

José Carlos Fernández Rozas, "Artículo 9, apartado 10 del Código Civil: ley aplicable a los individuos que carecen de nacionalidad o la tienen indeterminada", *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, eds.), t. I, vol. 2, Madrid, Edersa, 1995. pp. 429-479. ISBN: 84-7130-826-6 / 84-7130-216-0.

LEY APLICABLE A LOS INDIVIDUOS QUE CARECEN DE NACIONALIDAD O LA TIENEN INDETERMINADA: ARTÍCULO 9, APARTADO 10 DEL CÓDIGO CIVIL

José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ÁMBITO SUBJETIVO DEL PRECEPTO. 1. La situación de apátrida y sus vías de reducción: A) Las situaciones de apatridia y el denominado « conflicto negativo de nacionalidades»; B) Causas de la apatridia; C) Cauces internacionales para la reducción de la apatridia; D) Cauces internos para la reducción de la apatridia. 2. Estatuto del apátrida. 3. Prueba de la apatridia. III. ÁMBITO MATERIAL DEL PRECEPTO. IV. PRECISIÓN DE LA CONEXIÓN. 1. Soluciones en presencia: A) Antecedentes del problema; B) «Lex domicilii»; C) Ley de la última nacionalidad del apátrida; D) Ley de la residencia habitual; E) «Lex fori». 2. La solución en el proceso de reforma del Título Preliminar de 1974: A) Precedentes de la práctica y de la doctrina españolas; B) Referencia al proceso de elaboración del artículo 9, 10.º, del Código civil; B) El caso « Swinkels c. Swinkels»; C) Aplicación del artículo 9, 10º, por los Tribunales y Autoridades españoles. V. CONSIDERACIONES FINALES:

.....

10. Se considera como ley personal de los que carecieren de nacionalidad o la tuvieren indeterminada, la ley del lugar de su residencia habitual¹.

.....

I. INTRODUCCIÓN

La ley rectora del estatuto personal del apátrida ha ofrecido un cierto interés desde la perspectiva dogmática y en algunas etapas históricas una notable importancia práctica. En la actualidad, sin embargo, el precepto que se comenta constituye un residuo de los sistemas de Derecho internacional privado que, como el español, mantienen la ley nacional como conexión dominante de un amplio catálogo de relaciones jurídicas; por descontado, los modelos de la

¹ BIBLIOGRAFÍA:

A) Española: M. Aguilar Benítez de Lugo, «Artículo 9, apartados 1.º al 10», en Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, vol. I, Madrid, Edersa, 1978, págs. 197–199; Id., «La reforma del artículo 9 del Código civil español», en R. F. D. V. C. M., número 47, 1973, págs. 315–353, especialmente págs. 345–348; J. C. Fernández Rozas, «Sobre la ley rectora del estatuto personal del apátrida» en A. E. S. J., vol. VIII–IX, 1979–80, páginas 27–76; Id., «Sucesión en el tiempo de la norma de conflicto y ley rectora del estatuto personal del apátrida», en Boletín del Departamento de Derecho Político e Internacional (U. N. E. D.), núm. 3, 1979, págs. 49–72; E. Pérez Vera, «Artículo 9, 10.º», en Comentarios a las reformas del Código civil, vol. I, Madrid, Tecnos, 1977, págs. 495–499; Id., Derecho internacional privado. Parte especial, Madrid, Tecnos, 1980, págs. 82–86; M. Virgos Soriano, «Artículo 9, 10.º», en Comentario del Código civil, t. I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, págs. 101–103.

B) Extranjera: A. Cassese, «Per la determinazione dello “statuto personale” di rifugiati e dell'apolide», en Riv. dir. int., vol. XLVII, 1964, págs. 50–60; G. Conetti, «Norme di conflitto uniformi sullo statuto personale di rifugiati e apolidi e diritto internazionale privato italiano», en Studi in onore di Manlio Udina, t. II, Milán, 1975, págs. 984 y ss.; A. Ferrer Correia, «O estatuto pessoal dos plurinacionais e dos apólides», en Revista de Direito e de Estudos Sociais, 1947–48, págs. 73 y ss.; A. Malintoppi, «La residenza comune degli apolidi comme criterio de collegamento», en Riv. dir. int., vol. XL, 1957, páginas 578–584.

codificación nacional e internacional que mantienen conexiones de carácter territorial desconocen una norma de este tipo. Sentado esto, el debate doctrinal a que ha dado lugar esta materia merece una reflexión, pues ha constituido una de las más significativas polémicas del Derecho internacional privado clásico: la polémica acerca de la conexión determinante del denominado «estatuto personal». En concreto, la quiebra de la conexión nacional en los supuestos de apatridia ha sido tradicionalmente utilizado por sus detractores para situar en un primer plano la *lex domicilii* (2). También en el problema expuesto incide otra de las cuestiones más debatidas en la doctrina del Derecho internacional privado de los últimos años: el de la extensión o amplitud del denominado «estatuto personal», que en el ordenamiento español es particularmente dilatado frente a lo que acontece en los sistemas jurídicos de nuestro entorno.

Desde la segunda dimensión –práctica–, el relativo interés del tema viene determinado en nuestro sistema por el proceso de revisión del Título Preliminar del Código civil de 1974 que introdujo una norma expresa –el artículo 9, 10.º, del Código civil–, donde antes no había sino vacío legal. A esto cabe añadir que la adhesión de nuestro país al Convenio de Ginebra de 1951 sobre el estatuto de los refugiados (3) dejó la puerta abierta para que en un futuro se llegue a la adhesión al Convenio de Nueva York de 1954 sobre el estatuto de los apátridas, con la posibilidad de un replanteamiento en la regulación de esta materia (4); posibilidad, en cualquier caso, poco probable desde una sana política codificadora. Y es que, como se pondrá de manifiesto en un primer momento, las situaciones de apatridia o de nacionalidad indeterminada, que caracterizaron algunas décadas del presente siglo, tienden a disminuir arrastrando con ello al problema examinado, que cuenta por tal razón con escasos precedentes en la práctica española (II). Si a lo largo del proceso de revisión del Título Preliminar del Código civil culminado en 1974 se hubiera partido de conexiones aplicables al estatuto de la persona y de la familia más adecuadas a la codificación más moderna, una norma como la del artículo 9, 10.º, del Código civil hubiese sido innecesaria. Mas al optar el legislador español, como se ha indicado, por el «imperio de la ley nacional», afectando a un número muy

importante de relaciones jurídicas (III), se imponía un precepto de este tipo, aunque con alternativas diversas (IV, 1) a las que presidieron el proceso de revisión del referido título (IV, 2). El hecho de que permaneciesen inalterados ciertos preceptos del Código civil, en concreto, el artículo 40, ha demostrado la poca bondad de la reforma en este ámbito y la necesidad de nuevas opciones codificadoras (V).

II. ÁMBITO SUBJETIVO DEL PRECEPTO

1. La situación de apátrida y sus vías de reducción

A) Las situaciones de apatridia y el denominado «conflicto negativo de nacionalidades»

El artículo 9, 10.º, se refiere a las personas que «carecieren de nacionalidad o la tuvieran indeterminada» [en concordancia con lo dispuesto en el artículo 17, 1.º, c), del Código civil], lo que obliga a precisar, siquiera sea muy sumariamente, lo que nuestro ordenamiento entiende por apátrida. Como es bien sabido, un individuo puede responder, simultáneamente, a las condiciones de adquisición o atribución de varias nacionalidades, y en contrapartida, un individuo puede no hallarse en condiciones de poseer o de adquirir la nacionalidad de ningún Estado. La competencia legislativa concurrente de los diversos sistemas en materia de nacionalidad puede conducir a los «conflictos del Derecho de la nacionalidad» (5). La causa principal de los «conflictos de nacionalidades» estriba, pues, «en la discordancia entre las normas sustanciales por las que cada Estado determina sus nacionales» (6); si se parte de la noción de nacionalidad como vínculo jurídico que une al individuo al Estado, los conflictos surgen en virtud del hecho, discordante, de que dicho vínculo sea múltiple, o, por el contrario, inexistente (7). En el primer caso, la persona es a un tiempo nacional de dos o más Estados, y cabe

hablar entonces de «nacionalidad múltiple», resultado de un «conflicto positivo» en esta materia; en contrapartida, el «conflicto negativo» de nacionalidad lleva consigo una situación de apatridia, es decir, aquel supuesto en que la persona no posee la nacionalidad de ningún Estado.

Al margen de un tratamiento ulterior de las cuestiones referidas al régimen jurídico de la apatridia, interesa analizar por el momento, dentro del análisis de las normas del Derecho de la nacionalidad, la eventual identidad de los llamados «conflictos de nacionalidades» con los «conflictos de leyes». La idea de un conflicto pudiera encontrar una justificación en el resultado discordante producido por la aplicación conjunta de las diferentes legislaciones estatales sobre la nacionalidad. Sobre esta base, F. Rigaux concluye que «el conflicto de las nacionalidades reviste así la naturaleza de un conflicto de leyes: el principio de reparto de las competencias legislativas consagrado en el Derecho internacional entraña o un cúmulo o una laguna, según que la situación de hecho responda a los criterios de varias leyes nacionales o no satisfaga las exigencias de ninguna» (8). Conectando el conflicto de nacionalidades con la dispersión geográfica de los elementos materiales tomados en consideración por las diversas leyes en materia de nacionalidad, es decir, unido el conflicto al carácter objetivamente internacional de la situación, el autor citado incluye los mencionados conflictos, con ciertas reservas (9), en la rúbrica general de los conflictos de leyes, pudiendo hablarse, en consecuencia, de un «conflicto, positivo o negativo, del Derecho de la nacionalidad» de los diferentes Estados.

No obstante el peso de la tradición doctrinal, parece conveniente desechar la identificación del «conflicto de nacionalidades» con un «conflicto de leyes», e incluso resulta criticable la utilización de la propia expresión «conflicto». En este sentido, J. D. González Campos ha argumentado razones de índole teórica, vinculadas al mismo concepto del Derecho internacional privado y a la propia función de sus normas, que abogan en contra de tales tesis. Así, en primer lugar, la expresión «conflicto de leyes», pese a constituir un legado histórico, carece de un contenido real a los fines de caracterizar el objeto del Derecho internacional privado, constituido por las «rela-

ciones privadas internacionales», del mismo modo que la función de sus normas no consiste en resolver un inexistente «conflicto de leyes», sino dar una respuesta adecuada a las relaciones privadas con elemento extranjero; en segundo lugar, la noción «conflicto de leyes» obedece a una concepción «internacionalista» que lo prefiguraba como un «conflicto de soberanías legislativas» a resolver, en último término, en base al Derecho internacional público, perspectiva que ha cedido frente a la autonomía general de cada Estado para regular las relaciones privadas internacionales; en este contexto, la idea de un «conflicto de nacionalidades» se superpone al nivel de cada Estado particular, y, en consecuencia, no puede estimarse en cada uno de los órdenes estatales la existencia de un eventual «conflicto de nacionalidades». En último término, ello se corrobora al verificar la índole de la función del Juez ante el llamado «conflicto de nacionalidades»; ante el conflicto negativo, la apatridia, se trata simplemente de determinar una cuestión de hecho: que las circunstancias concurrentes en una persona no le atribuyen la nacionalidad de ningún Estado; ante el conflicto positivo, si una de las nacionalidades pretendidamente en conflicto coincide con la del foro, el Juez debe aplicar la nacionalidad de la *lex fori*; y si ninguna de ellas coincide con la nacionalidad del foro, no se trata de elegir entre ellas y resolver el eventual conflicto, sino de valorar los hechos y determinar a su través de qué Estado la persona es nacional (10). En conclusión, no existe, *stricto sensu*, conflicto de leyes sobre la nacionalidad ante el Juez interno, sino únicamente una cuestión de hecho; pues la existencia de otra nacionalidad distinta a la del foro es para el Juez interno un simple hecho a determinar (11). La situación sólo varía ante el Juez o arbitro internacional, que aplica las normas del Derecho internacional público (12).

B) Causas de la apatridia

El apátrida es, pues, un individuo que no está incurso en alguna de las condiciones que los distintos Estados fijan en materia de adquisición de la nacionalidad. Las causas pueden derivar de una desnacionalización en masa o de una privación de la nacionalidad como consecuencia de una determinada conducta del individuo. Se trata de una consecuencia del carácter de *domaine réservé* que preside todo el Derecho de la nacionalidad. Tal situación, que origina la denominada «apatridia involuntaria», sólo se concibe en época reciente. En concreto, la intervención del ejecutivo en esta materia, salvo precedentes aisladas producidos a lo largo del siglo XIX (por ejemplo, supuestos de piratería), se remonta al final de la primera guerra mundial y su origen está íntimamente ligado a las circunstancias bélicas y posbélicas de aquellos momentos (13). El carácter atentatorio de estas situaciones frente a los derechos humanos propició una intervención de la SdN, pero de escaso resultado; ciertamente apareció la figura del refugiado político, cuyo estatuto quedaba garantizado hasta la adquisición de una nueva nacionalidad en virtud del denominado «Pasaporte Nansen», instituido por el Acuerdo de Ginebra de 5 junio 1922, sin embargo, los Convenios que en materia de refugiados se celebran en esta época sólo abarcan a determinadas categorías de refugiados, conceden un estatuto muy limitado que no suple el vínculo de la nacionalidad perdida y poseen un escaso número de ratificaciones (14). La problemática de la desnacionalización sería abordada por la Conferencia para la Codificación del Derecho Internacional que tuvo lugar en La Haya en 1930, pero la situación de las personas afectadas no encontrará mayor suerte que la Conferencia misma.

Tras la segunda guerra mundial la figura odiosa de la desnacionalización masiva va a perder fuerza en la práctica totalidad de los Estados, al tiempo que se desarrolla la normativa internacional de los derechos humanos. No obstante, la privación de la nacionalidad como sanción va a mantenerse como consecuencia directa de la contienda (15). Finalizadas las circunstancias derivadas de la guerra, la desnacionalización ha desaparecido de muchas legislaciones

contemporáneas, mas no ha sucedido lo mismo con la desnaturalización –institución posible hoy en España tras la C. E.–, que aún se reserva para actos de indignidad o de falta de lealtad cometidos por nacionales naturalizados. La crítica doctrinal a la desnacionalización es muy antigua (16), pero su gran rechazo se realizará tras la Carta de San Francisco, al ponerse de manifiesto que las diversas prácticas que han dado origen a millones de apátridas eran totalmente contrarias a la dignidad humana (17). Empero, la solución al problema no sería completa toda vez que el párrafo 2.º del artículo 15 de la Declaración Universal (a A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad...») admite *a sensu contrario* la privación de la nacionalidad por medios no arbitrarios. Además, el desarrollo positivo de la Declaración no contemplará el supuesto. Es cierto que el Convenio de las Naciones Unidas para reducir los casos de apatridia, hecho en Nueva York el 30 agosto 1961 abordó el tema, pero lo hizo de forma incompleta, a lo que cabe añadir el escaso número de Estados parte, y las numerosas reservas formuladas al articulado que regula la materia que examinamos.

En la hora actual son más frecuentes otro tipo de situaciones tales como: el nacimiento de hijos de nacionales de países de *ius soli* puro en Estado que siguen, también en estado puro, el principio del *ius sanguinis*; el matrimonio de mujer nacional con apátrida, si la legislación del país de aquélla establece que dicho matrimonio implica la pérdida de su nacionalidad, etc.(18). No obstante, se trata, como veremos más adelante, de casos muy poco frecuentes, pues la mayor parte de los ordenamientos jurídicos establecen normas *ad hoc* para evitar tales situaciones. Debe dejarse constancia de que el Derecho español prohíbe la renuncia pura y simple a la nacionalidad española, salvo que se ostente o se haya adquirido con anterioridad una nacionalidad distinta (19).

C) Cauces internacionales para la reducción de la apatridia

La inexistencia del vínculo nacional entre un Estado y un individuo determinado tiene una extraordinaria importancia, que incide tanto en el plano del Derecho internacional público, como en el del Derecho internacional privado. En el primer caso, la situación de apátrida imposibilita al individuo para gozar de la protección diplomática de un Estado; además, ningún Estado tiene la obligación de admitirlo en su territorio, salvo que en él concurra al mismo tiempo la cualidad de refugiado político y solicite el asilo. No obstante, como los apátridas no poseen ninguna nacionalidad, no existe el vínculo principal en virtud del cual podrían disfrutar de los beneficios dispensados por el Derecho internacional público y carecen, por tanto, de protección jurídica en lo que concierne a este Derecho.

Desde el punto de vista terminológico, es conveniente distinguir entre el concepto de apátrida y el de refugiado (20). El primero hace referencia a la persona que no es considerada como nacional de ningún Estado en aplicación de su ley; por su parte, el refugiado es una persona que se encuentra, generalmente por razones políticas, fuera del país de su nacionalidad, y que no goza de la protección de ningún Gobierno; pero que en la inmensa mayoría de los casos no puede considerarse como apátrida. En el Derecho internacional público, la nacionalidad cumple dos funciones: confiere al Estado de la nacionalidad el derecho de extender su protección diplomática a sus nacionales y obliga a este Estado a admitir a sus nacionales en su territorio. El término apátridas de facto designa a las personas que están desprovistas de protección de hecho, pero no de ture; es decir, poseen la nacionalidad de un Estado determina-

do, pero no gozan de su protección (esta categoría coincide, en general, con la de refugiados). Los apátridas, por el contrario, son personas no protegidas *de iure* (21).

La lucha en favor de un estatuto para las «personas no protegidas» *de iure* o *de facto*, ha sido una empresa en la que han participado una amplia serie de Organizaciones internacionales y *Operational Agencies*, y que se ha traducido en una pluralidad de textos, de los cuales, sin duda, los más relevantes son el Convenio de Nueva York de 23 septiembre 1954 sobre el estatuto de los apátridas y el Convenio de Ginebra de 28 julio 1951 sobre el estatuto de los refugiados, que constituyen en la actualidad las piezas maestras de la legislación internacional en favor de un reconocimiento de los derechos humanos en este ámbito (22).

Las soluciones generales respecto al estatuto internacional de «las personas no protegidas» *de iure* o *de facto*, pudieran ser clasificadas en tres grupos: A) Solución absolutamente internacional, que consistiría en la atribución a tales personas de una «nacionalidad internacional», vinculándolas directamente al orden jurídico internacional «ecuménico», quien regularía este estatuto por medio de «normas materiales» especiales adoptadas por una Res. de la A. G. de las N. U.; se trata, como puede verse, de una solución de *lege lata*, difícilmente aceptable por la Comunidad internacional. B) Solución relativamente internacional, que es la actualmente existente tras la celebración y entrada en vigor de la serie de textos internacionales que antes hemos aludido; esta solución tiende a salvar las deficiencias del Derecho internacional público en la materia, que radican esencialmente de la visión competencialista del orden jurídico internacional y de la función que la nacionalidad posee respecto a la protección diplomática; para ello, se trata de establecer un estatuto internacionalmente determinado, con caracteres uniformes, para los Estados partes en los Convenios

en cuestión (23). C) Solución nacional, que reposa en el trato que cada una de las legislaciones estatales ofrece a las personas no protegidas *de iure* o *de facto*. No cabe duda que esta solución –en la cual se sitúa España, por no hallarse vinculada a los textos internacionales en la materia– es la que muestra realmente el carácter precario y vago del estatuto que el Derecho internacional público concede a tales personas.

