                      - Si la separación o el divorcio son de mutuo acuerdo                      - Si la ley extranjera atenta contra el orden público</p>	DOMICILIADO EN EL EXTRANJERO	<p>Ley extranjera de la nacionalidad común</p> <p>Ley extranjera de la última residencia habitual común si el demandado conserva en ese Estado su residencia habitual</p> <p>Ley española:                      - Si es la ley de la última residencia habitual común que el demandante aún conserva                      - Si es la ley de la residencia habitual del matrimonio                      - Si la separación o el divorcio son de mutuo acuerdo                      - Si la ley extranjera atenta contra el orden público</p>

Aunque el párrafo primero de este artículo 107.2 invoca la aplicación de la ley nacional común de los cónyuges para regir la separación y el divorcio de forma similar a como se hacía en su redacción anterior, su juego tendrá actualmente una operatividad menor. En caso de que uno de los cónyuges sea español o, siendo extranjero, resida habitualmente en España, se aplicará la ley española cuando la demanda de separación o el divorcio se pida por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro o si la ley extranjera de la nacionalidad común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda no reconociera la separación o el divorcio o lo hiciera de forma discriminatoria o contraria el orden público.

Por una parte, el legislador ha terminado imponiendo la aplicación de la ley española en los casos de separación o divorcio de mutuo acuerdo o si la demanda se presenta por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro. La solución no se justifica. Si los cónyuges tienen la misma nacionalidad, ¿por qué no pueden ajustarse a su ley nacional? Efectivamente, la aplicación de la ley española facilita la tarea de nuestros tribunales y la determinación del contenido del Derecho extranjero constituye una dificultad manifiesta en la jurisprudencia que hemos estudiado. No obstante, salvados estos escollos, acreditada suficientemente la ley extranjera cuya aplicación quieren los cónyuges, ¿por qué razón no se ha permitido su aplicación? Que la separación o el divorcio sean de mutuo acuerdo o contenciosos no resulta indicativo de un mayor o menor grado de vinculación de la situación internacional con un ordenamiento<sup>52</sup>. De esta forma, se ignora la necesidad de perseguir la armonía internacional de las soluciones como manifestación de la vocación de universalidad de los actos de Derecho internacional privado. España, como Estado de inmigración, no debería cerrar los ojos a la presencia de extranjeros que conservan el deseo de retorno a su país de origen y que mantienen una cierta vida jurídica en él, para los que no resulta conveniente perder la coherencia con su estatuto personal original<sup>53</sup>. A este fin respondía mejor la recomendación del Defensor del Pueblo, que dejaba un cierto papel a la autonomía de la voluntad en la determinación de la ley aplicable. Es cierto, como señala Ana Quiñones, que el uso facultativo de la *lex fori* por las partes o un uso emancipador por parte de la mujer debe ser sostenido por una buena asistencia jurídica que permita a los esposos sopesar la ruptura de los lazos con el país de origen en un contexto de inmigración<sup>54</sup>.

Por otra parte, se impone también la aplicación de la ley española frente a la ley extranjera de la nacionalidad común de los cónyuges en el momento de la presenta-

---

cubierto una tradicional laguna de nuestras normas de conflicto.

<sup>52</sup> CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, "Crisis matrimoniales", en CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier y CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, *Derecho de familia internacional*. 3ª ed., Madrid: Colex, 2005, 119.

<sup>53</sup> Sobre la armonía internacional de soluciones en el Derecho internacional privado de la familia, ver LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel, "Inmigración y derecho internacional privado español. Apuntes para un estudio", en RODRIGUEZ, Mª E. y TORNOS, A. (eds.), *Derechos culturales y derechos humanos de los inmigrantes*. Universidad Pontificia Comillas, 2000, 128-132.

