

ponsabilidad por las obligaciones derivadas de culpa o negligencia de que trata el artículo 1.902.

Quedan ahora por deslindar los límites cualitativos y cuantitativos de la indemnización.

Dice Manresa (20) que no es posible que se extiendan los efectos del artículo 44 a la indemnización de perjuicios, pues lo que ha de recibir el prometido desairado no tiene otro concepto que el de reembolso de lo invertido, en lo que era preciso, para que el matrimonio se realizase; en los derechos pagados por la documentación que fue necesaria, en el mobiliario que se compró para la casa, en las ropas que fueron encargadas, en lo que costasen las actuaciones indispensables, en los regalos de boda y en todos los demás gastos hechos por razón del matrimonio prometido y no realizado. El artículo 44 no habla de perjuicios, ni por lo tanto otorga al que los sufrió el derecho a pedir su indemnización.

Entre los motivos de su articulado, expuso la Ley de Matrimonio civil, que cuando la obligación principal no es válida, tampoco pueden serlo las accesorias que de ella dependan. Invocando este principio puede decirse que no prosperaría una demanda sobre indemnización; pero no deja, sin embargo de extrañar que al que otorgó una obligación ineficaz por precepto terminante de la ley se le den los medios de resarcirse de los gastos y se le nieguen para la indemnización de los perjuicios. ¿No dimanan los gastos y perjuicios de una misma causa? ¿Por qué ha de ser eficaz como fundamento de una acción en que se piden los primeros y no los segundos?

Más extrañeza causa la norma que comentamos si tenemos en cuenta que el artículo 1.902 del Código determina que el que por acción u omisión causa daño a otro interviniendo culpa o negligencia, está obligado a indemnizar el daño causado.

Cree Manresa que el Código ha tenido presente la posibilidad de producirse con motivo de la indemnización de perjuicios, litigios escandalosos, en cuyos escritos, y muy particularmente en cuyos períodos de prueba saldrían a la luz interioridades del hogar que el legislador es el primer llamado a ocultar, amparándose en el interés social.

No creemos que esta haya sido la razón que el legislador ha considerado para negar la indemnización por perjuicios, pues para demostrar que la negativa a contraer matrimonio (que evitaría la indemnización) está justificada hay que poner también de manifiesto la mayoría de las veces interioridades que no favorecen al contraente desairado. Creemos que el legislador no se ha referido a los perjuicios por considerar que estos tienen carácter moral (este tipo de daño inmaterial se da siempre en estos casos, aunque nada más sea por las repercusiones sociales) y por tanto son de difícil evaluación económica. Piénsese, además, que en la época de la promulgación del Código civil, la doctrina del daño moral no había alcanzado

(20) Op. cit., t. cit., pág. 246.

el grado de desarrollo que ahora le caracteriza (por más que este no sea muy elevado entre nosotros).

El fundamento de la indemnización se encuentra en los gastos realizados por uno de los contrayentes confiando en la palabra del otro. Los perjuicios derivarían de la negativa a contraer el matrimonio y como a ello no está obligado ninguno de los desposados tampoco lo está a indemnizar los perjuicios derivados de su actitud.

CONCLUSIONES

1.º No toda promesa de matrimonio puede calificarse de esponsales. Los esponsales son la promesa solemne de futuro matrimonio. Los esponsales de presente se confunden con el matrimonio.

2.º Si ciertamente los esponsales son una institución prácticamente desaparecida, no ocurre lo mismo con las promesas de matrimonio no solemnes que siguen conservando plena actualidad.

3.º Toda promesa de matrimonio es en Derecho español, un acto jurídico, no un contrato y carece de fuerza obligatoria jurídica.

4.º El incumplimiento de la promesa de matrimonio da lugar a una responsabilidad extracontractual.

5.º Dicha responsabilidad se ciñe a los gastos ocasionados por razón del matrimonio prometido.

6.º Como derecho supletorio no pueden aplicarse las normas de los contratos, sino los que regulan la responsabilidad extracontractual, en cuanto no se opongan a los artículos 43 y 44.