Por otra parte, la erradicación de la apatridia es acaso uno de los mayores logros obtenidos por el Derecho internacional público en la materia que nos ocupa (24). Desde una perspectiva histórica debe dejarse aquí constancia de los esfuerzos de la SdN, especialmente en los trabajos de la Conferencia de Codificación Internacional celebrada en La Haya en 1930. En este período, el fundamento ideológico descansa en la idea de la interdelimitación de las soberanías (25) y el Convenio de La Haya de 12 abril 1930 respecto a ciertas cuestiones relativas a los conflictos de leyes sobre la nacionalidad y los dos Protocolos relativos a la apatridia, de la misma fecha, por la propia concepción de base adoptada no podían dar un resultado satisfactorio. Un cambio en la concepción de base del problema, sin embargo, se registra por obra de la O. N. U. Los problemas relativos a la nacionalidad se vinculan con el tema de la protección de los derechos humanos; de aquí que no se considere ya el interés de los Estados y de la Comunidad de las Naciones, sino el interés de la persona, el derecho que se le reconoce como ser humano (art. 15 de la Declaración Universal). La labor seguida en el seno de las Naciones Unidas se realizó en el seno de la Comisión de Derecho Internacional a partir de 1949. Esta, contando con la colaboración de M. O. Hudson y R. Córdova como relatores especiales, aprobó en 1953 dos Proyectos de Convenio. Dichos Convenios encontraron, sin embargo, la oposición de muchos Estados, lo que trajo como consecuencia una importante demora en el proceso codificador

(26). En efecto, hubo que esperar a 1959 para que se reuniese en Ginebra una Conferencia de las Naciones Unidas y aun así no se llegó en ella a un acuerdo sobre la forma de restringir la libertad de los Estados en orden a privar a sus ciudadanos de su nacionalidad en los supuestos en que de tal situación se derivase la apatridia. Finalmente, en 1961, se celebró en Nueva York la segunda parte de la Conferencia que, con la participación de treinta Estados, aprobó en su Acta Final un Convenio para reducir los casos de apatridia, el 30 agosto 1961 (27). El artículo 9 del referido Convenio establece que «Los Estados contratantes no privarán de nacionalidad a ninguna persona o a ningún grupo de personas, por motivos raciales, étnicos, religiosos o políticos». Con ello se realiza una proscripción firme de la desnacionalización masiva. Mas dicho precepto, partiendo de la base de que ningún Estado privará de la nacionalidad a una persona si ésta se convierte en apátrida, admite una serie de excepciones al principio, permitiendo a los Estados contratantes formular reservas al enunciado general en orden a ciertas causas (previstas por las leyes internas) de privación de la nacionalidad. El escaso número de Estados partes en el Convenio y las numerosas reservas formuladas al artículo 8, demuestran con claridad las dificultades existentes en la Comunidad internacional para abolir la figura de la desnacionalización (28). España, por lo demás, no es parte del mencionado texto internacional.

D) Cauces internos para la reducción de la apatridia

Ya se ha expuesto anteriormente la labor realizada en el seno de las N. U. tendente, en el plano internacional, a la reducción de la apatridia culminada con el Convenio de 30 agosto 1961, y cómo sus postulados habían sido incorporados por vía interna. Interesa ahora señalar unos datos en torno a dicha reducción en dicha vía para proyectarlos sobre la normativa española. En tal sentido debe dejarse constancia de dos principios de base que han inspirado la labor de la Comisión de Derecho Internacional en la materia. En primer lugar, facultar a todas las personas para adquirir la nacionalidad del país de nacimiento, salvo que opten por la nacionalidad de origen al llegar la mayoría de edad. En segundo lugar, que nadie sea privado de su nacionalidad como consecuencia de pena, sanción u otros motivos (matrimonio, residencia en el extranjero, etc.), a menos que coincida simultáneamente con la adquisición efectiva de una nueva nacionalidad. Esta tónica inspira hoy las legislaciones modernas sobre nacionalidad, por lo que puede afirmarse que la reducción de la apatridia ha encontrado mejor acogida en la esfera interna de los Estados que en el plano internacional.

Si bien desde un punto de vista funcional el extranjero y el apátrida son identificables, en el sentido de que la persona que carezca de nacionalidad es extranjero porque lógicamente también carece de la concreta nacionalidad que se considere, la posición de las distintas legislaciones en cuanto a su tratamiento difiere sustancialmente. De esta suerte, la atribución de nacionalidad al extranjero, nacional de otro Estado, se encuentra generalmente sometida a condiciones que evidencian una vinculación cualificada entre el individuo y el Estado cuya nacio-

nalidad se cuestiona. Sin embargo, tales condiciones se flexibilizan cuando ese mismo «extranjero» lo sea por carecer de cualquiera otra nacionalidad. En este supuesto, la mayoría de las legislaciones internas tienden a reducir la eventual apatridia, tomando en consideración, a este respecto, la acción de la normativa internacional en la materia y considerando nacional a quien presente una cierta relación con el Estado, cualificada por la situación de apatridia.

Nuestro país no ha sido una excepción de esta tendencia reductora de la apatridia, si bien ésta ha venido referida a aspectos muy concretos del Derecho de la nacionalidad, como lo fue, tras la reforma del Código civil de 15 julio 1954, el relativo a la española casada con extranjero que no siguiese la nacionalidad del marido. Pero el ordenamiento español hasta el proceso de transición democrática se caracterizó por no otorgar respuesta global al problema, máxime no siendo España parte del Convenio de Naciones Unidas de 1961 sobre reducción de los casos de apatridia (29). No obstante, la lucha decidida contra la apatridia se produce como consecuencia de la entrada en vigor de la C. E. de 1978, manifestándose en dos planos distintos: la supresión de los supuestos de desnacionalización (A) y la ampliación del *ius soli* para evitar las situaciones de apatridia (B):

A) Una de las novedades más relevantes y progresistas que ofrece la C. E. de 1978 hace referencia al capítulo de la privación de la nacionalidad española. El artículo 11.2 dispone en efecto que: «Ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad», dicho precepto tiene la virtud de situarse en la óptica de los derechos humanos, y ello es así porque, de un lado, reconoce indirectamente que el derecho a la nacionalidad es inherente a la persona humana y, de otro, porque trata de evitar eventuales supuestos de apatridia. Además, su inserción

en el texto constitucional no sólo supone un avance respecto a la situación anterior del Derecho español, sumamente confusa (30) sino que implica un hito en relación con lo dispuesto en la normativa internacional y en el Derecho comparado. De ahí el mérito del artículo 11.2 de la C. E. por solucionar definitivamente el problema.

El precepto examinado ofrece tres características principales de gran importancia. En primer término, es una norma que tiene un carácter directo y perfecto y en cuanto tal no precisaba de posterior desarrollo legal para su aplicación (31). En segundo lugar, el precepto elimina definitivamente la figura de la desnacionalización del Derecho español; ello implicó dos importantes consecuencias: de un lado, tuvo la virtud de superar el confusionismo a que dio lugar la entrada en vigor del artículo 20 del Fuero de los Españoles; de otro, incidió decisivamente en el Código civil, en concreto en la anterior redacción del artículo 23 toda vez que, de un lado, el hecho de entrar al servicio de las armas o de ejercer un cargo público en un Estado extranjero contra la prohibición expresa del Jefe del Estado español no privará de la nacionalidad a los españoles de origen; y, de otro lado, la sentencia firme de la que hablaba dicho artículo 23, 2.º, no podía afectar tampoco a este tipo de españoles. Finalmente, el artículo 11.2 de la C. E. admite la figura de la desnaturalización, tanto que sentencia firme, como por sanción gubernativa. Esta medida afecta, por contraposición a los nacionales no de origen, a los españoles que hayan adquirido esta nacionalidad por naturalización, por opción o por adopción cuando ninguno de los adoptantes sea español al tiempo del nacimiento del adoptado. Sin embargo, a esta línea de interpretación puede oponerse otra a partir de lo dispuesto en el artículo 14 de la C. E. o, si se quiere, de la incidencia del principio de igualdad ante la ley en el Derecho de la nacionalidad. Dicho precepto al establecer que los españoles son iguales

ante la ley obliga a que los Tribunales no puedan aplicar normas contrarias a este principio, sino que por «Ley» debe entenderse también la Constitución. De todas formas, existe una contradicción evidente entre el propósito del legislador constituyente en el artículo 11.2, que en modo alguno es censurable, y el principio proclamado en el artículo 14, contradicción a la que ya hemos hecho referencia en otro lugar (32). En definitiva, el artículo 11.2 de la C. E. sólo permite la posibilidad de la privación de la nacionalidad española respecto de los españoles no originarios y con esta limitación se redactó el artículo 25 del Código civil.

La cuestión que se nos plantea en torno al artículo 25 del Código civil surge en relación con las eventuales situaciones de apatridia que se puedan generar. Puesto que el ámbito personal de aplicación de este precepto únicamente engloba a los españoles no originarios, los extranjeros que han obtenido la nacionalidad española previa renuncia a la extranjera por el mandato del artículo 20, 2.º, del Código civil y los que se les prive de la nacionalidad, bien mediante sanción penal, o bien mediante sanción gubernativa, no tendrán ninguna nacionalidad salvo que hayan continuado con la nacionalidad extranjera al margen de lo previsto en la legislación española. Parece razonable entender que sólo podría producirse la pérdida en el caso de que el sujeto pasivo recuperara su nacionalidad primitiva o adquiriera otra. De otra forma el sancionado se convertiría en apátrida, lo cual daría lugar a una violación del artículo 15.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

B) La redacción del artículo 17, 1.º, 3.º, del Código civil otorgada por la Ley 51/1982 [reiterada en el texto del artículo 17, 1.º, c), introducido por la Ley 18/1990] supuso una importante novedad en la finalidad de prevención de la apatridia, desde el momento que considera españoles de origen a: «Los

nacidos en España de padres extranjeros, si ambos carecieren de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo la nacionalidad.» Ambos supuestos son complementarios y están orientados a una misma finalidad, de suerte que si el progenitor o progenitores carecen de nacionalidad, basta esta circunstancia, junto al nacimiento del hijo en España, para que éste sea español de origen. Cuando el progenitor o progenitores carecen de nacionalidad, basta esta circunstancia, junto al nacimiento del hijo en España, para que éste sea español de origen. Cuando el progenitor o progenitores ostenten una nacionalidad extranjera, será preciso establecer además que el Estado del que son nacionales no extiende su nacionalidad al hijo. De esta suerte se da cumplimiento al principio recogido en el artículo 15 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el artículo 24.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, al tiempo que se ofrece una respuesta adecuada al eventual conflicto negativo de nacionalidades cuando la normativa del país de los progenitores del nacido en España siga el criterio del *ius soli*: el nacido será español de origen y no apátrida. A su vez, la referencia del artículo 17 a una legislación extranjera que no atribuye al nacido en España «una nacionalidad» debe interpretarse como nacionalidad de origen, esto es la atribuida desde el nacimiento por el hecho de la filiación. Poco importa, pues, que la legislación extranjera otorgue al nacido en España una facultad de opción en favor de esa nacionalidad extranjera o un régimen favorable de naturalización (33); en estos eventuales supuestos debe considerarse que no se «atribuye» la nacionalidad extranjera y, por tanto, nos encontramos dentro del ámbito de aplicación del artículo 17, 1.º, c), del Código civil (34).

Debe señalarse, además, que este último precepto ofrece una clara respuesta al conflicto negativo de nacionalidades, atribuyendo, es decir, ignorando cualquier intervención de la auto-

nomía de la voluntad, la nacionalidad española al nacido en España cuando la normativa del país de los progenitores siga el criterio *ius soli*. Por ejemplo, la normativa argentina no atribuye en estos supuestos, la nacionalidad argentina, sino que establece un derecho de opción, ciertamente flexibilizado, pero que de no ejercitarse no producirá ningún efecto en cuanto a la nacionalidad argentina del menor (35). De ahí que sea menester acudir al artículo 17, 1.º, 3.º, del Código civil, cuya *ratio* es, como ya se ha señalado, muy clara: el menor es español cuando la legislación extranjera no atribuya originariamente su nacionalidad. Como quiera que el ordenamiento argentino prevé este extremo, pues si no se pone en marcha el mecanismo potestativo de la opción el niño será apátrida, es plenamente aplicable la norma del artículo 17, 1.º, 3.º, del Código civil.

La misma finalidad de prevención de los supuestos de apatridia se contempla en el artículo 17, 1.º, d), según redacción de la Ley 18/1990; es decir, se atribuye la nacionalidad española a «los nacidos en España cuya filiación no resulte determinada. A estos efectos, se presumen nacidos en territorio español los menores de edad cuyo primer lugar conocido de estancia sea territorio español». Este precepto introduce ciertas diferencias con respecto a su antecedente inmediato, recogido en el artículo 17, 1.º, 4.º del Código civil, según redacción de la Ley 51/1982. El nuevo artículo 17 del Código civil, como se indica en el Preámbulo de la Ley 18/1990, «además de otros retoques técnicos, busca solucionar el problema de los nacidos en España, cuando su filiación no pueda, por muy diversos motivos, inscribirse en el Registro Civil Municipal competente. Para que la nacionalidad española sea atribuida a esas personas es preciso no sólo que el nacimiento haya ocurrido, o así se presuma, en territorio español, sino que también la filiación no esté acreditada conforme a lo previsto en el artículo 113 del Código civil».

2. Estatuto del apátrida

Debe dejarse constancia de que la situación de apatridia no depende en ningún caso de la autonomía de la voluntad del individuo que la ostenta. El artículo 15.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece exclusivamente el «derecho a cambiar de nacionalidad», no existiendo reconocimiento alguno por parte del Derecho internacional general del denominado «derecho de expatriación» (36). Asimismo, el Derecho español prohíbe la renuncia a la nacionalidad española, salvo que se ostente o se haya adquirido una nacionalidad distinta. Tal es el tenor de la Resolución de la D. G. R. N. de 5 febrero 1985 al afirmar que «la situación de apátrida no es un derecho de la persona reconocido por la C. E. (art. 11), ni por la Ley que ha desarrollado ésta» (37).

Existe un antiguo concepto de apátrida derivado de la aplicación de la antigua Ley de Arrendamientos Urbanos operada por el Decreto de 22 febrero 1957. En su artículo 2 se disponía que «apátrida es el extranjero que residiendo en territorio español durante tres años al menos, no puede legalmente ser considerado súbdito de otro Estado». La condición de apátrida, a los fines de la L. A. U. se adquiría mediante solicitud de las personas que se encontrasen dentro del concepto citado, por resolución favorable de una Comisión interministerial «integrada por representantes de los Ministerios de Asuntos Exteriores, Justicia y Gobernación» que estime que dichas personas pueden considerar apátridas (arts. 3 y 1 del Decreto). La definición transcrita coincide con la del Convenio de 1954, por lo que cabe señalar que existía coincidencia entre el concepto de apátrida entre este aspecto de nuestro ordenamiento jurídico y el ordenamiento internacional.

Respecto a la documentación el artículo 22.1 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, dispone que «El extranjero que se presente en dependencias

del Ministerio del Interior, manifestando que, por carecer de nacionalidad..., no pueda ser documentado por las Autoridades de ningún país y que desea ser documentado en España, después de practicada la correspondiente información, podrá excepcionalmente obtener en los términos que reglamentariamente se determinen, un documento identificador que acredite su inscripción en las referidas dependencias y que le autorice a permanecer, por el tiempo que se señale, o salir del territorio español.» En caso de obtener la inscripción «podrán instar la concesión de permisos de trabajo» (art. 22.2). Estos preceptos se desarrollan en los artículos 27 y 28 del Reglamento de extranjería de 1986.

3. Prueba de la apatridia

El ordenamiento español ha seguido en esta materia una práctica poco feliz en el sentido de no establecer especiales consideraciones probatorias en torno a la calidad de apátrida y utilizar el pasaporte como criterio de base. Y ello es tanto más grave por cuanto en nuestro Derecho existen algunas normas relativas a dicha prueba en la legislación registral (38); se trata de los artículos 83 y siguientes del R. R. C, en cuanto disposiciones de alcance general, y más concretamente, respecto a la apatridia, ésta puede probarse, con valor de simple presunción, a través del expediente gubernativo previsto en el artículo 96.2 y 3 de la L. R. C, como ha reconocido la propia D. G. R. N. en su Resolución de 12 marzo 1975. En relación con este precepto, el antiguo artículo 337.3 del R. R. C, que tras la reforma ha pasado a ser el artículo 336, in fine, establece que «el domicilio de los apátridas se acreditará por certificación municipal o información testifical; se recabará informe oficial del Ministerio del Interior sobre su entrada en territorio español», añá-

diendo el nuevo precepto: «y sobre su condición de apátrida». El informe del Ministerio del Interior se erige, pues, como el dato clave para construir la prueba o presunción de apatridia a través del artículo 96 del R. R. C. Sin embargo, no cabe duda de que la prueba de la apatridia es especialmente dificultosa, toda vez que siendo ésta una condición negativa, la prueba sólo tendrá una base firme «en el supuesto de que haya privación de nacionalidad por disposición expresa de una ley o por resolución judicial o administrativa; en los demás supuestos será prácticamente imposible otra prueba que la huida, la persecución o el desamparo» (39).

La cuestión de la prueba de la apatridia se suscitó de forma incidental en la Resolución de la D. G. R. N. de 14 julio 1965 («Pedro F. c. Registro de la Propiedad»). El recurrente, en representación de su hija menor, adquirió una vivienda constando en la escritura de compraventa su cualidad de apátrida; el Registrador denegó la inscripción de la misma entre otros motivos por considerar que no se acreditaba la nacionalidad de la menor y por manifestar el representante legal su calidad de apátrida. Confirmada la calificación del Registrador por el Presidente de la Audiencia, se recurrió a la D. G. R. N., la cual, en relación al problema estudiado, aludió directamente al expediente previsto en el artículo 96 de la L. R. C. (40). Dicho expediente, en efecto, constituye el medio adecuado para determinar la condición de apátrida, y en ningún caso la existencia de un pasaporte expedido en el extranjero. En ayuda de esta afirmación, puede citarse el Decreto 2.048/1971, de 23 julio, por el que se dio nueva redacción al artículo 25 del Decreto de 4 octubre 1935. Con buen criterio dicha disposición establece que en la página 7 del pasaporte a entregar a las personas que carecen de nacionalidad se haga constar que dicho documento «se expide únicamente con el fin de que pueda servir de pasaporte nacional» (ejemplo típico de introducción in-

directa de la normativa de derechos humanos), pero que «no prejuzga la nacionalidad de su titular» y que «carece absolutamente de efectos sobre la misma» (41).

Capítulo aparte merecen los supuestos contemplados en el artículo 17, 1.º, c), del Código civil que hemos estudiado con anterioridad. La eventual incertidumbre acerca de la tenencia o no de la nacionalidad española se elimina recurriendo al expediente de declaración de la nacionalidad con valor de simple presunción (42). En dicho expediente debe presentarse como prueba la certificación literal de nacimiento del interesado, en la que conste que su nacimiento ha acaecido en España; y se debe acreditar que los progenitores son apátridas o que los ordenamientos de los que son nacionales los progenitores no otorgan la nacionalidad a los nacidos fuera de sus fronteras. La prueba de este último punto se puede llevar a cabo por cualquier medio documental o pericial. Normalmente, se recurre a las certificaciones de los Cónsules de los países respectivos acreditados en España, en las que consta la legislación aplicable en el país de origen de sus padres sobre atribución de la nacionalidad (43).

III. ÁMBITO MATERIAL DEL PRECEPTO

La aparición de los artículos 12.1 de los Convenios de Ginebra de 1951, sobre el estatuto de los refugiados y de Nueva York de 1954 sobre el estatuto de los apátridas, suscitó una importante controversia doctrinal al no precisarse en ellos las materias incluidas dentro de la expresión «estatuto personal». En efecto, partiendo de que la tendencia hoy dominante en materia de extensión del estatuto personal es mucho más restrictiva que la registrada en el último tercio del siglo XIX, fruto de la concepción «personalista» manciniana (44), hemos de admitir, sin embargo, que tal amplitud experimenta importantes oscilaciones según el sistema jurídico ante el que nos situemos. ¿Qué hacer ante el silencio de los Convenios? A. Casese tras un estudio crítico de la doctrina alemana –encabezada por Merger– y de los trabajos preparatorios de ambos textos internacionales, en particular del documento elaborado por la Secretaría de la O. N. U, de 1949 (*Étude sur l'apatride*), llegó a la conclusión de que, en esencia, la locución «estatuto personal» hace referencia a las siguientes relaciones jurídicas: *status personae*, la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, las relaciones de familia (matrimonio, relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, relaciones paterno–filiales, adopción y el régimen sucesorio) (45). Pero a pesar de lo documentado del trabajo del autor italiano para fundamentar una concepción amplia, el problema subsiste. Se trata de un evidente conflicto de calificaciones que los Convenios referidos han dejado en el aire. Así, si el Derecho del foro mantiene una determinada concepción del alcance del estatuto personal distinta a la *lex domicilii* a la que el artículo 12, 1.º, del Código civil remite, parece que la calificación *lege fori* sea la determinante,

no entrando el Juez a interpretar el sentido de la expresión de los Convenios.