ción de la demanda si tal ley no reconociera la separación o el divorcio o lo hiciera de forma discriminatoria o contraria el orden público. El sentido de esta excepción a la aplicación de la ley de la nacionalidad común tampoco resulta claro. Si el contenido de la regla no fuera otro que el establecimiento de una cláusula de orden público, la norma resultaría innecesaria ya que debería bastar con la cláusula general de orden público del artículo 12.3 del CC. Si, como creemos, el contenido de la regla es más amplio, se hacen necesarias algunas precisiones. No parece que quede excluida la ley extranjera de la nacionalidad común de los cónyuges por el hecho de que el ordenamiento extranjero no contemple el instituto de la separación o el divorcio cuando exista una posibilidad real de resolver la crisis familiar. Es decir, la ley alemana, que no regula la separación judicial del matrimonio, no se excluiría para sustituirla por la ley española en el caso de que uno de los cónyuges presentara en España una demanda de separación. Cuando la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife se ha visto en esta situación, acertadamente, ha indicado a los cónyuges alemanes que presenten demanda de divorcio<sup>55</sup>. Tampoco se acudiría a la ley española si la ley extranjera no reconociera la separación o el divorcio en el caso concreto, excepto si esa falta de reconocimiento resultara de una discriminación contraria al artículo 14 de la Constitución. No hay, pues, un derecho al divorcio con arreglo a la ley española, derivado del artículo 32 del mencionado texto constitucional, pese a los razonamientos que recoge cierta jurisprudencia.

La reforma del artículo 107.2 ha sido criticada por el legeforismo que deriva de su segundo párrafo y que claramente reduce el campo de la nacionalidad como criterio de determinación de la ley aplicable en el sistema español de Derecho internacional privado.

## V. Propuestas de futuro

En el estado actual del Derecho internacional privado, no es posible dar una respuesta definitiva al problema de la elección del criterio más adecuado para la regulación del estatuto personal<sup>56</sup>. Se aducen argumentos muy serios tanto en favor de la nacionalidad como del domicilio o de la residencia habitual. En los Estados que en el siglo XIX adoptaron la nacionalidad, y que ahora son Estados de inmigración, las propuestas dirigidas a sustituir ese punto de conexión por el domicilio o la residencia habitual no han tenido éxito, hasta el momento<sup>57</sup>. La nacionalidad aparece como fénix siempre preparado para renacer de sus cenizas<sup>58</sup>. Es verdad que en las reformas

<sup>54</sup> Note, *Revue critique de droit international privé*, (nº 4, 2004), 786.

<sup>55</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª) de 28 de junio de 2004 (JUR 2004\197461).

<sup>56</sup> QUIÑONES ESCÁMEZ, Ana, "Inmigrantes de países islámicos: ¿qué derecho de familia?" en GARCÍA CASTAÑO, F. Javier y MURIEL LÓPEZ, Carolina, *La inmigración en España*. Volumen II, Granada: Universidad de Granada, 2002, 321.

<sup>57</sup> Un planteamiento más amplio en BUCHER, o. c., 41.

recientes se recorta su campo de aplicación, y se ve acompañada de otros criterios, pero la nacionalidad, efectivamente, resiste, sobre todo en ciertos sectores en los que resulta difícil prescindir de ella<sup>59</sup>.

El mantenimiento de la nacionalidad puede sorprender, en la medida en que, en un momento histórico alejado del nacionalismo decimonónico, prolonga la división entre los Estados de la nacionalidad y los del domicilio. Parece, por otra parte, que no se aprovechan suficientemente los esfuerzos desplegados en la Conferencia de La Haya para conciliar nacionalidad y domicilio a través de la residencia habitual. Aparte de otros argumentos, ya mencionados, la resistencia de la nacionalidad en las normas de conflicto puede obedecer al peso de la tradición a la hora de afrontar una modificación legislativa<sup>60</sup>.

Los profesores Borrás y González Campos proponen, en el marco del debate sobre la reforma del sistema español de Derecho internacional privado, utilizar la nacionalidad como punto de conexión para el estatuto personal, pero con un alcance más reducido que el actual<sup>61</sup>.