La cuestión previa en el Derecho español de la nacionalidad

LUIS IGNACIO SANCHEZ RODRIGUEZ

Doctor en Derecho. Profesor Adjunto interino de Derecho Internacional
en la Universidad de Oviedo

I. LA CUESTION PREVIA EN EL CONFLICTO DE LEYES

1. Como es bien sabido, la experiencia judicial que dio origen a la cuestión previa fue el conocido caso *Ponnoucannamalle c. Nadimoutopoulle* (1), que fue seguido inmediatamente de un examen analítico por parte de la doctrina alemana (2). En este caso resuelto por el Tribunal de Casación francés, se planteó como cuestión principal la sucesión de los bienes inmuebles de un inglés de origen hindú, que radicaban en Conchinchina. Por su parte, la cuestión previa se refería a la validez de la adopción realizada por el *de cuius* conforme a una ley material extranjera adopción que condicionaba los posibles derechos sucesorios del sujeto adoptado, en relación con otros herederos concurrentes. Nos interesa destacar ahora que en su formulación inicial y más conocida, el problema de la cuestión previa se presenta como sigue: la cuestión principal, según el sistema conflictual francés,

(1) Sentencia de la *Cour de Cassation de Francia*, de 21 de abril de 1931, cuyo texto se encuentra en la *Revue de Droit International Privé*, 1932, págs. 526 y ss., y en el *J.D.I.*, 1932, págs. 142 y ss.

(2) El primer autor alemán que se ocupó del tema fue MELCHIOR (*Die Grundlagen des Deutschen Internationalen Privatrechts*. Berlín, 1932, págs. 245 a 265). Sin embargo, la aportación global más importante es, en nuestra opinión, la de W. WENGLER ("Die Vorfrage im Kollisionsrecht", en *Zeitschrift für Ausländisches Privatrecht*, 1934, págs. 148 a 251. Puede consultarse una traducción italiana de este trabajo realizada por FERRARI BRAVO: "Le questioni preliminari nel Diritto Internazionale Privato", en *Diritto Internazionale*, 1963, núm. 1, págs. 50 a 134). Esta elaboración inicial fue seguida por otra de este mismo autor: "Nouvelles réflexions sur les questions préalables", en *Revue Critique de Droit International Privé* (en adelante *Revue Critique*), 1966, núm. 2, págs. 165 a 215. También puede consultarse el trabajo de WENGLER: "Die Ehelichkeit der Kinder aus "hinkenden" Ehen griechischer Staatsangehöriger in Deutschland" (traducido al italiano por FERRARI BRAVO, "La legittimità dei figli nati da un matrimonio claudicante celebrato in Germania da cittadini greci", en *Diritto Internazionale*, 1963, núm. 3, págs. 215 a 232).

queda regida por el propio derecho material del foro —puesto que se trataba de un inmueble situado en territorio bajo soberanía francesa—, mientras que la cuestión previa dependía, en principio, de un ordenamiento extranjero, en el presente caso, el hindú. Si reducimos esta formulación a términos puramente abstractos, la cuestión principal estaría regida por el derecho material del foro (F), como consecuencia de la remisión operada por su propia norma de conflicto, mientras que la cuestión previa o preliminar podría situarse en el ámbito de un ordenamiento distinto (B).

Cuando ponemos de relieve este planteamiento, lo hacemos con una doble finalidad: en primer término, para situarlo en conexión con el problema adicional de la determinación de las condiciones de existencia de la cuestión previa, que será examinado más adelante; en segundo lugar, para dejar bien sentado que la cuestión previa surge de modo claro en el marco del conflicto de leyes y que es en esta técnica de reglamentación donde cristaliza la categoría y la sitúa preferentemente la doctrina.