Si bien en las reformas del Código civil posteriores a 1974 se observa una cierta limitación al imperio de la ley nacional en nuestro sistema de Derecho internacional privado, reflejándose esta tendencia también en determinadas leyes especiales, su papel sigue siendo relevante y, por ende, el ámbito de materias que quedan dentro del artículo 9, 10.º, del Código civil. Además, dado el carácter general con el que el precepto está formulado, se extiende en principio a los supuestos previstos en el Derecho internacional privado convencional, salvo el caso, inexistente en la actual práctica, de que el Tratado internacional incluya una norma que regule expresamente esta situación.

De esta suerte, la ley de residencia habitual de las personas que carecieren de nacionalidad o la tuvieren indeterminada, rige su capacidad general (la evicción de la ley nacional en estos casos evita la posible actuación de la excepción del interés nacional prevista en el artículo 11 del Convenio de Roma de 1980 en los contratos celebrados por estas personas), las denominadas capacidades especiales, como la exigida para obligarse por letra de cambio, pagaré a la orden y cheque (art. 98 de la Ley 19/1985, de 16 julio, cambiaría y del cheque, o para otorgar un Convenio arbitral (art. 60 de la Ley 36/1988, de 5 diciembre, de arbitraje) y el estado civil (art. 9, 1.º, del Código civil). La residencia habitual se aplica, asimismo, al régimen del nombre y de los apellidos (art. 1 del Convenio de Munich de 5 septiembre 1980), a la tutela y demás instituciones del incapaz (art. 9, 6.º, del Código civil) y a los efectos del matrimonio, separación y divorcio cuando ambos cónyuges estén en la situación que examinamos (arts. 9, 2.º, I, y 107, 1.º, del Código civil). La ley de la residencia habitual del menor que carezca de nacionalidad rige el carácter y contenido de la

filiación, incluida la adoptiva (art. 9, 4.º, del Código civil). El carácter erga omnes del Convenio de La Haya de 2 octubre 1973 y su realista sistema de conexiones sustituye al artículo 9, 7.º, del Código civil, extendiéndose a los acreedores alimenticios apátridas. Y, en el caso de sucesión por causa de muerte, la residencia habitual del apátrida será la que determine aquélla (art. 9, 8.º, del Código civil), tal y como han reiterado los Tribunales y autoridades españoles. En lo que respecta a las obligaciones contractuales, el problema relativo a la determinación de la ley aplicable al fondo del contrato cuando las partes carezcan de nacionalidad, que se suscitaba con carácter subsidiario en el artículo 10, 5.º, del Código civil (al incluir como conexión supletoria la ley nacional común) ha desaparecido tras la entrada en vigor del Convenio de Roma de 1980. Por último, en materia de forma de los actos, el carácter alternativo de las conexiones previstas en el artículo 11, 1.º, del Código civil y su neta inspiración hacia al *favor negotii*, no parece que ofrezca problemas en la práctica; tanto más por el gran ámbito de aplicación que en orden a la forma de los contratos ofrece el artículo 9 del Convenio de Roma de 1980. No obstante, caso de que el disponente o los otorgantes sean apátridas, se reputarán válidos en cuanto a la forma los actos jurídicos realizados de conformidad con la ley de su residencia habitual.

IV. PRECISIÓN DE LA CONEXIÓN

1. Soluciones en presencia

A) Antecedentes del problema

Destaca, en tal sentido, un precedente de la jurisprudencia italiana del siglo XIX: el asunto «Samama c. Samama», que dio origen a un apasionado debate doctrinal entre dos eminentes juristas italianos, Mancini y Piarantoni (46). El caballo de batalla de la discusión era la conexión apropiada ante una situación de apatridia y la relevancia que tiene la calificación de la cualidad de apátrida en el fondo de la litis y la debilidad de los sistemas de ley nacional en la materia (47). Aparte de este precedente jurisprudencial, cuya incidencia en el plano doctrinal fue decisiva, el tema adquirirá una trascendencia especial en los años posteriores, sobre todo, tras la primera guerra mundial. En efecto, como consecuencia de las medidas de desnacionalización masiva practicadas en torno a los años veinte (48), las dificultades en la aplicación de la conexión nacional adquirieron caracteres alarmantes, encontrando los defensores de la *lex domicilii* terreno abonado para reanudar sus críticas (49). Esta crítica fue, a todas luces, injusta. En primer lugar, porque la *lex domicilii* por sí sola no es –como veremos a continuación– la panacea para solucionar el problema de la ley rectora del estatuto personal del apátrida. En segundo lugar, porque en los años de ser formulada ya la jurisprudencia y la codificación interna de los países de ley nacional, así como la propia codificación internacional, habían obviado el problema introduciendo una conexión sustitutoria. Ciertamente que, desde un principio, la conexión elegida fue la

lex domicilii, pero junto a esta solución han ido surgiendo otros criterios que trataremos de sintetizar en el apartado siguiente.

B) «Lex domicilii»

Debe tenerse presente que en los sistemas de signo territorialista que utilizan esta conexión como principal en materia de ley rectora del estatuto personal el problema se reduce, si bien no se resuelve y algunas codificaciones nacionales han reparado en ello, dando soluciones concretas (50). Mas centrándonos en los sistemas de ley nacional, resulta curioso constatar que los máximos defensores de la nacionalidad recurren, al menos en un primer momento, al domicilio y no a otra conexión para solucionar el problema de las personas carentes de nacionalidad o con nacionalidad indeterminada. Esto puede comprobarse tras un examen de la doctrina (51), de las decisiones judiciales de muchos Estados, señaladamente de Francia, tras el acceso de millones de denominados «rusos blancos» (52) y de Bélgica (53) y de las codificaciones que se produjeron a finales del pasado siglo (54) y a comienzos del presente (55). Pero la conexión domiciliar adquirirá carta de naturaleza en relación con un tema estrechamente vinculado con el de los apátridas: el de los refugiados. La solución convencional incorporada en el artículo 4 del Acuerdo de Ginebra de 1933 (56), va a encontrar una decisiva influencia en la codificación posterior (57). Por último, la conexión domiciliar, junto a la residencia habitual como supletoria, adquirirá una carta de naturaleza definitiva, a nivel convencional, en los párrafos primeros del artículo 12 de los Convenios de Ginebra de 1951 (58) y Nueva York de 1954 (59) relativos al estatuto personal de los refugiados y de

los apátridas. Según el artículo 12.1 de este último. «El estatuto personal de todo apátrida se regirá por la ley del país de su domicilio o, a falta de domicilio por la ley del país de su residencia.»

A partir de aquí se inicia lo que pudiera calificarse de «tercera etapa» de la *lex domicilii* como rectora del estatuto personal de apátrida (60); dicha etapa cubre, sin embargo, dos frentes. De una parte, el domicilio se introduce en la inmensa mayoría de los más de cuarenta Estados parte de los referidos Convenios (61). De otra, repercutirá todavía en alguna de las modernas codificaciones internas. En efecto, la aplicación de la norma convencional por los Tribunales internos puede comprobarse en abundante jurisprudencia comparada, bien es verdad que la mayoría de ella hace referencia al Convenio de 1951. Merece especial mención, por su abundancia, la jurisprudencia francesa (62) y la belga (63) igualmente, el empleo de la conexión domiciliar va a figurar en la jurisprudencia austriaca, hasta la entrada en vigor de la Ley de Derecho internacional privado de 1978 (64), italiana (65), suiza, reiterándose tras la Ley de Derecho internacional privado de 1987 (66), y de la R. F. de Alemania (67). Por su parte, la repercusión directa de los Convenios de 1951 y 1954 no ha sido, curiosamente, importante (68).

C) Ley de la última nacionalidad del apátrida

Es ésta una peculiar solución adoptada por la Ley de Introducción al Código civil alemán de 19 agosto 1896 (E. G. B. G. B.), al disponer su parágrafo 29 que «Si una persona no pertenece a ningún Estado, siempre que las leyes del Estado al cual una persona pertenece sean declaradas competentes, sus relaciones jurídicas se regulan según las leyes del Estado al que la

persona ha pertenecido últimamente...» (69). Cabe señalar que el legislador alemán era consciente de la dificultad de aplicar en ocasiones la solución propuesta, por ello, introdujo a continuación en juego otras conexiones subsidiarias: «... y si tampoco antes ha pertenecido a ningún Estado, según las leyes del Estado en el cual tiene o ha tenido en el tiempo determinante su domicilio y, a falta de domicilio, su residencia». Con la primera de las soluciones propuestas el legislador alemán trataba de conservar hasta sus últimas consecuencias la relación entre la persona privada de la nacionalidad y el Estado que se la había conferido, en la línea del aforismo *ius ossibus inheret*. Y, si en el caso de los apátridas, el recurso al domicilio o a la residencia habitual era frecuentemente obligado, la solución repercutía de forma directa sobre los refugiados que, por lo general, no estaban privados de su nacionalidad de origen.

Sin embargo, tras el reconocimiento del Gobierno de los soviets y la llegada del nacional-socialismo al poder, la aplicación automática por parte de los Tribunales alemanes del Derecho soviético, en cumplimiento estricto del párrafo 29 de la E. G. B. G. B. no era la solución idónea para éstos. De ahí que el párrafo 25 del artículo 7 de *Familienrechtsänderungsgesetz* de 12 abril 1938 suprimiese la necesidad de acudir al Derecho de la última nacionalidad del sujeto para las relaciones de familia (70).

La solución de la E. G. B. G. B. fue, desde su aparición, duramente criticada por la doctrina: sin embargo, tuvo defensores fuera de Alemania. Así, J. Peré Raluy la consideró muy correcta técnicamente al distinguir entre «apátridas originarios» y «apátridas no originarios» y utilizar una conexión distinta para cada una de estas figuras(71)–, aunque vinculada a un fenómeno de sucesión de Estados (72)– y, de otro, en la sentencia del Tribunal del Sena de 24 mayo 1932, que aplicó el lugar del nacimiento del apátrida como conexión, si bien recibió un comentario severo por parte de la doctrina

bió un comentario severo por parte de la doctrina (73). Ahora bien, como indicamos, salvo los precedentes expuestos, la doctrina se manifestó mayoritariamente en contra de la solución introducida por la E. G. B. G. B. Unos autores adujeron motivos de índole técnica como, en el caso de los emigrados rusos, la aplicación del Derecho zarista, y otros motivos de fondo. Lo cierto es que el recurso a la última ley nacional del apátrida fue expresamente rechazado en la IV Conferencia de La Haya que fue unánime en hacer abstracción de toda nacionalidad que el apátrida hubiese podido tener con anterioridad (74). Precisamente va a ser un refugiado ruso el que, desde el punto de vista de las personas en su situación, realice una de las más duras observaciones a la E. G. B. G. B. en esta materia, añadiendo que el sistema propuesto por el legislador alemán no puede en ningún caso aplicarse a los nacidos *sans patrie* (75). Pero es que, además el parágrafo 29 de la E. G. B. G. B. encontrará serios reparos en la propia doctrina alemana (76). El sistema de la «última nacionalidad» hoy día está en franca decadencia, a pesar de que –como veremos más adelante– algunos representantes de las Cortes orgánicas españolas lo sugirieron a lo largo del proceso de revisión del Título Preliminar del Código civil de 1974 (77).

D) Ley de la residencia habitual

Se trata de la solución que cuenta con mayor respaldo doctrinal, figurando en gran parte de las modernas codificaciones de Derecho internacional privado. De un lado, por ser una respuesta satisfactoria para el problema de los apátridas. De otro, porque se inscribe en el contexto superador de la polémica nacionalidad–domicilio. Además, el carácter de conexión «de hecho» de la residencia habitual contribuye favorablemente a solventar un importante número de problemas de índole técni-

ca. Con todo, en el ámbito de los apátridas, el empleo de esta conexión tiene un origen relativamente reciente, ya que no aparece como subsidiaria de la nacionalidad hasta la publicación de la Ley italiana de 13 junio 1912 (78). Resulta bastante singular en el contexto de la época esta solución, máxime con el precedente del caso «Samana c. Samana» (79). Constituye esta solución, sin embargo, un precedente aislado en su época y, por sí solo, no va a encontrar una mayor trascendencia. Habrá de esperarse hasta la sesión de 1928 de la Conferencia de La Haya, donde la «residencia habitual» marca el punto de partida de un replanteamiento del tema, dentro del contexto general que tiene lugar tras la primera guerra mundial. Las representaciones de los veintidós Estados asistentes, como es sabido, constituyeron cuatro comisiones, una de las cuales abordó el problema de la apatridia (80).

Yugoslavia. Si bien es cierto que el problema de ley rectora del estatuto personal del apátrida no está recogida con carácter general en el Derecho de familia yugoslava, existe una disposición de este tipo referente a las sucesiones. En efecto, el artículo 156 de la Ley sobre sucesiones de 25 abril 1955 – enmendada diez años más tarde– dispone expresamente que *«En ce qui concerne la succession d'une personne sans nationalité, seront applicables les dispositions de la loi du pays de sa dernière nationalité, et, si ladite personne jamais eu de nationalité, ou si sa nationalité est inconnue, la loi du pays de sa dernière résidence ou, a défaut, de son dernier séjour»* (vid. «Conférence de La Haye de droit international privé», en Actes et documents de la Douzième session, t. II, pág. 41). Además, la propia doctrina yugoslava criticó las soluciones contenidas en este precepto (cfr. N. Katicic, «Le droit international privé de la Yougoslavie dans le domaine des rapports familiaux et successoraux», en R. des C, t. 131 [1970–III], págs. 455–456). Y, en cualquier caso, la pervivencia del precepto yugos-

lavo está en función del *legal mosaic* en que estaba sumido el Derecho privado en este país, que no contaba siquiera con un Código civil uniforme.

Cierto sector doctrinal acogió con complacencia esta solución al tener como virtud el evitar una investigación de la última nacionalidad del sujeto –solución alemana– y del domicilio, respecto del cual veía cuatro inconvenientes principales: a) Que el estatuto del apátrida puede ser modificado cuantas veces se quiera mediante el simple cambio de domicilio, b) El apátrida puede poseer mediante varios domicilios, c) El apátrida puede no poseer ningún domicilio, d) La incidencia de distintas leyes personales para los componentes de una misma familia. En todos estos casos, con las conexiones anteriores, no se puede dar una solución concreta y es necesario aplicar la *lex fori*. Por el contrario, con la utilización de la residencia habitual los derechos de los apátridas serán garantizados más eficazmente debido a la facilidad en la determinación de tal conexión (81).

No obstante los precedentes anteriores, la introducción para los apátridas de esta conexión superadora de la polémica nacionalidad–domicilio fue lenta. Incluso la VII Conferencia de La Haya volvió a recurrir nuevamente a la *lex domicilii*. Con todo, algunas codificaciones internas recurrieron a la residencia habitual (82). Pero es que, además, el criterio de la residencia habitual va a ser utilizado igualmente en los sistemas fieles a la conexión domiciliar como rectora del estatuto personal. Un ejemplo típico es el del párrafo 8 del artículo de la ya referida Ley brasileña de 1942. Finalmente, no debe perderse de vista que por aquellos años y, sobre todo, tras la entrada en vigor de los Convenios de 1951 y 1954 sobre refugiados y apátridas, la *lex domicilii* continuaba presidiendo la solución al problema de la ley rectora del estatuto personal del apátrida en la inmensa mayoría de los sistemas.

En efecto, como pudo comprobarse más arriba, se observa una importante ascendencia durante los años cincuenta de la conexión domiciliar, que ocupa hoy un papel preponderante en el plano comparado. Por ello, resulta sorprendente que un sistema de Derecho internacional privado tan cuidado como el portugués de 1966, recurra a la conexión «residencia habitual». Sorprendente porque, si bien en el momento de la redacción del nuevo Código civil, Portugal no era parte del Convenio de 1954, sí lo era del de 1951 sobre refugiados, y la solución del artículo 32 del Código (83), es incompatible con el artículo 12.1 de este último texto internacional. Ahora bien, esta observación en modo alguno desmerece la solución adoptada por el legislador portugués que, a nuestro juicio, debería presidir una futura regulación internacional en la materia por ser la más perfecta técnicamente de las que hemos estudiado. Dicha posibilidad se ve avalada por la codificación interna más reciente que se registra en círculos jurídicos muy diversos. Así, siguiendo su tradición legislativa, el parágrafo 9, apartado 2.º, de la Ley federal austriaca de 15 junio 1978, va a solucionar el tema de los apátridas acudiendo a la residencia habitual (84), lo mismo que el artículo 28.2 de la Horei japonesa en vigor a partir de 1 enero 1990 (85), el artículo 141 del Código de la familia, de Bulgaria, de 28 mayo 1985 (86).

E) «Lex fori»

En ocasiones se ha recurrido a la *lex fori* para resolver el problema del estatuto personal del apátrida. Ciertamente, es una solución realista pero, en ocasiones, puede dar lugar a situaciones injustas. Un examen de Derecho comparado registra que esta solución ha sido utilizada en los países sometidos a una dominación colonial, persistiendo muchas veces tras la independencia: artículo 8 del Decreto de 20 febrero 1891 del

Estado independiente del Congo (87), o el artículo 5 del Dahir de 12 agosto 1913 –9 Ramadán 1331– sobre la condición civil de los franceses y de los extranjeros en el Protectorado francés de Marruecos (88).

En otras ocasiones, también en la perspectiva colonial se ha acudido a una solución compleja, como la contenida en el artículo 4 del Dahir de 1 junio 1914, sobre la condición civil de los españoles y extranjeros en el Protectorado español en Marruecos, a cuyo tenor: «Los extranjeros sin nacionalidad conocida o a quienes no pueda atribuirse nacionalidad determinada, residentes en la zona española, estarán sometidos, en lo concerniente a su estado civil, a su capacidad y a los derechos y deberes de familia, al Código civil español» (89). Si bien este texto bordea la solución *lex fori*, no puede propiamente incluirse dentro de ésta al referirse exclusivamente a los «residentes en la zona española». Por ello, algún autor ha señalado que aquí se estaba a la *lex domicilii* (90). ¿Qué solución hubiese existido para los no residentes? ¿acaso se podría bilateralizar la norma respecto a estos últimos? A nuestro juicio, resulta sugerente la solución otorgada en su día por J. D. González Campos, al introducir en su razonamiento la respuesta dada por el propio Dahir en su artículo 3 al conflicto positivo de nacionalidades –competencia discrecional del Tribunal para determinar la conexión apropiada (91)–. Aplicando este razonamiento al tema que nos ocupa, dejaríamos la solución al criterio de los Tribunales. Es ésta una respuesta que, además, es típica del círculo de los países árabes (92).

Cabe señalar, por último, que al igual que la «residencia habitual», la *lex fori* ha sido utilizada como lo que pudiéramos llamar «conexión subsidiaria de segundo grado» en defecto de la *lex domicilii*. Desde esta perspectiva, la doctrina ha reparado tradicionalmente en su operatividad (93). El mismo carácter supletorio de segundo grado otorgan a la *lex fori* (94), encon-

trándose recogido en el artículo 7 de la Ley federal suiza de 1891. Puede hablarse, en este caso, de una «competencia residual del foro» ante la impracticabilidad del punto de conexión (95).