En cuanto a las situaciones individuales, sugieren someter a la ley nacional de la persona, en primer lugar, el comienzo y el fin de la personalidad, la ausencia y la declaración de fallecimiento, el nombre y apellidos, la existencia y el contenido de los derechos de la personalidad, la capacidad y la incapacitación. En cambio, la ley de la residencia habitual debe aplicarse a la protección de menores y mayores, sin perjuicio de la aplicación o toma en consideración, en lo que se considere necesario, de las leyes de otros Estados con los que la situación presente un vínculo estrecho, por ejemplo la ley nacional o la ley del lugar de situación de los bienes de los que sea titular la persona afectada.

Por lo que se refiere al matrimonio, los autores citados distinguen los efectos del matrimonio, por un lado, y la separación y el divorcio, por otro. En lo relativo a los efectos generales del matrimonio proponen que se permita elegir como ley aplicable la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de las partes. Para el régimen económico del matrimonio, el marco de elección debe incluir también la ley que rige los efectos del matrimonio. En defecto de elección, se aplicarían las siguientes leyes, por el orden en que se enumeran: ley nacional común en el momento de la celebración, ley de la primera residencia habitual común y ley del Estado con el que la vida conyugal presenta los vínculos más estrechos.

En lo que respecta a la separación y al divorcio, consideran oportuno admitir una posibilidad limitada de elección por las partes de la ley aplicable, en primer lugar. A

---

<sup>58</sup> PICCHIO FORLATI, o. c., 918.

<sup>59</sup> Parece que se imponen, en cualquier caso, el abandono definitivo de la concepción unitaria del estatuto personal y, así, la búsqueda del punto de conexión más apropiado para cada categoría de relaciones (NISHITANI, o. c., 640).

<sup>60</sup> BORRÁS-GONZÁLEZ CAMPOS, o. c., 140-141. Sobre el conservadurismo jurídico, en este punto, JUENGER, "The national...", o. c., 1523.

falta de elección, entienden que pueden aplicarse las reglas atinentes a los efectos del matrimonio, modificando el momento en el que se aprecia la conexión y sustituyendo la remisión final por una remisión a la ley del foro. Podría aplicarse, en cualquier caso, la ley española, según el modelo vigente en el artículo 107 del CC, siempre que la ley extranjera designada no prevea la separación o el divorcio o cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España.

Para el establecimiento de la filiación, según los profesores Borrás y González Campos, y de acuerdo con el principio *favor filii*, convendría recurrir a la técnica de las remisiones alternativas: ley nacional del hijo en el momento del nacimiento, ley nacional del padre o de la madre en el mismo momento, ley nacional o de la residencia habitual del hijo en el momento de la reclamación. La misma ley que se aplica al establecimiento de la filiación debe regir las relaciones paternofiliales.

Finalmente, sugieren mantener la remisión a la ley nacional en el caso de la sucesión por causa de muerte, si bien admitiendo que el causante pueda elegir la ley aplicable en dos casos: en general, y respetando las legítimas de la ley nacional, puede elegir la ley de la residencia habitual; respecto de los bienes inmuebles situados en España, la ley española.

No faltan propuestas, sin embargo, favorables a un cambio más radical. Desde el punto de vista de la adecuación a la nueva situación demográfica española, algunos han propuesto la sustitución de la nacionalidad por la residencia habitual en un marco caracterizado también por la utilización de otras técnicas, particularmente el reconocimiento de un amplio margen a la autonomía de la voluntad<sup>62</sup>.

Los resultados, todavía muy provisionales, de esta discusión doctrinal deben permitir al legislador tomar, en su momento, la decisión que responda más adecuadamente a los retos de la sociedad española de nuestros días.

<sup>61</sup> BORRÁS-GONZÁLEZ CAMPOS, o. c., 142-152.

<sup>62</sup> ABARCA JUNCO, Paloma, "La regulación de la sociedad multicultural" en CALVO CARAVACA, A.L. e IRIARTE ÁNGEL, J.L. *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*. Madrid: Colex, 2000, 167-168; RODRÍGUEZ BENOT, Andrés, "Tráfico externo, Derecho de familia y multiculturalidad en el ordenamiento español" en *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2002,