2. La propia novedad del concepto suscita inmediatamente el tema de la *delimitación* de la cuestión previa respecto a otros problemas generales del conflicto de leyes. En principio, hubo una cierta asimilación entre cuestión previa y calificaciones, con lo que implícitamente se negaba la autonomía de la categoría (3). Ahora bien, como pone de relieve Aguilar Navarro (4), la calificación «tiene como misión fundamental traducir en términos jurídicos y en categorías doctrinales las expresiones jurídicas que se utilizan para describir la norma de colisión», mientras que «en la cuestión previa no hay discrepancia en cuanto al significado de los conceptos utilizados». Así, por ejemplo, puede suceder que no exista diferencia alguna en orden a la comprensión de la filia-

(3) Es bien sabido que el análisis doctrinal se inicia en Francia como consecuencia de la citada *sentencia de 21 de abril de 1931*, y de los trabajos inmediatos de BARTIN (*Adoption et transmission héréditaire*, en *J.D.I.*, 1932, págs. 1 y ss.) y NIBOYET en su nota a dicha sentencia (misma revista), asimilando el supuesto planteado a un caso de calificaciones. Otras obras posteriores han puesto de relieve otros aspectos distintos (Cfr. RIGAUX: *La théorie des qualifications en droit international privé*. Paris, 1956, págs. 444 a 467); FRANCESCAKIS: *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*. Paris, 1958, págs. 203 a 223). Incluso en una obra fundamental en nuestra disciplina, como es la del profesor BATIFFOL, se presta escasa atención al problema que planteamos (Cfr. "Principes de Droit International Privé", en *R.C.A.D.I.*, 1959-II, núm. 97, págs. 488 a 490).

En este sentido afirma LAGARDE (*La règle de conflit applicable aux questions préalables*, en *Revue Critique*, 1960, págs. 464-465): "Il est plus fécond de rapprocher la question préalable de la théorie des qualifications. Ce rapprochement permet en effet de distinguer les questions préalables selon la loi matérielle applicable à la question principale, et de préciser dans quel cas des solutions originales doivent être recherchées".

(4) Cfr. *Derecho Internacional Privado*, vol. I, tomo II, 2.^a parte. Madrid, 1975, págs. 69 y 70.

ción en cuanto concepto, pero sí diferentes regulaciones sustantivas en cuanto a la vocación sucesoria de determinadas clases de filiación, aspecto este último que puede ser el que motive la utilización de la cuestión previa como mecanismo de determinación de la ley aplicable.

Podría pensarse también en una hipotética correlación entre cuestión previa y reenvío, aunque la realidad es que tras la aparente similitud inicial, surgen posteriormente divergencias profundas entre ambos conceptos (5). Se ha especulado también con la relación existente entre cuestión previa y orden público, ya que ciertos supuestos que aparentemente reclamaban la utilización de la técnica de la cuestión previa fueron solucionados finalmente por la vía del orden público (6). De otro lado, se han delimitado también en la doctrina las afinidades y diferencias detectables entre la cuestión previa y los conceptos de adaptación y sustitución (7). En todos los casos, existe un consenso unánime en conceder autonomía a la cuestión previa respecto de otros problemas generales del conflicto de leyes.

3. Mayores problemas presenta, sin embargo, la *determinación de las condiciones de existencia de la cuestión previa* dentro del procedimiento de reglamentación de las normas de conflicto. Creemos posible afirmar que la doctrina internacionalista ha hablado de la cuestión previa en dos sentidos diferentes, estricto el uno y amplio el otro. Existe un grupo de autores que mantiene, como Wengler (8), una actitud favorable a considerar como su-

(5) Cfr. en este sentido A. V. LEVONTIN: *Choice of law and conflict of laws*. Leyden, 1976, págs. 92 y ss. En este sentido, afirma este autor que: "The problem of renvoi assumes, and starts out from, our own rules of choice of law. The incidental-preliminary problem, on the other hand, clothes our rules of choice with an appearance of benevolent neutrality between the views of our own law on choice of law and those of another law" (pág. 93). Sobre este mismo tema, GRASSETTI: "Questione pregiudiziale e dottrina del rinvio", en *Rivista de diritto internazionale*, 1965, págs. 87 a 89.

(6) Cfr. RIGAUX: *La théorie des qualifications...*, op. cit., págs. 456 a 458; PASTOR RIDRUEJO, J. A.: "Un caso de cuestión previa en la jurisprudencia española: la sentencia de 10 de octubre de 1960", en *Temis*, 1961, págs. 103 a 110; PECOURT GARCÍA, E.: "Nota a la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1960", en *R.E.D.I.*, 1963, págs. 144 a 148, y en *Derecho Internacional Privado Español (Jurisprudencia sistematizada y comentada)*. Pamplona, 1976, págs. 43 a 49.