2. La solución en el proceso de reforma del Título Preliminar de 1974

A) Precedentes de la práctica y de la doctrina españolas

Con anterioridad a la reforma del Título Preliminar del Código civil introducida por el Decreto 1.836/1974, no existía en el Derecho internacional privado español una respuesta para el problema de la ley personal del apátrida, ni directa ni indirecta (96); no obstante, al configurarse en todas sus etapas la ley nacional como conexión dominante del sistema, la respuesta a la cuestión de los apátridas no pasó desapercibida. Ciertamente, la jurisprudencia española no tuvo ocasión de pronunciarse sobre el tema de la ley personal del apátrida. Sin embargo, existen algunos precedentes de rango menor en la práctica de nuestros Tribunales.

Entre ellos merece una especial mención el Auto del Juzgado de Primera Instancia número 20 de Madrid de 7 febrero 1951, pues, dejando al margen unas singulares afirmaciones que incluye en torno a la no pertenencia de Checoslovaquia a la Comunidad Internacional de Naciones por el sistema político adoptado, se manifiesta decididamente partidario de la aplicación del domicilio al estatuto personal del apátrida (97). De

otra parte, existen en el mismo sentido algunas Resoluciones de la D. G. R. N., entre las que destaca la de 14 julio 1965 que entre distintas opciones (ley de la última nacionalidad, ley de la residencia habitual, ley del domicilio...)» se inclina por la conexión domiciliar por ser este criterio el «más predominante» en España (98).

La sentencia de la Audiencia Territorial de Granada de 12 febrero 1975, a la que más adelante nos referiremos, al enfrentarse con el problema de la ley rectora del estatuto personal del apátrida, realizó una referencia expresa a la doctrina internacionalista española, entendiendo que ésta «... por aplicación de los principios generales de Derecho, era unánime en que habría que acudirse para la fijación del estatuto personal –en caso de apatridia– al del domicilio». Esta es una verdad a medias. En primer lugar, porque la introducción del domicilio en este campo no deriva de tales principios, sino del afán de resolver un problema técnico con una conexión operativa. En segundo lugar, porque nuestra doctrina nunca se pronunció ni mayoritaria ni unánimemente sobre este problema. La Audiencia se limitó aquí a reproducir un texto del profesor J. M^a Trías de Bes –lo cual en modo alguno es censurable–, inserto en uno de sus manuales publicado en 1940 (99), desconociendo que, veintidós años después, el citado autor cambiaría de opinión por influencia del Código civil italiano (100).

Ciertamente, el domicilio ha tenido defensores en nuestro país para el problema que nos ocupa, pues, aparte de los autores citados, lo han propugnado J. R. de Orúe y Arregui (101), J. G. Verplaetse (102), J. Peré Raluy (103) y, en una época, M. Aguilar Navarro (104); pero también existe un gran número de ellos que al abordar el tema de la ley rectora del estatuto personal guardan silencio, o se limitan a exponer las soluciones en presencia, sin dar una respuesta, para el Derecho español. Por último, no debe olvidarse que tanto en el «Proyecto Yan-

guas» (105), como en el «Proyecto Trías», a los que nos referiremos en el siguiente epígrafe, se recogen la conexión residencia habitual. Puede afirmarse, pues, que hasta la reforma del Código civil de 1974 no existía una posición clara y mayoritaria al respecto.

B) Referencia al proceso de elaboración del artículo 9, 10.º, del Código civil

La cuestión que abordamos aparece reflejada en el artículo 8 del denominado «Proyecto Yanguas», que, como consecuencia de su nítida influencia italiana, introducía la conexión residencia habitual (106). Posteriormente, el largo paréntesis en que se sumió la fase de revisión, hasta el «Proyecto Trías» de 1962 sería llenado con una serie de precedentes legales como el artículo 96 de la L. R. C. de 1957, Exposición de Motivos del Decreto de 22 febrero 1957...—, pero, como vimos, estaban situados en un contexto distinto al problema del Derecho aplicable.

La influencia del Código italiano de 1942 fue nuevamente reflejada en la «segunda fase» de la reforma en concreto con el «Proyecto Trías» de 1962, donde llega a afirmarse en su preámbulo que «... se recoge la anómala, pero real y frecuente situación de la “apatridia”, estableciendo como ley personal del apátrida la de su residencia habitual, que es la solución generalmente admitida en el Derecho positivo comparado y convencional». A la crítica que en su día se hizo al Proyecto (107), hemos de recordar que la residencia habitual —recogida en el artículo 9, in fine, del Proyecto— en modo alguno era la solución generalmente admitida en el Derecho positivo comparado y convencional. En 1962, la conexión dominante respecto a la ley rectora del estatuto personal del apátrida era

pecto a la ley rectora del estatuto personal del apátrida era la ley del domicilio y no otra. Con todo, la propuesta de J. M^a Trías de Bes al problema no fue tomada en cuenta en el Proyecto de Ley de Bases para la modificación del Título Preliminar del Código civil de 4 octubre 1966 (108), ya que la Base 4.ª de su artículo 3 se limitaba a afirmar que «se regularán los efectos del cambio de nacionalidad y la situación de “apátrida”». Y, más adelante, en el seno de la Comisión de Justicia de las Cortes Españolas, la residencia habitual fue propugnada, si bien con carácter general –y, en consecuencia, sin hacer referencia a los supuestos de apatridia– por el Procurador Ángulo Montes en la enmienda número 28 y, de forma expresa, por J. Esperabé de Arteaga, en la inmediatamente anterior. Según este último Procurador, «a los “apátridas” se les computará como ley nacional la de su residencia habitual, y, en su defecto, la de la nacionalidad perdida» (109). Como se desprende del recorrido de Derecho comparado, que realizamos más arriba, la respuesta transcrita es susceptible de una fácil crítica, sobre todo en lo referente a la conexión subsidiaria de segundo grado, que incluye: «última nacionalidad»; pase la inclusión de la residencia habitual como solución principal, pero acudir a la «nacionalidad perdida» como subsidiaria no deja de evidenciar la defensa de la «ley nacional» del legislador de 1974 que aquí se llevaba hasta consecuencias inverosímiles. En primer lugar, porque no contemplaba la situación de los individuos que nunca han tenido nacionalidad; en segundo lugar, porque, como vimos más arriba, esta alternativa presenta innumerables dificultades de aplicación práctica. Baste señalar, en esta última dimensión, que el legislador alemán había sido consciente al redactar el parágrafo 29 de la E. G. B. G. B de dichas dificultades y que, para obviarlas, incluyó como conexiones subsidiarias el domicilio y la residencia. Dejar la ley de la «nacionalidad perdida» como conexión residual, aparte de no tener nin-

gún precedente ni en la doctrina ni en la codificación nacional e internacional, pone de relieve la improvisación con la que fueron abordados muchos problemas clásicos de Derecho internacional privado en el transcurso de la elaboración del Título Preliminar del Código civil de 1974 (110).

Con todo, las enmiendas efectuadas no encontrarían mañana, pues el Informe de la Ponencia de la Comisión de Justicia de las Cortes (111) fijaría una solución, si no radicalmente contraria, sí al menos contradictoria. En efecto, en el número 6 de la Base 4.a se va a disponer que «A las personas que careciesen de nacionalidad o la tuviesen indeterminada les será de aplicación, a los efectos de esta base, la del lugar de su domicilio o residencia». Esta solución ofrece una gran importancia porque, a partir de aquí, se origina la deficiencia principal de la actual regulación española, es decir, la identificación entre el domicilio y la residencia habitual. Con ello, en el vigente artículo 9, 10.º, del Código civil, esta última no va a ser una conexión de segundo grado –como en los 12, 1.º, de los Convenios de 1951 y 1954–, sino que se subsumirá en el primero (112). La incidencia del artículo 40 del Código civil será decisiva al respecto.

De la fase de elaboración del Título Preliminar del Código civil en la Comisión de Justicia de las Cortes Españolas, cuatro notas podemos destacar en materia de ley rectora del estatuto personal del apátrida. En primer lugar, la inadmisibile identificación entre el «domicilio» y la «residencia habitual» y la proposición de que jugasen de forma optativa y no con carácter supletorio (como ocurre en la inmensa mayoría de la codificación, tanto interna como internacional). En segundo lugar, la resistencia a incluir conexiones territoriales, al tiempo que se intentó sacar el máximo partido a la ley nacional. En tercer lugar, la importancia secundaria concedida a las soluciones contenidas en los Anteproyectos de 1944 y 1962.

No puede extrañar, pues, la deficiente redacción del apartado 6 de la Base 4.ª de la Ley 3/1973, de Bases para la modificación del Título Preliminar del Código civil. Si en aquella época hubiese existido –tanto en el plano legal, como en el jurisprudencial– una nítida delimitación entre el domicilio y la residencia habitual, no dudamos que las pretensiones del interesado hubiesen quedado satisfechas, al menos, parcialmente. Y así, con posterioridad, tanto en el seno de la Comisión General de Codificación, como en el Consejo de Estado «el problema se centrará en la determinación del alcance que debe darse a la referencia conjunta “domicilio o residencia”» contenida en la Ley de Bases (113). En efecto, tras ser recogida esta solución en el número 9 del artículo 9 del Anteproyecto de Texto articulado elaborado por el Ministerio de Justicia como base para los trabajos de la Comisión General de Codificación, el profesor A. Bercovitz Rodríguez-Cano, introdujo una enmienda que contenía una solución similar a la contemplada en los Convenios de 1951 y 1954. Con ello, todos los planteamientos anteriores caían por tierra. Sin embargo, esta enmienda no prosperó, afirmándose expresamente en el Pleno de la Comisión General de la Codificación de 11 diciembre 1973 que «las expresiones domicilio y residencia habitual se utilizan como expresiones equivalentes, de tal manera que siempre que se habla de domicilio puede interpretarse que se está haciendo referencia a la residencia habitual» (114).

A partir de aquí la suerte del estatuto personal del apátrida en cuanto a la ley rectora estaba echada, ya que el Consejo de Estado en su Dictamen de 4 abril 1974 va a seguir la tesis de la equiparación entre ambas figuras. Efectivamente, tras exponerse las ventajas de la «residencia habitual», y su implantación a nivel convencional, el Alto Organismo puso de manifiesto las dificultades de introducir esta conexión en el sistema español de Derecho internacional privado, debido a la existen-

cia del artículo 40 del Código civil —«... el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual»—. El Consejo era consciente de la ambigüedad de esta construcción, por lo que se preguntó acerca de si domicilio y residencia son conexiones distintas (alternativas o subordinadas) o de una categoría expresada en términos sinónimos (115). Esta respuesta tajante del Consejo de Estado sobre la base de lo dispuesto en el artículo 40 del Código civil tendrá la virtud de consolidar una de las mayores deficiencias del sistema español de Derecho internacional privado: la identificación entre el «domicilio» y la «residencia habitual» (116). Téngase en cuenta que esta última noción tiene un sentido diverso en los Tratados internacionales. Por ello, cuando en el artículo 9, 10.º, del Código civil afirma que «se considerará como ley personal de los que carecieren de nacionalidad o la tuvieren indeterminada, la ley del lugar de su residencia habitual», será la conexión domiciliar y no esta última la que en definitiva resuelva el supuesto. No obstante, resulta curioso que cuando España se adhirió al Convenio de Ginebra de 1951 sobre el estatuto de los refugiados, formuló una reserva en cuanto a la aplicación del artículo 12, 1.º, por considerarlo no concordante con el artículo 9, 10.º, del Código civil.

B) El caso « Swinkels c. Swinkels »

Durante el proceso de redacción del Título Preliminar del Código civil se suscitó en nuestro país un supuesto que no sólo tuvo la virtud de ser paradigmático del juego de las diversas conexiones en el sistema español de normas de conflicto, sino que puso de relieve las insuficiencias de una norma de carácter rígido como la contenida en el artículo 9, 10.º, del Código civil. Los hechos fueron, en esencia, los siguientes: D. W. H. Swinkels, holandés de origen, pero devenido apátrida, con domicilio en Irlanda y residencia habitual en España, falleció en Marbella en 1971, habiendo otorgado testamento conforme al cual dejaba la totalidad de sus bienes a su segunda esposa. Meses después un hijo del primer matrimonio del *de cuius* presentó ante el Juzgado demanda sobre nulidad de institución de herederos por preterición de herederos forzosos contra la señora Swinkels. En una primera etapa del pleito el hijo reclamó la aplicación del Derecho holandés –que prohíbe la libertad de testar– sobre la base del artículo 10, 2.º, del antiguo Título Preliminar del Código civil y de que su padre no había perdido la nacionalidad holandesa. No obstante, en la réplica, admitió la cualidad de apátrida de su padre por lo que no tenía otra opción que la aplicación del Derecho material español, y esto hizo partiendo de que el domicilio de éste era España. El Juez de Primera Instancia de Marbella en su sentencia de 22 febrero 1974 dio una respuesta directa al tema inclinándose por la ley del domicilio con referencia expresa a la solución recogida en la Ley 3/1973, de 17 marzo, de Bases para la modificación del Título Preliminar del Código civil. El resultado de la litis se reducía, en consecuencia, a determinar el domicilio del *de cuius*, decidiendo el Juez que éste era Dublín. De este modo se declaró válido el testamento rechazándose la pretensión del

hijo. Ante la desestimación recurrió el actor ante la Audiencia Territorial de Granada, la cual, por sentencia de 12 febrero 1975, confirmó la sentencia de Instancia sobre la base que el problema: «... atinente a la determinación del domicilio, que se plantea –de consumo aceptada por ambas partes litigantes– de que el extinto y nombrado señor Swinkels, tenía la condición o cualidad de apátrida, por haber roto desde finales de la última guerra mundial su vínculo nacional y de origen, holandés, y cuestión, la segunda, o sea, la determinación del estatuto o ley personal de los apátridas, que no aparecía regulada expresamente en nuestro ordenamiento jurídico hasta la (...) modificación del Título Preliminar conforme al Texto articulado, por Decreto de 31 mayo 1974, de la Ley de Bases de 17 marzo 1973–, aunque, con anterioridad a la referida modificación, y habida cuenta de que tampoco nuestra jurisprudencia tuvo ocasión de pronunciarse sobre ello, la doctrina internacionalista, por aplicación de los principios generales de Derecho, era unánime en que habría de acudirse para la fijación de estatuto personal –en caso de apatridia– al del domicilio que, en definitiva, en la solución dada por el vigente artículo 9, 10.º, del citado Código sustantivo, siquiera no utilice la expresión “domicilio”, sino la de “residencia habitual”, razonando esta expresión la Exposición de Motivos de la citada Ley de Bases...» (117).

Del texto transcrito pueden extraerse tres datos principales. En primer lugar, el del carácter retroactivo de una norma de conflicto –la contenida en el artículo 9, 10.º, del nuevo Título Preliminar del Código civil– ante una situación de *facta pendencia*, problema que ya hemos examinado en otro lugar (118). En segundo lugar, el de la asimilación entre el “domicilio” y la “residencia habitual” entre el sistema español de Derecho internacional privado. Finalmente, el de la ley aplicable al estatuto personal del apátrida con anterioridad al Decreto

1.836/1974, no dudando tanto el Juez a quo como la Audiencia Territorial de Granada, en aplicar la *lex domicilii*, por reconocerlo así la doctrina científica y la práctica según ellos y pese a que no existiese jurisprudencia en la materia. Pero lo más relevante del litigio es que la determinación –y eventual identificación– del domicilio y la residencia habitual no era, en modo alguno, indiferente. El causante tenía inequívocamente su residencia habitual en España y, por tanto, de aplicar esta última conexión la solución del supuesto hubiese sido radicalmente contraria. No obstante, debe destacarse el hecho de que la Audiencia mostrase ciertas reservas a la identificación automática de las dos conexiones al sugerir que el artículo 9, 10.º, «pudiera significar alguna desviación del concepto domicilio, a los efectos previstos en la mentada norma», si bien solucionó el problema acudiendo al Derecho intertemporal, evitando entrar en el fondo del mismo. Finalmente, cabe hacer alusión a un grave peligro evidenciado por la sentencia de la Audiencia granadina y derivado, igualmente, de la identificación entre domicilio y residencia habitual (119).

C) Aplicación del artículo 9, 10º, por los Tribunales y Autoridades españoles

Tras la reforma de 1974 se suscitó ante la D. G. R. N. un supuesto de hecho inmejorable para precisar el alcance del artículo 9, 10.º, del Código civil. El resumen fáctico era el siguiente: Por escritura autorizada por un Notario de Barcelona, un rumano compró a una inmobiliaria un piso situado en dicha capital; en este documento se declaraba apátrida, de estado civil casado y sometido al régimen de comunidad de bienes. Dicha escritura fue inscrita. Con posterioridad dicho comprador ante otro Notario de Barcelona, solicitó la rectificación del título inscrito en cuanto le declaraba sometido al régimen de gananciales, toda vez que, en primer lugar, cuando contrajo matrimonio en Rumania, en 1936, regía el artículo 1.283 del Código civil de 1864, que establecía como sistema el régimen de separación de bienes; en segundo lugar, si bien el Código de la familia en vigor en Rumania desde el 1 febrero 1954, estableció el régimen de comunidad de bienes, esta modificación no le afectaba por estar sometido al estatuto de los apátridas y, en cuanto tal, a la ley del domicilio. Como éste había sido establecido inicial e ininterrumpidamente en Barcelona, debía regir el régimen de separación de bienes vigente en Cataluña a tenor del artículo 7 de la Compilación. Presentada en el Registro primera copia de la escritura de rectificación, el Registrador declaró suspendida su inscripción por defectos subsanables, entre otras cosas «por no acompañarse la certificación del matrimonio del otorgante ni acreditarse en forma alguna la condición de apátrida del mismo ni la circunstancia de uno existir contrato de regulación de su régimen económico matrimonial». Contra esta calificación, el Notario autorizante

interpuso recurso gubernativo, confirmando el Presidente de la Audiencia la nota del Registrador. Ante la apelación del recurrente, la Resolución D. G. R. N. de 10 marzo 1978 revocó el auto de la Audiencia y la nota del Registrador, afirmando entre otras consideraciones legales que: «Que la materia sobre la que versa este recurso no es propiamente la relativa a la situación o no de apatridia del titular que solicita la rectificación registral (...). Que, para probar inequívocamente que el inmueble adquirido es privativo de don R. B., se hace necesario demostrar que su matrimonio con doña E. F. se encontraba regido por el sistema de separación de bienes. Que de la documentación aportada resulta que el matrimonio se contrajo en Rumania en 1936 bajo el sistema legal vigente en aquella fecha, que era el de separación de bienes; que la posterior modificación por el Código de familia de aquel país de 1954, que establece el sistema de comunidad, incluso con carácter retroactivo, no afecta dicho matrimonio, dado su condición de apátridas, que ostentaban con anterioridad a la entrada en vigor de esta disposición legal, apatridia reconocida por el funcionario calificador, y que supone una ruptura de su vínculo; que según el artículo 9, 2.º y 3.º, del Código civil, las relaciones patrimoniales de los cónyuges se regirán por su última ley nacional común o, en su defecto, por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración, que tanto en un caso como en otro es la rumana; y, al fin, que dicho régimen inicial de separación de bienes, es, en nuestro sistema de Derecho internacional privado, inalterable, salvo por voluntad de los cónyuges cuando su ley personal lo permita y sin que le afecte el cambio de nacionalidad de los esposos y mucho menos, claro es, que a éstos les sobrevenga la condición de apátrida, lo cual sólo para situaciones jurídicas no consolidadas determinará la aplicación de la ley del lugar de la residencia habitual (arts. 9 y 10 del Código civil –sic–)» (120).

El texto evidencia de forma significativa la no aplicación expresa del artículo 9, 10.º, del Código civil, que era la única viable desde el punto de vista del Derecho internacional privado español y que hubiese dado al Organismo directivo la oportunidad de pronunciarse sobre el tema que nos ocupa. Por el contrario, la Dirección General va a trascender, tanto en el espacio como en el tiempo, para intentar resolverlo y ello de forma errónea. En el espacio, pues, en aplicación incorrecta de los párrafos 2.º y 3.º del artículo 9 del Código civil (redacción de 1974), va a remitirse a la ley la última nacionalidad del apátrida, el Código civil rumano. En el tiempo, porque va a enfrentarse, igualmente de forma incorrecta, con un problema de conflicto internacional transitorio. La crítica al primero de estos aspectos ya ha sido hecha a lo largo de las páginas anteriores y no insistiremos en ella. En cuanto al segundo aspecto recordaremos tan sólo que el tema debe resolverse con aplicación de los principios transitorios de la *lex causae* (en el caso de que ésta hubiese sido competente) y que, en esta dirección, los efectos retroactivos del Código de familia rumano de 1954 debieron ser tenidos en cuenta.

V. CONSIDERACIONES FINALES

La desaparición progresiva de los supuestos de apatridia en la sociedad contemporánea otorga un carácter residual a la norma contenida en el artículo 9, 10.º, del Código civil. Tanto más en el sistema español donde la lucha contra la apatridia preside nuestro Derecho de nacionalidad, señaladamente tras las reformas del Código civil de 1982 y 1990. Por lo demás, los supuestos de nacionalidad «indeterminada», frecuentes en los últimos tiempos, como una defensa frente a restrictivas políticas migratorias, suelen reducirse a través de enérgicas medidas de expulsión o a través de un régimen probatorio que condiciona decisivamente la aplicación de la norma que examinamos. Dicho carácter residual no afecta, sin embargo, a la necesidad de una norma de este tipo en todos los sistemas de Derecho internacional privado que, como el español, determinan la ley personal de las personas físicas a través de la nacionalidad y la aplican a un número muy amplio de relaciones jurídicas. Una simple variación en la conexión determinante de la ley personal, esto es, la sustitución de la nacionalidad por otro criterio como el domicilio o la residencia habitual, y la norma tendría un alcance mucho menor limitándose a declarar la competencia residual del Derecho del foro en los supuestos de indeterminación de ambos criterios.

El precepto se aplica con carácter preferente a los supuestos propios del Derecho internacional privado autónomo. No obstante, habida cuenta el carácter general con que está formulado, se extiende en principio a los supuestos previstos en el Derecho internacional privado convencional, salvo el caso, poco frecuente en la actual práctica, de que el Tratado internacional

incluya una norma que regule expresamente ésta en el estatuto personal de los apátridas. Se trata, en cualquier caso, de una situación más hipotética que real, pues las normas del Derecho internacional privado convencional suelen excluir la ley nacional como regla de base por constituir un obstáculo a la confluencia de sistemas jurídicos divergentes.

Uno de los principales problemas que ofrece la aplicación de la norma estudiada es la identificación existente en el Derecho internacional privado español entre el domicilio y la residencia habitual, contenida en el artículo 40 del Código civil, reflejada a lo largo del proceso de reforma del Título Preliminar del Código civil, expresada en la Exposición de Motivos del Decreto 1.836/1974, y confirmada por los Tribunales de Justicia (sentencia de la Audiencia Territorial de Granada de 12 febrero 1975). Esto es, el precepto confiere al juzgador un margen muy amplio de libertad real en la elección del Derecho aplicable que en este caso no está justificada y que es contraria al principio de seguridad jurídica sobre el que reposa *prima facie* nuestro sistema de Derecho internacional privado. En términos generales, la redacción del artículo 9, 10.º, es correcta técnicamente, y lo sería aún más si se precisaran las nociones de «domicilio» y de «residencia habitual» que figuran en el artículo 40 del Código civil, en la línea de moderna codificación internacional (121), y sigue una cierta tendencia actual de la codificación interna del Derecho internacional privado; no obstante, se aleja de la posición mayoritaria—mente seguida, tanto en el plano interno como en el convencional: la reserva al artículo 12.1 del Convenio de 1951, formulada por nuestro país en el momento de la adhesión al mismo, es una buena prueba de ello. Por otra parte, la solución contenida en el precepto es excesivamente rígida y no resuelve todos los supuestos; una vía de flexibilización y no estaría de más una referencia a la *lex fori* como conexión subsidiaria de segundo grado.

Por último, la norma es tributaria de la época en que fue redactada; de ahí su carácter genérico. Sustituir de forma automática la ley nacional por la ley de la residencia habitual en todos los casos no parece acomodarse a las necesidades del tráfico externo de nuestros días. Tanto más en un sistema de Derecho internacional privado autónomo, donde, hoy por hoy, todavía predomina el paradigma de la ley nacional y sólo tímidamente se vislumbra la «aurora de la ley local» (122). El amplio catálogo de relaciones jurídicas que quedan dentro de una norma tan general como la contenida en el artículo 9, 10.º, del Código civil (personales, familiares, patrimoniales, formales, etc...)» no constituye una opción de política legislativa justificada por objetivos materiales válidos. Tampoco la norma asegura la coherencia de las soluciones a las que puede dar lugar. La práctica mayoritaria refleja que la solución subsidiaria puede ser válida en el ámbito de las sucesiones, pero ofrece insuficiencias en otros supuestos como el régimen económico matrimonial o la filiación. Mientras se mantenga el imperio de la ley nacional en un sistema de Derecho internacional privado la especialización de una norma de este tipo es particularmente aconsejable.

NOTAS

(2) Vid., con carácter general: Q. Alfonsín, «Apostillas sobre el punto de conexión “domicilio” en el Derecho privado internacional», en R. E. D. I., vol. X, 1957, págs. 141–156; J. L. Fernández Flores, «El estatuto personal y su problemática», en A. D. I., vol. I, 1974, págs. 49 y ss., especialmente págs. 54–67; E. D. Graue, «Domicil, Nationality, and Proper Law of the Persons», en Germán Y. I. L., vol. 19, 1976, págs. 254–277; R. D. Kollwijn, «Degenerazione del principio di nazionalità nel diritto internazionale privato moderno», en Dir. int., vol. XIII, 1959, págs. 508–525 (trad. del original holandés por R. De Nova); J. V. Long, «Domicil v. Nationality», en Rabels Z., 1953, págs. 247–262; Y. Lous-souarn, «La dualité des principes de nationalité et de domicile en droit international privé», en Annuaire I. D. I., vol. 62, t. I, 1987, págs. 295–381, t. II, 1987, págs. 127–178; B. de Magalhaes, «La doctrine du domicile en droit international privé», en R. des C, t. 23 (1928–III), págs. 18 y ss.; P. Mayer, «Evolution du statut de la famille en droit international privé», en Journ. dr. int., t. 104, 1977, págs. 447 y ss., especialmente págs. 451–457; A. V. von Oberbeck, v.º «Persons», en Int. Ene. Comp. L., vol. III, Cap. 15 (1972), páginas 5 y ss.; E. Vitta, «II principio di nazionalità nel diritto internazionale privato italiano», en Riv. dir. int. pr. proc., 1981, págs. 345–363; L. I. de Winter, «Nationality or Domicile? The Present State of Affairs», en R. del C, t. 128 (1969–III), págs. 381–382. Para un recorrido aproximativo por los distintos círculos jurídicos, vid., *Inter alia*, A. Pillet, Principios de Derecho internacional privado (trad. española de N. Rodríguez Aniceto y C. González Posada), t. II, Madrid, Librería V. Suárez, 1923, págs. 69 y ss., especialmente págs. 84–86; P. Arminjon, Précis de droit international privé, vol. II, 3.a (por A. Schlaepfer), París, Dalloz, 1958, págs. 29–38; H. Batiffol y P. Lagarde, Droit international privé, 7.a ed., t. II, París, L. G. D. J., 1983, págs. 23 y ss.; P. Lerebours-Pigeonnière e Y. Loussouarn, Droit international privé, 9.a ed., París, Dalloz, 1970, núms. 337–338; Y. Loussouarn y P. Bourrel, Droit international privé, 4.a ed., París, Dalloz, 1993, págs. 149–157; F. Rigaux, Droit international privé, Bruselas, Lancier, S. A., 1968, págs. 338–341; F. Rigaux y M. Fallón, Droit international privé, t. II, Droit positif belge, 2.a ed., Bruselas, Lancier, 1993, págs. 290–294; P. M. North, Cheshire and North Private International Law, 12.a ed., Londres, Butterworths, 1992, págs. 165–171; A. A. Eherenzweig y E. Jayme, Private International Law, vol. II, Leiden, Sijthoff, 1973, págs. 94–102, especialmente pág. 101; E. Vitta, Diritto internazionale privato, vol. I, Turín, U. T. E. T., 1972, págs. 262–275, especialmente págs. 271–273; I. Filipescu, Dreptul international privat, Bucarest, Universidad de Bucarest, 1977, págs. 227–231; M. Aguilar Navarro, Derecho civil internacional, 4.a ed., Madrid, Secc. Publ. Univ. Complutense, 1975, págs. 47 y ss.; A. Míaja de la Muela, Derecho internacional privado, vol. II, 8.a ed., Madrid, Atlas, 1979, páginas 186 y ss.; J. C. Fernández Rozas, en J. D. González Campos y otros, Derecho internacional privado. Parte especial, 5.a ed. revisada, Madrid, C. E. S. S. J. Ramón Carande, 1993, págs. 37–53; E. Pérez Vera, Derecho internacional privado. Parte especial, Madrid, Tecnos, 1980, págs. 135–150, especialmente págs. 141–146.

(3) Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 junio 1951 (B. O. E. de 21 octubre 1978).

(4) En efecto, si al incorporarse a este texto internacional nuestro país no formula una reserva al artículo 12.1 –como lo hizo respecto al Convenio de 1951–, la distorsión entre normativa interna y normativa internacional puede dar origen a múltiples deficiencias técnicas (cfr. J. Quel López, *Las reservas a los Tratados internacionales. Un examen de la práctica española*, Bilbao, Universidad País Vasco, 1991, pág. 243).

(5) Cfr. A. N. Makarov, «Règles générales du droit de la nationalité», en *R. des C*, t. 74 (1949–1), pág. 352.

(6) Cfr. F. Rigaux, *Derecho Internacional privado. Parte general*, Madrid, 1985, pág. 141.

(7) Cfr. P. Louis Lucas, «Les conflits de nationalités», en *R. des C*, t. 64 (1938–11), páginas 5–17.

(8) Cfr. F. Rigaux, *Derecho internacional privado, op. cit.*, pág. 142.

(9) A juicio de F. Rigaux, el principio es absoluto para las acumulaciones de nacionalidades y, salvo en ciertos casos excepcionales de desnacionalización operada por un Estado respecto de sus propios nacionales, abarca también a la apatridia. En cualquier caso, el autor belga discrimina el carácter de los conflictos positivos y negativos de nacionalidades en torno a la distinción del carácter irreductible y dialéctico del conflicto de nacionalidades. A diferencia de la apatridia que, según su terminología, es siempre un problema irreductible, los conflictos positivos de nacionalidades pueden tanto compartir ese carácter como ser considerados como una simple posición dialéctica susceptible de ser superada. Con ello, respecto a la apatridia, originada por las competencias exclusivas de los Estados que componen la comunidad internacional para regular la cuestión de la nacionalidad, que hace de la apatridia un conflicto irreductible, dada la escasa protección internacional de que goza el apátrida. La misma irreductibilidad predicable en los conflictos positivos o «acumulación» de nacionalidades se ve atenuada por el mejor funcionamiento de los mecanismos de la cooperación internacional en aras a la supresión de ciertos conflictos positivos o, al menos, de las incompatibilidades más graves, y, en especial, por el eventual «carácter dialéctico» que impregna en particular los conflictos positivos de nacionalidades, por oposición a los negativos. En ese sentido, «el cúmulo de nacionalidades puede también indicar un simple momento dialéctico en el curso del proceso de determinación de la nacionalidad de una persona. Para que se pueda elegir entre las dos nacionalidades en concurso son necesarias dos condiciones: que exista una autoridad competente para proceder a tal elección, y que esa autoridad disponga de un criterio a ese fin» (ibtd., págs. 141 y 142).

(10) Cfr. J. D. González Campos, *Derecho internacional privado. Parte especial*, Oviedo, vol. I, 1984, págs. 114–115.

(11) Cfr. H. Batiffol y P. Lagarde, *Droit International privé*, t. 1, 8.a ed., Paris, 1983, págs. 118–127.

(12) Cfr. I. D. González Campos, *Derecho internacional privado. Parte especial*, vol. 1, op. cit., pág. 115. En cambio, F. Rigaux estima que «es secundario que ese conflicto de nacionalidades se plantee ante un órgano del orden jurídico internacional (juez o arbitro,

por ejemplo) o ante una jurisdicción estatal. En las dos hipótesis, el órgano competente aplica las reglas apropiadas, que constituyen, sin embargo, un simple expediente, más que una verdadera solución» (cfr. Derecho internacional privado, op. cit., pág. 143).

(13) Por su repercusión en su época cabe referirse al Decreto del Consejo de Comisarios del Pueblo soviético de 15 diciembre 1921, que originó la desnacionalización de unos dos millones de ciudadanos rusos incurso en una serie de circunstancias, como el abandono clandestino del territorio soviético, estancia ininterrumpida de más de cinco años en el extranjero y no regularización de su situación ante las representaciones diplomáticas o consulares soviéticas (vid. B. Trachtenberg, «La situation des apatrides», en *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1933, pág. 257 y bibliografía allí citada). A partir de aquí las medidas de desnacionalización masiva fueron adoptadas en estos años por otros gobiernos como el turco, el egipcio, etc., y ello trajo como consecuencia el número desmesurado de apátridas; dicho número se incrementaría con posterioridad en virtud de dos acontecimientos: las modificaciones territoriales acaecidas en el continente europeo, y la generalización de la desnacionalización con respecto de los individuos de raza judía en la Alemania nazi y en la Italia fascista (vid. G. Scelle, «A propos de la loi allemande du 14 juillet 1933 sur la déchéance de la nationalité», en *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1934, págs. 63–76; E. Lapenna, *La cittadinanza...*, op. cit., págs. 131 y ss.).

(14) Vid. A. Grahl–Madsen, *The Status of Refugees in International Law*, vol. 1, Leiden, 1966, págs. 12–17; B. Vulkas, «International Instruments Dealing with the Status of Stateless Persons and of Refugees», en *Rev. belge dr. int.*, vol. III, 1972, págs. 143 y ss.; S. Aga Khan, «Legal Problems Relating to Refugees and Displaced Persons», en *R. des C*, t. 149, 1976–1, págs. 296–297.

(15) De este modo, se van a ver desprovistos de la nacionalidad norteamericana y canadiense individuos de raza japonesa –si bien muchas veces se operó por medio de la desnaturalización–; por otro lado, esta medida quedará reservada para los «colaboracionistas» con el enemigo como puso de relieve, por ejemplo, el Real Decreto–Ley belga de 20 junio 1945, o la jurisprudencia holandesa sobre la base de una interpretación ad hoc de la Ley de nacionalidad de 1892, revisada en 1936 (sentencia del Tribunal Supremo holandés de 5 noviembre 1952 («In re Warris»), o sentencia del Tribunal especial de casación holandés de 11 agosto 1948 («Re Voortman»), en *Annual Digest*, 1948, núm. 68; *I. L. R.*, 1952, núm. 60).

(16) Ya el I. D. I., en su sesión de Venecia de 29 septiembre 1896, elaboró una Resolución en cuyo artículo 6.º se afirmaba que «Nul ne peut perdre sa nationalité ou y renoncer que s'il est dans les conditions requis por obtenir son admission dans un autre Etat. La dénationalitation ne peut jamás être imposée á tritre de peine» (I. D. I., *Tableau general des résolutions 1873–1956*, pág. 43). En esta línea, E. Isay afirmaba en 1924 que «De plus le droit des gens n'autorise pas l'Etat á retirer sa nationalité á des parties entières de sa population» (cfr. «De la nationalité», en *R. des C*, t. 5, 1924–V, pág. 441). Si todos los Estados recurrieran a estas medidas, asegura años más tarde J. P. A. François, se produciría una situación intolerable dentro de la Comunidad internacional (cfr. *Le problème des apatrides*, loc. cit., págs. 301 y ss.). En la misma línea se inclina G. Scelle en su crítica a la Ley alemana de 14 julio 1933 (cfr. *A propos de la loi allemande...*, loc. cit., págs. 293 y ss.). En su monografía, E. Lapenna, tras un examen de los autores clásicos en la materia (Lapradelle, Lauterpacht, Niboyet, van Panhuys, etc.), llega a la conclusión de que es

contrario al Derecho internacional la transformación de nacionales en apátridas, partiendo de la teoría del abuso del Derecho (cfr. *La cittadinanza nel diritto internacionales.*, op. cit., págs. 131–144).

(17) Vid. A. Verdoot, *Declaración Universal de los Derecho del Hombre. Nacimiento y significación*, Bilbao, 1970, págs. 153–158.

(18) En su día se realizó un esquema de las hipótesis en presencia que, afortunadamente, en la actualidad ha quedado superado por los acontecimientos: W. Samore, «Statelessness as a Consequence of the Conflict of Nationality Laws», en *A. J. I. L.*, vol. 45, 1951, páginas 476–494. Con un carácter más reciente, vid. A. Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado*, II, 10.a ed., Madrid, 1987, págs. 136–137 (revisión de M. Díez de Velasco y J. C. Fernández Rozas).

(19) Resolución de la D. G. R. N. de 5 febrero 1985. en *R. A. J.*, 1985, núm. 6834; *La Ley*, núm. 1279, 1985, págs. 13–14; *R. E. D. I.*, vol. XXXVIII, 1986, págs. 13–14.

(20) Dentro de la copiosa literatura existente sobre esta materia interesa destacar, a nuestros fines. A. Beghe Loreti, *Rifugiati e richiedenti asilo nell'area della Comunità Europea*, Pádua, Cedam, 1990, págs. 14 y ss.; A. Grahl–Madsen, *The Status of Refugees in International Law*, vol. I, Leiden, Sijthoff, 1966, págs. 284 y ss.; G. Jaeger, «Les Nations Unies et les refugies», en *La reconnaissance de la qualité de réfugié et Votroi de Vasile*, Bruselas, Bruylant, 1990, págs. 18 y ss., especialmente págs. 82 y ss.; D. López Garrido, *El derecho de asilo*, Madrid, Trotta, 1991, págs. 47 y ss.

(21) Cfr. P. Weiss, «The International Status of Refugees and Stateless Persons», en *Jour. dr. int.*, t. 83, 1956, págs. 5–6.

(22) Vid. F. de Castro y Bravo, «Los proyectos de Tratados para suprimir o reducir la apatridia», en *R. E. D. I.*, 1959, págs. 87–89; A. Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado*, op. cit., págs. 144–147.

(23) Vid. J. C. Fernández Rozas, voz «Apátrida», en *Enciclopedia Jurídica Chitas*, vol. I, Madrid, 1995 (en prensa).

(24) La doctrina ha venido repudiando desde antiguo la política desnacionalizadora que, en ocasiones con carácter masivo, ha sido práctica habitual de determinados Estados. Dentro de la abundante bibliografía sobre el tema, cabe referirse a los siguientes trabajos: E. Audinet, «Les heimatloses et leur condition juridique», en *Journ. dr. int. pr.*, t. 52, 1925, págs. 882–896; H. A. Boghdadi, «Le droit a una nationalité. Le problème des apatri-des», en *Rev. égyptienne dr. int.*, vol. IV, 1948, págs. 48 y ss.; J. P. A. François, «Le problème des apatrides», en *R. des C*, t. 53 (1935–III), págs. 371 y ss.; E. Isay, «De la nationalité», en *R. des C*, t. I (1924–IV), págs. 441 y ss.; W. Samore, «Statelessnes as a Consequence of the Conflict of Nationality Laws», en *A. J. I. L.*, vol. 45, 1951, págs. 476 y ss.; B. Trachtenberg, «La situation des apatrides», en *R. des C*, t. 53 (1935–III), páginas 235 y ss. y 588 y ss. Estos precedentes doctrinales cristalizarían tras la Carta de San Francisco al ponerse de manifiesto que las prácticas que dieron origen a millones de apátridas eran totalmente contrarias a la dignidad humana. Debe recordarse, sin embargo, que el artículo 15 de la Declaración Universal no solucionó del todo el problema. La prueba de ello fue el

proceso de codificación desarrollado en el seno de la Comisión de Derecho internacional. Junto a la doctrina anterior, resulta obligado referirse al trabajo de H. Bonneau, *Le retrait de nationalité en droit des gens*, 1948, págs. 50–81.