(7) Cfr. P. PICONE: *Norme di conflitto speciali per la valutazione dei presupposti di norme materiali* (Gli artt. 27 e 84 del Code de la nationalité française). Nápoles, 1969, págs. 12 y 13, nota 15. Sobre este mismo problema E. PECOURT GARCÍA: "Problemática de la cuestión preliminar en Derecho internacional privado", en *Revista de Derecho Español y Americano*, 1966, págs. 19 a 21.

(8) Aunque este problema no aparezca formulado de forma expresa, WENGLER afirma ("Nouvelles réflexions sur les questions préalables", op. cit., pág. 214) que: "Lorsqu'une disposition matérielle de droit privé du for préssuppose l'existence d'un autre rapport juridique —et soulève ainsi, à titre préalable, la question relative à la validité juridique de la formation de ce rapport—, le juge du for doit rechercher, conformément

puestos de cuestión previa todos aquéllos en los cuales la cuestión principal está regida por el derecho material del foro, como aquéllos otros en los que la misma cuestión principal aparece regulada en el marco de un ordenamiento extranjero. Esta idea ha sido claramente expuesta entre nosotros por Pecourt García (9), para quien la cuestión previa se plantea «cuando el supuesto conceptual de la norma de conflicto se configura como una situación compleja, caracterizada porque las dos o más situaciones que integran la situación total se dan sucesiva y no contemporáneamente, y porque una de ellas supone una relación jurídica ya constituida». En opinión de este autor (10), existen dos hipótesis fundamentales de la *Vorfrage*, según la cuestión principal quede sometida a la propia ley material del foro o a un derecho material extranjero, como consecuencia del juego de la norma de conflicto del foro. La consecuencia lógica de tal planteamiento es la afirmación de que «la *Vorfrage*, como verdadera cuestión de Derecho internacional privado, autónoma en sí, aunque condicionante respecto a la principal, se presenta independientemente del Derecho material aplicable a la cuestión principal» (11). La única diferencia radicaría en el nivel de dificultades presentes en uno y otro caso para dar una solución más racional a cada una de ellas.

au but et à l'esprit de cette disposition, dans quelle mesure il ne doit pas juger de cette question préalable, non selon la seule optique juridique des juges nationaux, mais, au besoin alternativement, selon des juges étrangers". Sobre la cuestión previa en la doctrina alemana, cfr. KEGEL: *Internationales Privatrecht*, 3.^a ed. Munich, 1971, págs. 133 a 139, en las que se hace una exposición extensiva del tema.

(9) En nuestra opinión, el trabajo de PECOURT GARCÍA ("Problemática de la cuestión preliminar en Derecho Internacional Privado", *op. cit.*), constituye acaso la aportación española más importante en esta materia. En su Nota a la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1960, en *R.E.D.I.*, 1963, pág. 146, puede observarse cómo PECOURT pone de relieve en este comentario la utilización de la noción de orden público para impedir la aplicación de la ley cubana, de forma muy parecida a la técnica de solución empleada por el Tribunal de Casación francés en la sentencia de 21 de abril de 1931.

(10) Cfr. "Problemática de la cuestión preliminar en Derecho Internacional Privado", *op. cit.*, págs. 25 y ss.

(11) PECOURT GARCÍA, *ibidem*, pág. 27. En la pág. 25 de su trabajo, este autor critica duramente la tesis más extendida entre los autores franceses (LAGARDE, RIGAUX, FRANCESAKIS, etc.), por su manía en excluir de la cuestión previa a los supuestos en los cuales la cuestión principal caiga bajo la regulación de la ley material del foro, diciendo que "tal tesis no se argumenta, sino que, simplemente, se parte de ella". Para este autor, la razón de tal línea argumental hay que buscarla en un dato que nosotros ya hemos puesto de relieve, *supra*, nota 3. Hay que reconocer en PECOURT GARCÍA una de las concepciones doctrinales más amplias a la hora de admitir supuestos de cuestión previa, superior a la de cualquier otro autor español. Este rasgo se pone de relieve en su importante análisis de nuestra jurisprudencia (cfr. en este sentido, su *Derecho Internacional Privado Español*, *op. cit.*, págs. 411 y ss., donde al analizar por materias nuestra doctrina legal, localiza un gran número de supuestos de cuestión previa, muchos de los cuales son más discutibles, especialmente en materia de sucesiones).