(25) Cfr. J. D. González Campos, nota a la sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia de 27 febrero 1963, en *R. E. D. I.*, vol. XVIII, 1965, págs. 561–575.

(26) Vid. G. Peiser, «La conférence de Genève sur l'apatridie», en *A. F. D. I.*, 1959, págs. 504–522; S. Torres Bernárdez, «La conférence des Nations Unies pour l'élimination ou la réduction des cas d'apatridie dans l'avenir (Deuxième partie, New York, 1961), La Convention sur la réduction des cas d'apatridie», *ibíd.*, 1962, págs. 528–556; P. Weiss, «The United Convention on the Réduction of Statelessness 1961», en *I. C. L. Q.*, vol. 11, 1962, págs. 1073–1090. Un estudio de los trabajos preparatorios y del Convenio se encuentra en el manual de A. Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado*, II, op. cit., páginas 138 y ss.

(27) La regla de base del Convenio descansa en su artículo 1.1: «Todo Estado contratante concederá su nacionalidad a la persona nacida en su territorio, que de otro modo sería apátrida»; bien entendido que dicha nacionalidad será acordada o bien en el momento del nacimiento, o bien por solicitud tramitada conforme a las modalidades de naturalización previstas en cada Estado contratante, según una serie de condiciones que se detallan en el párrafo 2.º del mencionado precepto. De otro lado, el artículo 2 dispone que, salvo prueba en contrario, se considera que los niños que han nacido hallados en el territorio de un Estado contratante, han nacido en dicho territorio. Pero, sobre todo, interesa el tenor de su artículo 8.1 («Los Estados contratantes no privarán de su nacionalidad a una persona si esa privación ha de convertirla en apátrida»), y de su artículo 9.

(28) Aunque el Convenio está en vigor, no cuenta más que con una docena de Estados parte. Nuestro país tampoco participa en el mismo, aunque ha incorporado los postulados sobre reducción de la apatridia por vía interna. Al lado de este texto internacional cabe referirse, en la misma línea, al Convenio de Berna de 13 septiembre 1973, tendente a reducir el número de los casos de apatridia, del que tampoco nuestro país es parte.

(29) El artículo 17, 3.º, del Código civil, en su redacción de 1975, no era aplicable a todas las hipótesis que pudieran presentarse como apatridia, siendo, en opinión de E. Pérez Vera, forzada una interpretación analógica del artículo 17, 4.º, del Código civil (cfr. *Derecho internacional privado*, op. cit., págs. 24 y 25. Sobre la situación general de la normativa aplicable a la apatridia en esta época, vid. el comentario de J. D. González Campos a la sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia de 27 febrero 1963, cit., páginas 561–575. En estas fechas, y sobre la base de un análisis crítico de las normas relativas a la apatridia, el autor concluía justificando los motivos de nuestra no participación en los Convenios internacionales en la materia en razones netamente políticas, dentro de las cuales destacaba el cuantioso número de españoles emigrados tras la guerra civil. Además, téngase presente que el entonces vigente artículo 23, 2.º, del Código civil incluía la pérdida de la nacionalidad española por sanción y que el artículo 20 del Fuero de los Españoles no distinguía entre españoles naturalizados o no, en cuanto a sujetos pasivos de la medida.

(30) La desnacionalización fue una medida utilizada sólo en casos excepcionales, si bien adquirió una gran relevancia durante el período franquista (art. 9 de la Ley de 24

noviembre 1938; Ley de Responsabilidades Políticas de 9 febrero 1939; Ley de Seguridad del Estado de 29 marzo 1941; Código penal de 1944). La contradicción se agravó con la entrada en vigor de la Ley de reforma del Código civil de 15 julio 1954, al incluir, por primera vez en nuestra legislación civil, la posibilidad de pérdida de la nacionalidad a los que por sentencia firme sean condenados a ella «conforme a lo establecido en las leyes penales» (art. 23, 2.º, del Código civil).

(31) Cfr. E. Pérez Vera, op. cit., pág. 38; Id., «La Constitución de 1978 y el Derecho internacional privado: normas en materia de nacionalidad y extranjería», en R. D. Publ. núm. 86, 1982, pág. 8. Esta interpretación ha de considerarse correcta pese al espíritu de las desafortunadas Consulta núm. 1/1979, de 12 enero (B. I. M. J. núm. 1156, 1979, pág. 62; J. D. González Campos y J. C. Fernández Rozas, Derecho internacional privado. Materiales de prácticas, Madrid, Tecnos, 1983, págs. 70–71 –en adelante, Prácticas–, del Fiscal General del Estado y Resolución de la D. G. R. N. de 21 marzo 1979 (Anuario de la D. G. R. N., 1979, págs. 476–477; Prácticas, págs. 62–63, y nota de P. Abarca Junco en R. E. D. I., vol. XXXIV, 1982, págs. 473–474).

(32) Cfr. J. C. Fernández Rozas, Derecho español de la nacionalidad, Madrid, Tecnos, 1987, págs. 139–141.

(33) Cfr. J. D. González Campos, «Artículo 17 del Código civil», en Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela, Madrid, Tecnos, 1986, pág. 47.

(34) Un ejemplo ilustrativo de esta situación lo constituye la determinación de la nacionalidad de un menor nacido en España de padres argentinos de origen. Sería éste un supuesto típico de conflicto negativo de nacionalidades por la concurrencia entre el criterio del *ius soli*, mantenido por la legislación del país de origen de los progenitores, y el del *ius sanguinis*, sustentado por la normativa del país del lugar donde ha ocurrido el nacimiento, esto es, España, y que llevado hasta sus últimas consecuencias convertiría al menor en apátrida. Ahora bien, en la solución de este planteamiento han de tenerse en cuenta dos datos previos. En primer lugar, el punto de partida será el ordenamiento español, dado que la nacionalidad es competencia exclusiva del Estado y es éste quien determina quiénes son sus nacionales con independencia de lo dispuesto en la normativa extranjera eventualmente concurrente. En segundo lugar, la autoridad o Tribunal que conozca del asunto ha de atenerse a la atribución de nacionalidad realizada por su propia legislación, lo que no prejuzga en ningún caso la eventual atribución de otra nacionalidad por la legislación extranjera a la misma persona.

(35) El artículo 3 de la Ley de la nacionalidad argentina, núm. 21.795, de 18 mayo 1978, dispone que «son argentinos por nacimiento... el nacido en el extranjero de padre o madre nacional de origen, siempre que así lo demande el titular de la patria potestad. La demanda debe presentarse ante el Tribunal federal con jurisdicción en el domicilio del residente, dentro de los 5 años siguientes al momento del nacimiento. Dentro de los tres años siguientes al cumplimiento de los 18 años podrá solicitarlo el propio interesado, tras probar que sabe leer, escribir y expresarse comprensiblemente en la lengua nacional. En todo caso, es necesario que en el momento de la solicitud conste el domicilio durante dos años ininterrumpidamente en la República». En parecido sentido se orienta el Decreto 3.213, de 28 septiembre 1984, reglamentario de la Ley de 12 noviembre 1984 (vid. Columbia J. T. L., vol. 24–1, 1985, pág. 192; «Argentinien. Neues argentinisches Staatsange-

hörigkeitsrecht», en *Das Standesamt*, 1979, 12, págs. 327–329). La misma exigencia de una declaración de voluntad para considerar nacionales a los nacidos en el extranjero se prevé en las legislaciones de Costa Rica (Ley 3.544, de 28 agosto 1965). Tampoco faltan ejemplos en el ámbito iberoamericano en los que, sin aludirse directamente al ejercicio de la autonomía de la voluntad, se requiere, sin embargo, que el nacido en el extranjero de progenitores nacionales resida en el territorio cuya nacionalidad se cuestiona para que se produzca el efecto de nacionalidad. Así se tipifica en la Constitución boliviana de 2 febrero 1967; la chilena, de 19 septiembre 1925, reformada por la Ley 12.548, de 12 septiembre 1957, y la Ley fundamental cubana, de 7 febrero 1959. Sobre la incidencia de la autonomía de la voluntad en la atribución de nacionalidad, vid. E. Lapenna, *La cittadinanza nel diritto internazionale generale*, Milán, Giuffrè, 1966, págs. 41 y ss.

(36) Vid. I. Bronwlie, «The Relations of Nationality in Public International Law», en *B. Y. B. I. L.*, vol. XXXIX, 1963, págs. 343–344.

(37) R. A. J., 1985, núm. 6834; *La Ley*, núm. 1279, 1985, págs. 13–14; R. E. D. I., volumen XXXVIII, 1986, págs. 13–14.

(38) Así lo han puesto de manifiesto J. D. González Campos, «Nota a la sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia de 27 febrero 1961», cit., págs. 561 a 565, y A. Marín López, *Derecho internacional privado. Parte especial*, vol. I, Nacionalidad y extranjería. Granada, 1987, pág. 149.

(39) Cfr. F. de Castro y Bravo, *Los proyectos de Convenios...*, loc. cit., pág. 91.

(40) De acuerdo con el Organismo Directivo, «... las dificultades que, en términos generales, se presentan cuando se plantea una cuestión sobre la existencia de una determinada actual nacionalidad, en defecto de un certificado del Registro civil que así lo declare, como son los de inscripción de concesión de la nacionalidad, obligan a acudir a otro medio de prueba, conforme declaró la Resolución de 23 junio 1964, entre ellos la misma posesión de estado, dificultades que aumentan, si cabe, cuando se está ante una situación de confesada carencia de ella, o de apatridia, y por ello, el artículo 96 de la L. R. C. permite, a falta de otras pruebas de nacionalidad, el expediente de declaración de domicilio de los apátridas, a fin de la posterior aplicación de la legislación correspondiente...» {Anuario D. G. R. N., 1965, págs. 55 y ss.}.

(41) La Resolución de la D. G. R. N. de 22 diciembre 1976 («Consulta del Subdirector General de Cooperación Internacional del M. E. C») ha solucionado de forma inequívoca el interrogante al afirmar que: «los apátridas son considerados extranjeros, a los que, a efectos de capacidad y estado civil, derechos y deberes de familia y sucesión por causa de muerte se aplica la ley del lugar de su residencia habitual... El estatuto del apátrida no cambia por la obtención de un documento administrativo (pasaporte), sino por la adquisición de la nacionalidad (extranjera o española)» (Anuario de la D. G. R. N., págs. 362–363, y nota de J. C. Fernández Rozas en R. E. D. I., vol. XXXII, 1980, págs. 215–217).

(42) En el supuesto de atribución regulado en el artículo 17, 1.º, c), del Código civil, en el expediente debe constar que el nacimiento ha acaecido en España y, además, se debe acreditar que los ordenamientos nacionales los progenitores no imponen la nacionalidad en virtud del *ius sanguinis* (art. 12, 6.º, del Código civil).

(43) La declaración obtenida será objeto de anotación al margen de la inscripción del nacimiento del interesado al que se refiere (art. 340 del R. R. C). Por el momento, el Centro Directivo se ha pronunciado con respecto a los hijos de peruanos (Resolución de la D. G. R. N. de 8 y 24 mayo, 20 junio, 30 septiembre y 12 noviembre 1991; 13 enero y 23 marzo 1992; 28 mayo, 28 junio y 3 julio 1993), argentinos (Resolución de la D. G. R. N. de 20 mayo 1991). No obstante, en algún caso no se impuso la nacionalidad española por el hecho de que se ha acreditado que se les había atribuido la nacionalidad argentina. Cabe mencionar en esta línea la Resolución de la D. G. R. N. de 27 marzo 1993 (B. I. M. J., núm. 1673, 1993, págs. 2642–2644), de padre argentino y madre peruana (Resolución de la D. G. R. N. de 23 marzo 1992, B. I. M. J., núm. 1637, 1992, págs. 3648–3652) y de progenitores uruguayos (Resolución de la D. G. R. N. de 15 diciembre 1992, B. I. M. J., núm. 1664, 1993, págs. 1329–1333). En cambio, no son españoles por nacimiento en territorio español ni los hijos de chinos (vid. Resoluciones de la D. G. R. N. de 30 diciembre 1992; 9 febrero, 20 abril y 31 mayo 1993, anotadas por A. Álvarez en R. E. D. I., vol. XLV, 1993–2) (en prensa), ni los hijos de los nacionales de la República Dominicana (Circular de la Dirección General de Policía de 19 febrero 1993).

(44) Vid. el clásico rapport de P. S. Mancini en la sesión del I. D. I. en La Haya –1874–, reproducido en Journ. dr. int. privé, t. I, 1874, págs. 221 y ss. y 285 y ss., en la R. D. I. L. C. t. VII, págs. 329 y ss., y en lengua italiana en Dir. int., vol. XIII, 1959, s. 367–397.

(45) Cfr. A. Cassese, «Per la determinazione dello “statuto personale” di rifugiato e dell' apolide», loc. cit., pág. 58.

(46) El Caid Nassim Samama, tunecino de origen y de religión hebrea, se trasladó a París en 1864; dueño de una gran fortuna realizó, dos años después, un testamento válido conforme a la ley local. En 1871 se domicilió en Livorno (Italia), falleciendo dos años después. Abierta ante el Juez del domicilio la sucesión, se suscitó el tema de la validez del testamento. Gran número de parientes, perjudicados por este último, alegaron que, en estricta aplicación de la ley nacional del causante, debía prevalecer el Derecho hebreo, y, consecuentemente, el testamento realizado en París era nulo en cuanto al fondo y en cuanto a la forma. A esto se oponían, lógicamente, los beneficiarios del testamento –una sobrina del Caid y un hijo de ésta–, sobre la base de que el *de cuius* había perdido la ciudadanía tunecina y que, por tanto, debía aplicarse la ley italiana (*lex domicilii*), que consideraba válido el testamento. Como puso de relieve K. H. Hadelmann (cfr. «Mancini's Nationality Rule and Non-Unified Legal Systems. Nationality versus Domicile», en Conflict of Laws: International and Interstate, La Haya, M. Nijhoff, 1972, págs. 63–67), el asunto enfrentó a dos eminentes juristas italianos: Pieratoni, que asesoraba al grupo de abogados que representaban los intereses de los perjudicados por el testamento, y P. S. Mancini, que hacía lo propio con los abogados de la sobrina del Caid. Los informes elaborados por ambos autores fueron de una extensión y de un rigor extraordinarios y tuvieron una proyección directa en las discusiones de la sesión de Oxford del Instituto de Derecho Internacional, donde se abordó con cierto detenimiento la dialéctica entre la conexión nacional y la domiciliar como rectora del estatuto personal. De acuerdo con K. H. Hadelmann, las posiciones allí expresadas por ambos autores –P. S. Mancini no acudió, sin embargo, personalmente a la sesión– deben de ponerse en íntima relación con las mantenidas a lo largo del litigio (ibíd., pág. 67). El Tribunal de Livorno consideró que el *de cuius* había perdido la nacionalidad tunecina y que, al convertirse en apátrida, debía de aplicarse la *lex domicilii*, es decir, el Derecho italiano (cfr. R. Barsotti, A. Cassese y N. Ronzitti, La

Derecho italiano (cfr. R. Barsotti, A. Cassese y N. Ronzitti, *La Giurisprudenza italiana in materia internazionale, 1861–1890*, Sez. B., *Diritto internazionale privato*, Nápoles, Ed. Juvena, 1973, pág. 742). Esta decisión fue confirmada por el Tribunal de Apelación de Lucca en su sentencia de 8 junio 1880. Destaca en ella la extensión otorgada al problema de la determinación de la nacionalidad del causante, toda vez que el Tribunal era consciente de su carácter condicionante respecto a la ley aplicable. La calificación de apátrida del causante venía determinada, entre otras razones, por haberse probado que este último no tenía intención de regresar a su país de origen y que, en el momento de su fallecimiento, estaba en avanzado estado de tramitación una solicitud por él presentada para la obtención de la nacionalidad italiana. Se observa, pues, que la solución concedida por el Tribunal de Lucca adolece de gran fragilidad en cuanto a los criterios utilizados en la prueba de la ciudadanía tunecina del Caïd (ibíd., págs. 739–780; *Journ. dr. int. privé*, t. 8, 1881, pág. 552). No puede extrañar, en consecuencia, que la solución a la que llegó el Tribunal de Casación de Florencia en su sentencia de 24 abril 1881 fuese contraria, al rechazarse la validez de la prueba practicada y aplicarse, por consiguiente, el Derecho hebraico (Túnez era, a la sazón, un sistema plurilegislativo) (*Journ. dr. int. privé*, t. 10, 1883, pág. 81; H. Lewald, «Le contole des Cours Suprêmes sur l'application des lois étrangères», en *R. des C.*, t. 57 [1936–III], págs. 246–247; E. Vitta, op. cit., pág. 145).

(47) La verdadera importancia de la sentencia del Tribunal de Lucca es la solución concedida al supuesto del *peregrinus sine civitate* ante la quiebra de la conexión nacional, que fue acogida calurosamente en la monografía clásica de P. Esperson, *Condizione giurídica dello straniero, Parte seconda*, Roma–Turín–Florencia, Fra. Bocca Ed., 1892, pág. 586. Y, en esta dirección, la aplicación supletoria de la ley del domicilio para regular el estatuto personal del apátrida fue admitida en la sesión de Oxford del Instituto de Derecho Internacional de 1880. En particular, en el apartado VI de la resolución sobre el conflicto de leyes de Derecho civil, el cual, tras proclamar la aplicación de la ley nacional al estado y capacidad de las personas, establece que «Cuando una persona no tenga nacionalidad conocida, su estado y capacidad se regirán por las leyes de su domicilio» (*Annuaire de l'I. D. I.*, vol. 5, 1881–82, pág. 56; *R. D. I. L. C.*, vol. XIII, 1881, pág. 71–72. Vid. las conclusiones preparatorias de Arntz y Mestlake, ibícl., vol. XII, 1880, pág. 96. *I. D. I.*, *Tableau General des Resolutions (1873–1956)*, Basilea, Ed. juridiques et sociologiques, S. A., 1957, pág. 40. Vid. puntualmente recogida la solución del *I. D. I.* en M. Torres Campos, *Elementos de Derecho internacional privado*, 2.a ed., Madrid, Librería de F. Fe, 1893, pág. 202). Con ello la tesis de Mancini prevaleció sobre la de Pierantoni en el terreno doctrinal, pese al fallo del Tribunal en asunto «Samama c. Samama».

(48) Vid. supra, nota 13.

(49) Concretamente R. Cassin se lamentaría ante el hecho de que la aplicación de la ley nacional dejase en la práctica sin estatuto jurídico regular a una multitud de emigrados políticos que habían sido desnacionalizados, aprovechando para combatir tal solución, no solamente por constituir una perturbación, sino por suponer un peligro para la cohesión y para la soberanía del Estado (cfr. «La nouvelle conception du domicile dans le réglementation des conflicts de lois», en *R. des C.* t. 34 (1930–IV), pág. 745).

(50) Así, por ejemplo, la Ley de Introducción al Código civil brasileño de 4 septiembre 1942, partiendo de la conexión domiciliar disponía en el párrafo 8.º del artículo 7 que «Cuando una persona carezca de domicilio se considerará domiciliada en el lugar de su

residencia o en aquel en que se encuentre» (vid. H. Valladão, *Dereito internacional privado*, Material de Classe, 4.a ed., Río de Janeiro, Freita Bastos, S. A., 1969, pág. 76; A. N. Nakarov, *Quellen des internationalen privatrechts* –en adelante, *Quellen*–, 2.a ed., vol. I, Berlín–Tubinga, 1953, núm. 7, pág. 5). Esta misma orientación se encuentra recogida en el artículo 21 del Proyecto de Código de aplicación de las normas jurídicas de 1970 (A. N. Makarov, *Quellen des internationalen privatrechts* –Nationale Kodifikation–, Tubinga, 1978 –en adelante, *Quellen, Nationale Kodifikation*–, pág. 58).