Desde una perspectiva más restrictiva y excluyente, se ha reducido el estudio de la cuestión previa a los supuestos en los cuales la cuestión principal queda regulada en un ámbito ajeno al derecho material del foro, es decir, en un ordenamiento extranjero. Esta segunda posición se hace patente de modo particular en los autores pertenecientes al círculo jurídico francés. En este sentido se manifiesta Lagarde (12), quien afirma que «il y a donc lieu dans ces conditions d'exclure d'une théorie des questions préalables toutes les questions préalables à une question principale soumise à la loi du for». Por su parte, Rigaux (13) intenta avanzar en la delimitación del concepto de cuestión previa, llegando a la afirmación restrictiva de que «pour que puisse se poser la *question préalable*, problème de conflit de lois, il faut que la loi déclarée applicable à la question principale par la *lex fori* ne soit pas la loi interna du tribunal saisi», y todo ello como consecuencia de que solamente podrá hablarse de *Vorfrage* «si elle justifie une dérogation à l'application normale des règles de conflit de lois du for».

En este mismo sentido, el portugués Azevedo Moreira (14) examina las distintas concepciones existentes acerca de esta categoría jurídica, concepciones que hemos agrupado en estrictas y amplias, estando implícita en estas últimas una cierta revisión de la tesis inicial de Wengler (15). Para Azevedo Moreira no ofrece dudas que en la doctrina más moderna existe unanimidad respecto a que «la cuestión previa, como problema específico de conflictos, surge en el momento de la aplicación de una ley material extranjera a una cuestión de derecho (llamada principal, condicionada o dependiente), que a su vez plantea otra cuestión (prejudicial, incidental o condicionante), a la que se encuentra ligada por un vínculo de subordinación lógico jurídica. Surge entonces la pregunta sobre el derecho de conflictos competente para indicar la ley que ha de resolver la segunda de estas cuestiones: de-

(12) "La règle de conflit applicable aux questions préalables", *op. cit.*, págs. 464-465. La posición de LAGARDE, aún más matizada, es la siguiente: "Lorsque la question principale —devolution successorale— est soumise à la loi matérielle du for, il n'a fait pas de doute que la question préalable —adoption— doit être qualifiée par la loi du for. Si, par application de celle-ci, le juge y voit une institution successorale, l'adoption sera soumise à la loi personnelle de l'adoptant ou de l'adopté, selon ce que décide la règle de conflit du for. le choix entre la loi matérielle du for et la loi matérielle étrangère est alors uniquement commandé par un problème de qualification".

(13) *Droit International Privé*. Bruselas, 1968, pág. 212. Aunque este autor distingue entre *cuestión previa de derecho nacional* y *cuestión previa de derecho extranjero* (cfr. *loc. cit.*, págs. 214 a 219), lo hace para poner de relieve las diferentes situaciones que se ven implicadas cuando el hecho o la situación que confarman las condiciones de aplicación de la disposición extranjera aplicable a la cuestión principal estén regidas, según el sistema de Derecho internacional privado del foro, por su propio ordenamiento o por otro distinto.

(14) *Da questao prévia em Direito Internacional Privado*. Coimbra, 1968, págs. 81 y ss.

(15) Cfr. *op. cit.*, págs. 56 a 60, 118 a 138 y 22 a 49.

recho de conflictos del foro o derecho de conflictos del ordenamiento que rige la cuestión principal» (16).

Por su parte, en el círculo jurídico anglosajón, parece existir un criterio general respecto a las condiciones de existencia de la cuestión previa propuestas por Morris (17). La posición de este autor es más compleja y elaborada que otras ya examinadas y hace depender la existencia de una cuestión previa de que la cuestión principal esté regulada materialmente por una norma extranjera, como consecuencia de la dirección señalada por el mecanismo conflictual de la *lex fori*. Este es un dato común a las posiciones examinadas antes y —a los fines concretos que ahora nos interesa destacar— parten todas de una presunción única: que en los supuestos de cuestión previa, las normas de conflicto del foro van a dar siempre una respuesta favorable a la aplicación de una ley extranjera, respecto de la cuestión principal, y no de su propio ordenamiento; en otras palabras, que la conexión en presencia será de tal naturaleza que no dará lugar a la aplicación de la ley material del foro. Y aún más, que el derecho aplicable a la cuestión principal no puede ser regulado por normas que pertenezcan a un procedimiento de reglamentación distinto del de atribución.