(51) Concretamente, la doctrina italiana se apresuró a recoger la solución otorgada a la cuestión por el Tribunal de Lucca. No puede extrañar entonces que un ferviente defensor de la ley nacional como P. Fiore afirmarse tajantemente que cuando falte la ley de la patria debe considerarse como subsidiaria la del domicilio, y cuando este último tampoco pudiese determinarse, forzoso será recurrir a las leyes del país en el que habita (cfr. P. Fiore, *Derecho internacional privado* (versión española de A. García Moreno), 2.a ed., I, Madrid, Centro Ed. F. Góngora, 1889, pág. 135). Con ello el autor pone de relieve una supuesta que años más tarde sería abordado por la codificación, tanto nacional como internacional: la necesidad de introducir, al lado del domicilio, otra conexión subsidiaria para el caso de que no pudiera determinarse este último. La misma orientación es seguida por la doctrina francesa y así A. Pillet, examinando el papel preponderante de la ley nacional en el Derecho internacional privado de su país se cuestiona si no habría lugar en el ordenamiento francés para la *lex domicilii*, y más concretamente, si esta conexión no podía servir al menos como un «estatuto personal subsidiario» de la nacionalidad en los supuestos que planteen la imposibilidad de determinar la ciudadanía de una persona. En tales situaciones –afirma– «parece entonces muy razonable atribuirles como estatuto personal la ley del domicilio, si es que lo tienen». Ahora bien, con tal solución en modo alguno pretende el autor otorgar a la conexión domiciliar «una legitimidad que no tiene de ordinario», pues, en principio, «sigue tan incompetente como antes». Consecuentemente, la ley del domicilio sólo debe aplicarse en estas situaciones «por su fijeza relativa» (cfr. A. Pillet, *Principios de Derecho internacional privado*, op. cit., págs. 83–85). Como puede observarse, también A. Pillet insiste en la necesidad de colocar al lado del domicilio otra conexión subsidiaria, al tiempo que aprovecha la ocasión para lanzar una severa crítica a la ley del domicilio como ley rectora del estatuto personal.

(52) La jurisprudencia francesa ha contado, en esta dirección, con una serie de importantes decisiones, todas ellas a favor de la solución domiciliar: Sentencia Trib. Sena, 23 febrero 1883 (*Journ. dr. int. privé*, 1883, pág. 338); sentencia Tribunal Nancy, 10 junio 1914 (*Journ. dr. int. privé*, 1915, pág. 620; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1914, pág. 519); sentencia Tribunal París, 25 noviembre 1913 (*Rev. crit. dr. int. pr.*, 1914, pág. 130). Vid. J. P. Niboyet, *Principios de Derecho internacional privado* (selec. a la 2.a ed. francesa, traducida y adicionada con leg. española por A. Rodríguez Ramón), Madrid, Reus, S. A., 1930, págs. 563–564). Esta práctica adquirirá especial relevancia tras la entrada masiva en el país vecino de refugiados rusos que, posteriormente, se convertirían en apátridas (vid. la prolífica producción de B. Trachtenberg sobre el tema en sus múltiples notas en la *Rev. crit. dr. int. pr.*, publicadas a finales de los años veinte y principios del treinta y en sus trabajos en el *Répertoire de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, I, París, Ed. Domat Montchrestien, 1930, núm. 32). Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que en un principio el problema examinado está afectado directamente por la respuesta dada al problema del reconocimiento internacional del Gobierno de los soviets: ¿podía aplicarse la antigua ley zarista? (Vid. E. Bartin, *Principes de Droit international privé selon la loi et la*

jurisprudente françaises, I, París, Ed. Domat Montchrestien, 1930, núm. 32). Sobre el giro en la práctica de los Tribunales franceses es relevadora la sentencia del Tribunal de Gran Instancia del Sena de 12 enero 1966 («Stroganoff-Scherbatoff c. Bensimon») (Rev. crit. dr. int. pr., 1967, págs. 120 y ss., con nota de Y. Loussouarn; Semaine Juridique (J. C. P.), 1967, II, 15266, y nota de J. M. Bischoff). Es significativa, a este respecto, la respuesta dada por el Gobierno francés, el 13 abril 1928, a un cuestionario formulado por el Alto Comisario de la Sociedad de las Naciones para los Refugiados, que obvió el problema afirmando que «El estatuto personal de los refugiados que hayan perdido su nacionalidad se determina por la ley de su domicilio» (A. C. Kiss. Ré-pertoire franjaís de droit international public, IV, París, 1962, núm. 771).

(53) Una solución muy similar a la francesa va a contemplarse en la jurisprudencia y en la doctrina belga (P. Pouillet, Manuel de droit international privé belge, Lovaina-París, Sirey, 1925, pág. 275. En la actualidad, ante la carencia de norma expresa, la solución del artículo 12.1 del Convenio de Nueva York de 1954, ratificado por Bélgica el 27 mayo 1960, es admitida sin reservas por la doctrina de este país. Vid. P. Graulich, Principes de droit international privé, París, Dalloz, 1961, núm. 88; F. Rigaux y M. Fallón, op. cit., núm. 949. Estos últimos autores apuntan, sin embargo, la deficiencia técnica del precepto convencional en situaciones en las que ni el domicilio ni la residencia pueda determinarse. En un caso de este tipo, en relación con un apátrida, el Tribunal de Bruselas, en su sentencia de 6 julio 1957, aplicó la *lex fori*).

(54) Resulta ilustrativo, a este respecto, el artículo 27.2 de la Ley japonesa de 21 junio 189 (Quellen, núm. 27, pág. 7). Vid. el encuadre de esta norma en dicho sistema jurídico en la nota de S. Yamada, «Le droit international privé au Japon», en Journ. dr. int. privé, 1901, págs. 632-643. Esta solución permanecerá inalterada hasta 1990, cuando el legislador japonés adoptará la conexión residencia habitual.

(55) Baste señalar el artículo 7 de la Ley federal suiza de 25 junio 1891 –introducido por el artículo 59 del Título final del Código civil de 1907– (Quellen, núm. 50, página 7), solución criticada en su día por F. Visscher por omitir la residencia habitual y pasar directamente, cuando el domicilio no puede determinarse, a la *lex fori* (cfr. Droit international privé, Friburgo, Ed. Universitaires, 1974, pág. 34). Vid. B. Scheider, Le domicile international, Neuchatel, Ed. Ides et Calendes, 1973, pág. 76. Curiosamente, en el momento de la ratificación del Convenio de 1954, realizada el 3 julio 1972, Suiza no realizó reserva alguna al artículo 12.1. El domicilio, sin embargo, conserva toda su relevancia en materia de estatuto personal del apátrida en la Ley federal de Derecho internacional privado de 18 diciembre 1987 (art. 24.3), sobre la base de la técnica de «incorporación por referencia» de los Tratados internacionales de Derecho internacional privado seguida por el legislador helvético, con carácter general y que en nuestro caso viene referida al Convenio de Nueva York de 1954 (art. 24.1). Vid. A. Bucher, Droit international privé suisse, t. II, Basilea, Helbing & Lichtenhahn, 1992, págs. 71-74.

(56) A cuyo tenor, «Le statut personnel des refugies sera régi par la loi de leur domicile our, á défaut par la loi de leur résidence» (vid. P. Tager, «Convention relative au Statut International des Refugies du 28 octobre 1933», en Journ. dr. int. privé, t. 63, 1936, págs. 1143-1145).

(57) Como es buena muestra el artículo 1 de la Ley polaca de 2 agosto 1926 sobre el Derecho aplicable a las relaciones privadas internacionales (Quellen, núm. 44, pág. 3). Vid. los comentarios al precepto en M. Udina, «Il diritto internazionale privato della Repubblica polacca», en Riv. dir. int. vol. VI, 1927, págs. 197–198. El mismo criterio será seguido en el artículo 3 de la Ley sobre Derecho internacional privado de 12 noviembre 1965 (Cátedra de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense de Madrid, Textos y Materiales de Derechos internacional privado, vol. I (Textos y Documentos), Madrid, Secc. Publ. Univ. Complutense, 1970, pág. 212 –en adelante, Textos y Documentos–). Sobre el alcance general de esta ley existen unos ligeros comentarios –casi una transcripción literal– a cargo de J. Rański («The New Polish Private International Law, 1965», en I. C. L. Q., vol. 15, 1966, págs. 457–469, especialmente pág. 46157), el párrafo 6 de la Ley siamesa de 10 marzo 1938 sobre los conflictos de leyes (Quellen, número 51, pág. 6 –en el texto del año de la ley figura erróneamente como 1939–), el artículo 23 del Código civil rumano de 1939 (Quellen, núm. 46, pág. 13. Vid. I. Filipescu, op. cit., págs. 225 y ss.); el artículo 30 del Código civil griego de 1940 (Textos y Materiales, pág. 195). Sobre el alcance del término «domicilio» en el precepto, vid. los comentarios de G. S. Maridakis, «Les principaux traits de la récente codification hellénique touchant le droit international privé», en R. des C, t. 85 (1954–1), págs. 159–162, extensivos al proyecto; Id., «Le projet du Code Civil grec et le droit international privé», en Rev. crit. dr. int. pr., 1938, págs. 348 y ss. Vid., asimismo, D. Gogod y B. C. H. Aubin, «Das internationale Privatrecht im griechischen zivilgesetzbuch von 1940», en Rabels Z., 1949–50, págs. 240–285, especialmente págs. 224–225; Id., «Le principe de la nationalité et le principe de l'unité de droit dans la famille suivant le droit international privé Grec», ibíd., 1949, pág. 3; el artículo 6 del proyecto de ley húngaro sobre Derecho internacional privado, elaborado por E. Szaszy y adoptado en 1947 por la Comisión de reformas jurídicas (Rev. crit. dr. int. pr., 1949, pág. 163; Id., «L'évolution des principes généraux du droit international privé dans les pays de démocratie populaire», en Rev. crit. dr. int. pr., 1963, pág. 236; Id., «Private International Law in Socialist Countries», en R. des C, t. III (1964–1), pág. 213, y Private International Law in the European Peoples' Democracies, Budapest, Hungarian Academy of Sciences, 1964, pág. 125), y el artículo 52 de la Ley sobre Derecho Internacional e interregional privado y sobre la situación jurídica de los extranjeros en el ámbito del Derecho privado de Checoslovaquia, de 11 marzo 1948 (Quellen, núm. 55, pág. 15). Orientación similar se contendrá en el artículo 33 de la Ley de 4 diciembre 1963, núm. 97, sobre Derecho internacional privado y los conflictos de jurisdicciones).

(58) Convenio relativo al estatuto de los refugiados, hecho en Ginebra el 28 julio 1951, Recueil des Traités des Nations Unies, vol. 189, págs. 150 y ss. (Vid. B. Vukas, «International Instruments Dealing with the Status of Stateless Persons and of Refugees», en Rev. belge dr. int., vol. VIII, 1972, págs. 143–175; S. Aga Khan, «Legal Problems Relating to Refugees and Displaced Persons», en R. des C, t. 149 [1976–1], pág. 323).

(59) Sobre la elaboración del Convenio, vid. G. Scelle, «Le problème de l'apatridie devant la Commission du droit international de l'O. N. U.», en Friedenswarte, vol. 52, 1954, págs. 142–153; en torno a su contenido general, vid. P. Weis, «The Convention Relating to the Status of Stateless Persons», en I. C. L. Q., vol. X, 1961, págs. 255–264.

(60) Que, a decir de A. Miaja de la Muela, supone un «reconocimiento de la realidad» por parte de los países defensores de la ley nacional» (cfr. «Notas al estatuto de los refugiados», en R. E. D. I., vol. V, 1952, pág. 150).

(61) El domicilio se sigue también en la Ley albanesa de 21 noviembre 1964 (Quellen – Nationale Kodifikation–, ap. 27). En la misma dirección, si bien dentro de una norma de carácter unilateral, el domicilio se encuentra en el artículo 123 de la Ley de la antigua U. R. S. S., de 8 diciembre 1961 (Textos y Materiales, pág. 209; vid., con carácter general, G. Ginsburgs, «Soviet Citizenship Legislation and Statelessness as a Consequence of the Conflict of Nationality Laws», en I. C. L. Q., vol. 15, 1966, págs. 1–54). También, aunque como conexión principal, la ley del domicilio a la que sigue la ley de la residencia habitual y la *lex fori*, figura en el artículo 722.3 del Código de familia de Togo de 31 enero 1980 (Rev. crit. dr. int. pr., 1982, pág. 605). Otros ejemplos de *lex domicilii* se encuentran en el artículo 4 de la Ley de Derecho internacional privado de Turquía de 20 mayo 1982 (ibíd., 1983, págs. 141–142) y en el artículo 1.015 del Código de las personas y de la familia de Burkina Faso de 16 noviembre 1989 (ibíd., 1991, pág. 223).

(62) Dentro de lo que Y. Loussouarn y P. Bourel califican de «retour offensif de la loi du domicile» (op. cit., págs. 154–155). Como ha señalado la sentencia de la Cour d'Appel de París (sala 2.a) de 23 noviembre 1954 («Karolyi c. Assayas»), en un supuesto de guarda definitiva de un menor, hijo de unos refugiados húngaros, divorciados posteriormente: «... deben, en calidad de apátridas de hecho, y con el mismo título que los apátridas de Derecho, ser considerados en el Derecho internacional privado francés, sometidos –en todo lo relativo a su estado y a su capacidad, es decir, en todo lo que respecta del Derecho francés, forma parte del estatuto personal– a la legislación del país en el que tengan su domicilio (o en defecto de domicilio, su residencia habitual)...» (Rev. crit. dr. int. pr., 1956, págs. 63–66, y nota de Y. L. en A. F. D. I., 1955, págs. 588, e introducción de L. Muracciole; vid. el texto castellano en Prácticas, núm. 11.7). En la misma línea cabe señalar la sentencia de la Court d'Appel de Amiens (Sala 1.a), de 11 abril 1956, «Lluvia c. Lluvia» (Rev. crit. dr. int. pr., 1957, págs. 275–276, y nota de R. Sarraute; Prácticas, número 11.8); La sentencia del Tribunal de Gran Instancia del Sena (Sala 4.a), de 9 enero 1968 («Seicaru c. Cismigiu») (Rev. crit. dr. int. pr., 1967, págs. 324–334, y nota de J. Patarin en Journ. dr. int., t. 96, 1969, pág. 410, y nota de B. G. en Rev. crit. dr. int. pr., 1969, pág. 68–74); la sentencia de la Cour d'Appel de París (Sala 2.a), de 3 febrero 1968 («Esposos Panayotti c. Psichadze») (Rev. crit. dr. int. pr., 1968, págs. 467–470, y nota de). Patarini; la sentencia del Tribunal de Gran Instancia de Compègne de 13 abril 1976 («Mazurek c. Lis»); «Que la norma que somete el estatuto personal del refugiado a la ley de su domicilio se funda en el hecho de que éste se ha desvinculado de su Estado de origen: que tal es el caso...» (Rev. crit. dr. int. pr., 1976, págs. 718–723, y nota de P. Lagarde; Prácticas, núm. 4.9); la sentencia de la Cour d'Appel de París (Sala 1.a), de 10 junio 1972 y sentencia de la Cour de Cassation (Primera Sala Civil), de 25 junio 1974 («Esposos Martini c. Hélène de Creysac, viuda de Martini») (Journ. dr. int. t. 101, 1974, págs. 150–154, y nota de F. Deby–Gerard; ibíd., t. 102, 1975, págs. 330–332; Rev. crit. dr. int. pr., 1974, págs. 678–689, con nota de A. Ponsard; G. Conetti, «L'arret Martini: considerazioni sulla scelta del criterio di collegamento», en Riv. dir. int. pr. proc, vol. XIII, 1977, págs. 257–283). Con carácter general, vid. P. Lagarde. v.º «Apatride», en Encyclo–pédie Dalloz dr. int., t. I, Paris, 1968, págs. 101–103).

(63) Hasta el punto de que F. Rigaux ha podido hablar de la sustitución de la ley de domicilio donde hay referencias a la ley nacional, aunque sin desconocer que en este ámbito deben tenerse en cuenta, con carácter subsidiario, la ley de la residencia habitual y la *lex fori*; a ello responde sin duda la sentencia del Tribunal civil de Bruselas (Sala 14.a) de 6

julio 1957, «S. c. Van A.» (cfr. F. Rigaux, *Droit International privé*, op. cit., pág. 239). Sin embargo, no es éste exactamente el sentido de la referida decisión, ya que ésta expresamente afirma: «*Attendu qu'aucun des éléments produits aux débats ne permet de déterminer avec certitude quelle est la loi, qui, en raison du domicile du défendeur, régit son statut per-sonnel; qu'il y a des lors lieu de faire application de la loi belge*» (Rev. dr. familial, 1957, pág. 249; Rev. crit. dr. int. pr., 1957, pág. 663). Consecuentemente, el Tribunal omite la aplicación de la residencia habitual como conexión subsidiaria y da paso a la ley del foro. Ello quizá se haya debido, como ha señalado H. Batiffol en su nota, a que el marido demandado de divorcio, apátrida, no compareció, siendo imposible determinar su residencia. Se impuso, pues, una decisión efectiva y realista (ibíd., págs. 663–664).

(64) Sentencia del Oberster Gerichtshof de 29 junio 1967 (*Journ. dr. int.*, t. 97, 1970, págs. 353–355).

(65) Sentencia del Tribunal de Apelación de Bari de 10 abril 1965 («Declaración de muerte presunta del Sr. Switalski»), en *Dir. int.*, vol. XXI, 1967, 2.a parte, págs. 69–70.

(66) Sentencia de la *Chambre cantonale d'assistance (Cambre des recours)* del Cantón de Vaud de 26 mayo 1965, y sentencia del Tribunal Federal (*Chambre de droit public*) de 2 febrero 1966 («Koo c. Egyed») (Vid. P. A. Lalive, en *Ann. suisse dr. int.*, vol. XXIII, 1966, págs. 214–216). Con una referencia expresa a los Convenios de 1951 y de 1954 la ley del domicilio se incorpora, como se ha indicado, al artículo 24 de la Ley federal de Derecho internacional privado de 18 diciembre 1987. Vid. las observaciones al precepto en los siguientes trabajos: A. E. von Overbeck, «Der schweizerische entwurf eines Bundesgesetzes über das internationale privatrecht», en *Rabels Z.*, 1978, págs. 613–614; *Loi fédérale sur le droit international privé (Loi de d. i. p.)*, *Projet de loi de la commission d'experts et Rapport explicatif* de F. Visscher y P. Volken, Zurich, Schultess Poligraphischer, 1978, pág. 265.

(67) Sentencia del Bundesverwltungsgertcht de 29 abril 1971 y sentencia del Bundesgeris–chtshof de 8 julio 1971 (*Journ. dr. int.*, t. 102, 1975, págs. 557–558). Vid. G. Kegel, *internationales Privatrecht*, 4.a ed., Munich; C. H. Beck, 1977, págs. 203–205; L. Raape y F. Sturm, *Internationales Privatrech*, 6.a ed., Munich, F. Vahlen, 1977, págs. 129–133.

(68) Cabe citar, sin embargo, la Ley de la República de Taiwan de 6 junio 1953 (Quellen –Nationale Kodifikation–, pág. 272) y el párrafo 2, apartado 2, de la Ley coreana núm. 966, de 15 enero 1962 (ibíd., pág. 152). No obstante, la *lex domicilii* va a figurar en el artículo 33 de la Ley checoslovaca de 4 diciembre 1963, núm. 97, si bien más por una tradición legislativa –recuérdese el artículo 52 de la Ley de 11 marzo 1948– (Quellen –Nationale Kodifikation–, pág. 305. R. Bystrcky, «Les traits généraux de la codification tchecoslovaque en droit international privé», en *R. des C.*, t. 123 [1968–I], pág. 487); F. Florio, «La codification tchecoslovaque du droit international privé», en *R. E. D. I.*, vol. XVII, 1964, pág. 234), que por una incidencia inequívoca de los mencionados textos internacionales. Lo mismo ocurre con el artículo 3 de la Ley sobre Derecho internacional privado polaca de 12 noviembre 1965, respecto del artículo 1.1 de la Ley de 1926. Empero, el ejemplo más característico no cabe duda que fue el párrafo 5 de la *Rechtsanwendungsgesetz* de la República Democrática Alemana de 5 diciembre 1975 (Prácticas, página 403; vid. R. de Nova, «La “legge sulFapplicazione del diritto della DDR», en *Riv. dir. int. pr. proc.*, vol. XII, 1976, pág. 200; F. K. Juenger, «The Conflicts Statute of the

Germán Democratic Republic: an Introduction and Translation», en A. J. C. L., vol. 25, 1977, págs. 343–344.

(69) Textos y Materiales, pág. 182.

(70) Quellen, núm. 13, pág. 15. Una orientación similar se recogerá en la normativa de ocupación; en concreto, en el artículo 1 de la Ley núm. 23, de 17 marzo 1950, relativa al estatuto jurídico de las personas desplazadas y de los refugiados (ibíd., núm. 13, páginas 29–31).

(71) J. Peré Raluy, Derecho de la nacionalidad, Barcelona, Bosch, 1955, págs. 225–226.

(72) Journ. dr. int. privé, 1930, pág. 1039.

(73) P. Arminjon, op. cit., págs. 70–71.

(74) M. Straznicky, «Las conferencias de droit international privé depuis la fin de la guerre mondiale», en R. des. C. t. 44 (1933–II), pág. 535. Pero, indudablemente, la mayor crítica al parágrafo 29 de la E. G. B. G. B. provenga del jurista brasileño F. C. Pontes de Miranda, quien su curso de la Academia de La Haya de 1932, se dedicó a suscitar los diversos problemas técnicos a la conexión elegida respecto de los que antes fueron denominados «apátridas no originarios». Este autor llega a la conclusión de que la ley del domicilio es la solución más correcta, toda vez que la existencia «d'une certaine conexión de la personne avec l'Etat auquel elle appartenait n'était pas suffisante pour justifier la rédaction de la règle allemande» (F. C. Pontes de Miranda, loc. cit., págs. 570–571).

(75) B. Trachtenberg, «La situation des apatrides», en Rev. crit. dr. int. pr., 1933, página 602.

(76) En esta línea destacará E. Frankenstein, quien incluso propuso una solución de recambio sobre la base de distinguir entre el estatuto de las personas que han perdido su nacionalidad por negligencia –por ejemplo, los que, residiendo en el extranjero, olvidaron inscribirse en el consulado de su país–, respecto de los cuales no existe inconveniente en aplicar la ley de su Estado de origen, y el resto de los apátridas –desnacionalizados, apátridas de nacimiento, etc.–, a los que debería de aplicárseles la *lex domicilii*. Como puede observarse, la corrección propuesta tendía a resolver los problemas técnicos, que no los de fondo, de la solución alemana (cfr. Internationales Privatrecht, vol. 1, Berlín, Dr. Rothchild, 1926, págs. 97 y ss.).

(77) Sólo un país lo mantuvo, hasta su desaparición, y ello motivado por un residuo histórico de la época de influencia germana en su sistema de Derecho internacional privado.

(78) En su artículo 14 se decía expresamente que: «*Chiunque risieda nello Stato e non abbia la cittadinanza italiana, né quella di un altro Stato, é soggetto alia legge italiana per quanto si riferisce all'esercizio dei diritti civili e agli obblighi del servizio militare*». Vid. E. Vitta, op. cit., vol. II, pág. 568.

(79) Cfr. J. Diena, «La conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique en Italie», en R. des C, t. 17 (1927–II), pág. 366.

(80) Cfr. L. Julliot de la Morandière, «La sixième Conférence de La Haye de droit international privé», en *Journ. dr. int.*, t. 55, 1928, págs. 281 y ss. De este modo, se va a introducir la residencia habitual «*comme loi nationale de l'apatride*», en el artículo 15 del «Proyecto de Convenio sobre los conflictos de leyes y jurisdicciones en materia de sucesiones y de testamentos», en el artículo 3 bis de las modificaciones efectuadas al Convenio de 12 junio 1902 para regular los conflictos de leyes y de jurisdicciones en materia de divorcio y de separación de cuerpos en el artículo 9 bis de las modificaciones a efectuar al Convenio de 17 julio 1905, concerniente a los conflictos de leyes relativos a los efectos del matrimonio sobre los derechos y deberes de los esposos en sus relaciones personales y sobre sus bienes (J. P. Niboyet y P. Goule, *Recueil de textes usuels de droit international*, t. II, París, Sirey, 1929, págs. 443 y 452–455).

(81) B. Trachtenberg, loc. cit., pág. 602. En el mismo sentido, A. N. Makarov calificó de «más nacional» la fórmula empleada por el antes citado artículo 7, párrafo 25, de la *Familienrechtsänderungsgesetz* de 1938, es decir, la residencia habitual, frente a la contenida en el párrafo 29 de la E. G. B. G. B. (A. N. Makarov, «Regles generales du droit de la nationalité», en *R. des C.*, t. 74 [1949–I], págs. 358–359).

(82) Así, aparte de la Ley alemana citada, cabe destacar el artículo 29 del Código civil italiano de 1942 (Textos y materiales, pág. 170. Sobre el papel de la residencia habitual como conexión subsidiaria de esta materia, vid. A. Malintoppi, «La residenza comune degli apolidi come criterio di collegamento», en *Riv. dir. int.*, vol. XL, 1957, págs. 578–584, y G. Conetti, «Norme di conflitto uniformi sullo statuto personale...», loc. cit., páginas 984–985. Vid., asimismo, E. Vitta, op. cit., págs. 271–273); fiel al espíritu de la antes referida Ley de 13 junio 1912 y, sobre todo, el párrafo 17 del cuarto Decreto austríaco relativo a la ejecución de la Ley sobre el matrimonio (DVEheG) (Quellen, núm. 40, página 15; vid. F. Manhardt, *Das Internationale Personen –und Familienrecht Österreichs*, Munich–Salzburgo, W. Finf Verlag, 1971, pág. 27).

(83) Textos y materiales, pág. 201. Portugal se adhirió al Convenio de Ginebra de 1951 el 22 diciembre 1960.

(84) *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1979, pág. 177. Vid. F. Schwind «La codification du droit international privé en Autriche», en *Rev. dr. int. dr. comp.*, vol. 54, 1977, pág. 355 y ss.; G. Beitzke, «Neus osterreichisches Kollisionsrecht», en *Rabels Z.*, 1979, págs. 255–257. La solución al problema con la residencia habitual como concesión única figura, asimismo, en el Código civil gabonés (art. 33 de la Ley de 29 julio 1972) (Quellen –Nationale Kodification–, pág. 116).

(85) *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1990, pág. 846, que modifica la Ley de Derecho internacional privado de 1898. Se exceptúa, sin embargo, el régimen de los efectos del matrimonio cuando los cónyuges no tengan residencia habitual común; en este caso se aplica la ley del lugar en el que éstos tengan los vínculos más estrechos (art. 14). También el régimen de las relaciones partenofiliales, donde la ley de la residencia del hijo cede en favor de la ley nacional de los padres (art. 21).

(86) *Ibid.*, pág. 826.

(87) Quellen, núm. 5, pág. 5. Esta norma fue reiterada por el artículo 8 del Código civil del Congo belga de 4 mayo 1895, y en la actualidad persiste en el artículo 2 del Código de las personas y de la familia de Burundi, de 15 enero 1980 (Rev. crit. dr. int. pr., 1981, pág. 585, con nota introductoria de M. Verwilghen).

(88) Quellen, núm. 18, pág. 35.

(89) Textos y materiales, pág. 41.

(90) W. Goldschmidt, *Sistema y Filosofía del Derecho internacional privado*, t II, Barcelona, Bosch, 1949, pág. 57.

(91) De acuerdo con J. D. González Campos, «implícitamente podemos deducir que la combinación de ambos preceptos que en el caso en que la apátrida sea «cuestión previa con carácter litigioso», los Tribunales deberán «determinar en cada caso, cuál sea el estatuto personal aplicable»: esto es, resolver la cuestión incidental planteada, mediante las posibles leyes sobre nacionalidad aplicables y los elementos de hecho necesarios para llegar a una decisión sobre el problema» (cfr. nota a la sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia [Sala 1ª] de 27 febrero 1963, cit., pág. 575). En apoyo de esta posición cabe citar, asimismo, el artículo 4 del Código sobre la condición civil de los extranjeros en la zona de Tánger: Dahir de 15 enero 1925 (Quellen, núm. 54, pág. 1).

(92) Artículo 25, 1.º, del Código civil egipcio de 1948 (Quellen, núm. 1, pág. 5); artículo 33, 1.º, del Código civil de Irak de 1951 (Textos y materiales, pág. 222), y, sobre todo, artículo 22, 3.º, de la Ordenanza argelina núm. 75-58, de 26 septiembre 1975 (Prácticas, pág. 495). Comentando este precepto, G. Peyrad critica la solución adoptada, por ir en contra de la contenida en el artículo 12, 1.º, del Convenio de Nueva York de 1954, al que Argelia se adhirió el 15 julio 1964. La determinación de la ley aplicable por el Tribunal que entiende del asunto figura, asimismo, en el artículo 85, 1.º, del Proyecto de Código unificado de la Liga de Estados Árabes de 15 noviembre 1980 (Rev. crit. dr. irtt. pr., 1984, pág. 385), y se reitera en el artículo 26 del Código civil de Jordania de 1 agosto 1976 (ibíd., 1987, pág. 649).

(93) Así se pronunció, por ejemplo, P. Arminjon, ya que, según este autor, con tal conexión se solucionarían los problemas de ciertos grupos de personas, como vagabundos, gitanos o nómadas (sic) (op. cit., págs. 70-71).

(94) A. Pillet, op. cit., pág. 86, y P. Fiore, op. cit., pág. 135.

(95) Una orientación similar se encuentra en el artículo 2.290, 2.º, del Proyecto de Ley en Derecho internacional privado francés de 1967 (Quellen –Nationale Kodifikation–, página 112) y en el artículo 849, 3.º, del Código de familia senegalés de 12 junio 1972 (ibíd., pág. 240).

(96) El único precedente en la materia fue el artículo 4 del Dahir de 1914, aunque su respuesta no podía extenderse al Estado español.

(97) Vid. el texto del referido autor de J. C. R., «El estatuto personal de los “apátridas” de hecho», en R. D. Proc, vol. VII, 1951, págs. 293-298; Prácticas, núm. 6.11.

(98) Anuario D. G. R. N., 1965, págs. 55 y ss.; R. A. J., 1965, núm. 3702; Prácticas, núm. 11.6.

(99) J. M.a Trías de Bes, Derecho internacional privado. Sistema de Derecho español positivo, 2.a ed., Barcelona, Bosch, 1940, pág. 70. Esta idea estaba ya en un manual anterior del mismo autor: Derecho internacional público y privado (obra ajustada al Cuerpo de aspirantes a la Judicatura y al Ministerio Fiscal), Madrid, Reus, 1926, pág. 219, nota 1.

(100) En efecto, el artículo 9, 8.º, del Anteproyecto de Ley de reforma del Título Preliminar del Código civil de 14 noviembre 1962 que, como es sabido, fue obra del profesor J. M.a Trías de Bes, disponía expresamente que «Respecto a las personas sin nacionalidad indeterminada o desconocida, regirá en las anteriores materias [estatuto personal] la ley del lugar de su residencia» (Textos y materiales, pág. 51).

(101) J. R. de Orúe y Arregui, Manual de Derecho internacional privado, 3.a ed., Madrid, Reus, 1952, pág. 501.

(102) J. G. Verplaetse, Derecho internacional privado, Madrid, Atlas, 1954, pág. 218.

(103) J. Peré Raluy, Derecho de nacionalidad, Barcelona, Bosch, 1955, pág. 226.

(104) M. Aguilar Navarro, op. cit. (ed. de 1961), págs. 55–56. No obstante, en la malograda edición de 1968 del referido manual este autor es consciente de que, en ocasiones, «y para superar dificultades creadas en la ausencia de un domicilio, se procede a aplicar directamente la ley de la residencia» (pág. 44). Finalmente, M. Aguilar Navarro se inclinará decididamente por esta última conexión: «con buen criterio –escribe en su edición de 1974– se ha decidido prescindir de la previa referencia a la ley del domicilio, como se hacía en otros sistemas estatales. La medida es justa porque viene a suprimir una posible reproducción del conflicto negativo, amén de suscitar todas las dificultades jurídicas que la ley del domicilio entraña» (pág. 58).

(105) De acuerdo con el artículo 8, 5.º, de este Proyecto: «A las personas sin nacionalidad determinada se les aplicará, para todos los efectos previstos en este artículo, la ley de la residencia habitual» (Textos y materiales, pág. 46).

(106) Cfr. J. A. Carrillo Salcedo, «Le nouveau droit international privé espagnol», en Ann. suisse dr. int., vol. XXXII, 1976, pág. 12.

(107) Cfr. M. Aguilar Navarro, Derecho internacional privado, vol. I, t. 1, 4ª ed., Madrid, Secc. Publ. Univ. Complutense, 1976, pág. 560.

(108) Textos y materiales, pág. 54.

(109) Cortes Españolas, Comisión de Justicia, Enmiendas al Proyecto de Ley de Bases para la modificación del Título Preliminar del Código civil, pág. 58.

(110) Resulta oportuno recordar aquí la enmienda núm. 9, donde figuraba como primer firmante M. Madrid del Cacho. A este Procurador le corresponde el dudoso mérito de haber sugerido una de las más singulares y originales soluciones al problema de la ley

nacional del apátrida. De acuerdo con la justificación de su enmienda: «... al no poderse hablar de nacionalidad del “apátrida”, hay que acogerse al criterio de menor rango, de la vecindad permanente o habitual para superar, en cierto modo, el desarraigo del apátrida» (Enmiendas al Proyecto de Ley de Bases..., pág. 19).

(111) Cortes Española, Comisión de Justicia, Informe de la Ponencia. Proyecto de Ley: De Bases para la modificación del Título Preliminar del Código civil, pág. 16.

(112) Es expresiva, a este respecto, la intervención del Procurador Cienfuegos Linares durante la sesión de la Comisión de Justicia de 22 noviembre 1972, el cual no tiene ningún reparo en afirmar que a los apátridas: «... hay que otorgarles una nacionalidad, y la nacionalidad usual en todas las legislaciones es ésta, la de su domicilio o residencia. Es decir, no llegar sólo a la precisión legal del domicilio, sino incluso a la de la propia residencia de hecho» (Boletín Oficial de las Cortes Españolas, Comisión de Justicia, número 92 [apéndice], pág. 25). Lo contradictorio del texto es de lamentar, pues primero se identifican los términos, y más tarde se procede a su delimitación. Pero más contradictoria resulta aún la intervención del Procurador Hernández Navarro en la misma sesión de la Comisión de Justicia, al tratar de llevar la conexión nacional a sus últimas consecuencias en materia de apátrida. A su juicio, los apátridas, «a veces son desarraigados que han perdido la nacionalidad por una disposición auténticamente injusta...»; de ahí que pueda darse el caso de que «si ellos pretenden hacer uso de su derecho personal, del que han sido despojados, nosotros los despojaremos también» (ibíd., pág. 25). No insistiremos en la insuficiencia técnica de esta última solución, por haberlo hecho ya en las páginas anteriores. Baste recordar ahora que ésta no contempla la situación de los que se denominan «apátridas no originarios» y que, además, omite toda la problemática relacionada con la aplicación del Derecho de la nacionalidad anterior cuando se ha producido un cambio constitucional en este país (aplicación del antiguo o del nuevo Derecho, reconocimiento internacional y relaciones privadas internacionales, dificultades de prueba, colaboración de autoridades consulares, etc.).

(113) Cfr. E. Pérez Vera, «Comentario al artículo 9, 10.º, del Código civil», loc. cit., página 496.

(114) Acta de la Sesión del Pleno, de 11 diciembre 1973, pág. 45.

(115) De esta suerte: «En el primer caso, surgen todas las dificultades inherentes a la equívocidad de “domicilio” y su calificación respecto de la cual se enfrentan criterios favorables a la ley de la institución, a la ley territorial y a la ley del foro. En el segundo caso, la repetición resulta superflua. Por último, aun aceptando el primer criterio, el domicilio siempre sería reducible a un problema de residencia habitual, a través del monopolio de las calificaciones por la *lex fori* (art. 12, 1.º, en relación con el artículo 40). Por ello, el Consejo propone que en todas las ocasiones que el artículo 9 hace mención del mencionado (núms. 6 y 9), se sustituya este término por el de “residencia habitual”» (Dictamen del Consejo de Estado, núm. 38.990, págs. 59–60).

(116) Como es sabido, la identidad del domicilio y la residencia habitual va a reflejarse en la Exposición de Motivos del Decreto 1.836/1974, al justificarse en ella la entrada de la «residencia habitual» en el sistema español de Derecho internacional privado. Según el legislador: «... se ha utilizado esta expresión, en lugar de la de domicilio, porque el artículo

40 del Código civil define el domicilio como el lugar de la residencia habitual, que es, por otra parte, la fórmula predominante en el Derecho internacional e incluso la contenida en Tratados suscritos por España». Resulta ilustrativo como muestra de la confusión igualmente existente en el Derecho comparado, el documento elaborado por el Comité Europeo de Cooperación Jurídica conteniendo las Reponses des Gouvernements au questionnaire relatif a la notion de «residence» et a la notion de «domicile» (1975).

(117) R. G. D., núms. 382–383, 1976, págs. 699–701.

(118) Cfr. J. C. Fernández Rozas, «Sucesión en el tiempo de la norma de conflicto y ley rectora del estatuto personal del apátrida», en Boletín del Departamento de Derecho Político e Internacional (U. N. E. D.), núm. 3, 1979, págs. 49–72.

(119) Dicho peligro está en función del incremento del turismo producido en nuestro país, que ha propiciado el establecimiento masivo de la denominada «segunda vivienda (*second residence*)» por parte de numerosos extranjeros en España –muchos de ellos procedentes de países de conexión domiciliar–, que siguen conservando su domicilio en el país de origen. El tema ha generado unas consecuencias en los supuestos de tráfico privado externo tales, que han repercutido incluso en los trabajos preparatorios sobre administración de sucesiones de la XII Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado.

(120) B. I. M. J., núm. 1.128, 1978, págs. 122–126; Prácticas, núm. 4.13 y 14.8, y nota de J. C. Fernández Rozas y M. Pabón Olmos en R. E. D. I., vol. XXXII, 1980, páginas 217–218 y 226–228. Por su similitud en cuanto al régimen económico matrimonial, vid. la sentencia del T. S. (Sala 1.a) de 12 marzo 1973 («Carven c. Carven y otros») (C. L. J. C., marzo 124; Prácticas, núm. 6.18, y notas de E. Pecourt en A. D. I., vol. II, 1975, páginas 591 y ss., y J. C. Fernández Rozas, en R. E. D. I., vol. XXIX, 1976, págs. 188 y ss.). En relación con el problema de la conexión, vid., igualmente por su similitud, si bien ante un supuesto de refugiados políticos, la sentencia del Tribunal de Gran Instancia del Sena de 18 abril 1966 y la sentencia de la Cour d'Appel de París de 9 enero 1968 («Cismigiu c. Seicaru») (Rev. crit. dr. int. pr., 1967, págs. 323 y ss., y nota de J. Patarin, *ibid.*, 1969, págs. 69–74; Journ. dr. int., t. 96, 1969, págs. 409 y ss., y nota de B. G.).

(121) Vid. J. M^a Espinar Vicente, La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español, Madrid, Civitas, 1994, págs. 345–350.

(122) Cfr. M. Herrero y R. de Miñón, «Marginales al nuevo Título Preliminar del Código civil», en R. E. D. A., 1974, págs. 359–391.