La consecuencia lógica del planteamiento expuesto es la de preguntarse ¿qué sucederá en el caso de que una relación jurídica sucesoria sustanciada por un extranjero ante un tribunal de un país (F), que al aplicar su norma de conflicto se encuentra con que es aplicable su propio derecho material (debido, por ejemplo, a la situación de los bienes), existiendo también un problema previo de filiación que condiciona la sucesión, y que según su derecho conflictual es susceptible de ser resuelto por otro ordenamiento (B)?, ¿se trata de una cuestión previa o puede encuadrarse en una categoría jurídica distinta?, ¿utilizaremos el sistema conflictual del foro o el del otro ordenamiento en presencia?

La exposición del problema en el ámbito doctrinal (18) ha sido

(16) *Op. cit.*, pág. 61.

(17) *The Conflict of Laws*. Londres 1971, pág. 492: "First, the main question must by the English conflict rule be governed by the law of some foreign country. Secondly, a subsidiary question involving foreign elements must arise which is capable of arising in its own right or in other contexts and for which there is a separate conflict rule. Thirdly, the English conflict rule for the determination of the subsidiary question must lead to a different result from the corresponding conflict rule of the country whose law governs the main question". La tesis de MORRIS la hacemos extensiva a los demás sistemas anglosajones, puesto que como él mismo indica (pág. 495): "the weight of English, Commonwealth and American authority (so far as it goes) seems to indicate that the incidental question is determined by the conflict rule of the foreign law governing the main question and not by the conflict rule of the forum".

(18) No citamos otros trabajos sobre la cuestión previa a pesar de su excelente factura, por no incidir directamente en el aspecto concreto que hemos analizado (cfr. VAN HOOGSTRATEN: "Le droit international privé et la question préalable", en *Mélanges offerts à Kolléwijn et à Offer-*

replanteada recientemente por un autor italiano (19), quien hace gala de un fuerte espíritu de revisión y análisis de las formulaciones tradicionales más extendidas, y que sigue un camino diferente al de la mayor parte de la doctrina —incluso de su propio país—, que camina tras las huellas de Morris (20). A juicio de Picone (21), que es el autor al que nos referimos, el problema de la cuestión previa no puede ya configurarse como un supuesto de «concurso» y «conflicto» de una norma del foro y de otra perteneciente a un ordenamiento distinto, respecto a la existencia y validez de una determinada situación jurídica. Por el contrario, el «conflicto» se produce entre ordenamientos y expresa la distinta opinión existente en ellos respecto a la valoración de la situación jurídica dada. Dicha valoración podrá efectuarse tanto desde el punto de vista del ordenamiento del foro, como desde el punto de vista del ordenamiento del que deriva la norma material extranjera.

Importa destacar, sin embargo, que Picone no impugna básicamente las condiciones exigidas tradicionalmente por la doctrina, para la expresión clásica de la cuestión previa: a) que la cuestión preliminar condicione la aplicación en el foro de una norma material extranjera; b) que el ordenamiento del foro y el ordenamiento extranjero posean normas de conflicto de tal naturaleza, que atribuyan competencia para solucionar la cuestión a *leyes diferentes*; c) que tales leyes, ya individualizadas, *no conduzcan a resultados materialmente equivalentes*. Ahora bien, la originalidad y el mérito de Picone consiste en señalar que aunque la primera condición pretenda excluir los supuestos en los cuales la cuestión principal quede bajo el imperio de una norma material del foro, persiste aún la duda respecto a la posible aplicación, para la solución de la cuestión preliminar, del sistema de conflicto del foro o del sistema de conflicto de un ordenamiento extranjero (22). Es decir, la exclusión de la primera condición respecto

haus. Leiden, 1962, págs. 209 a 225; MACHADO, J. B.: "Les faits, le droit de conflit et les questions préalables", en *Multitudo Legum Ius Unum. Festschrift für W. Wengler*. Vol. II. Berlín, 1973, págs. 443 a 458).

(19) Cfr. P. PICONE: *Saggio sulla struttura formale del problema delle questioni preliminari nel diritto internazionale privato*. Nápoles, 1971.

(20) Cfr. como exponente de la doctrina italiana la obra de E. VITTA: *Diritto Internazionale Privato*. Vol. I, Turín, 1972, págs. 459 a 461. VITTA acepta plenamente las condiciones de MORRIS, negando como supuesto de cuestión previa aquel en el que propio derecho del foro sea aplicable a la cuestión principal. Tal postura se basa en la solución concreta de la norma de conflicto del foro respecto a la cuestión preliminar. Sin embargo, puede observarse, al igual que subrayábamos respecto a LAGARDE, que razona en términos de cuestión previa y cuestión principal, para terminar afirmando que dichas hipótesis no constituyen cuestión previa. ¿Por qué, entonces, se razona en estos términos? ¿Será porque se trata de una cuestión previa atípica, caracterizada aparentemente por una mayor sencillez en la solución?

(21) Cfr. *Saggio sulla struttura formale...*, op. cit., págs. 41 a 44.

(22) Cfr. *Saggio sulla struttura formale...*, op. cit., págs. 19 y 20.

a los supuestos estrictos de cuestión previa, obliga a los autores a plantearse también en términos de auténtica cuestión previa, incluso a nivel de la ley aplicable a la misma, para lo cual hacen jugar los respectivos mecanismos conflictuales implicados. Asimismo, pues, a un supuesto ante el cual la doctrina restrictiva no ha ofrecido todavía soluciones coherentes.

Como ha señalado Picone en otro trabajo (23), la construcción típica —acaso podría decirse tópica— de la cuestión previa, ha dificultado el examen de aspectos conexos: concretamente, los problemas derivados de la interpretación y aplicación de normas materiales de un determinado ordenamiento, cuando las nociones que en ellas se presuponen estén íntimamente conexionadas con situaciones o conceptos jurídicos situados en el ámbito de un ordenamiento distinto. En tal hipótesis, cuando las normas de un determinado ordenamiento, aún coincidiendo terminológicamente con la expresión empleada en la norma de otro ordenamiento distinto, presenten un contenido diferente, estaremos en presencia de un supuesto de sustitución. Por el contrario, cuando las normas de un ordenamiento dado indiquen directa y específicamente los criterios de valoración de la situación jurídica en ellas prevista, estaremos ante una norma especial de conflicto. Ambas situaciones exceden del contenido propio de la cuestión previa (24), desbordando el que podríamos denominar límite máximo de dicha categoría. Ahora bien, no cabe duda de que el conjunto de situaciones posibles que engloba, reclama un examen más reposado, caso por caso, a los fines de determinar si las condiciones expresadas por Morris y aceptadas hoy comúnmente, constituyen el auténtico marco en el que esta noción opera. En situaciones normales operan correctamente, pero su funcionamiento es más discutible en los casos extremos y es en ellos donde se revelan como acertadas o incompletas las afirmaciones generales.

En resumen, no cabe duda de que el análisis doctrinal de la cuestión previa ha cristalizado predominantemente en el ámbito y como problema específico del conflicto de leyes. Sin embargo, no existe identidad absoluta respecto a los supuestos a los que se extiende esta categoría, y ello con independencia del problema posterior y debatido de la ley aplicable a la citada cuestión previa. No deja de resultar paradójico que mientras la cuestión previa nace como consecuencia del caso *Ponnoucannamalle c. Nadimoutoupouille*, la tendencia doctrinal hoy dominante niegue que dicho supuesto reúna los requisitos necesarios para considerarlo como tal.

4. Por último, examinaremos en este apartado cómo se sitúa la cuestión previa en el Derecho español y en nuestra doctrina. A los fines de determinar la noción de cuestión previa imperante

(23) Cfr. *Norme di conflitto speciali...*, *op. cit.*, págs. 8 y ss.

(24) *Norme di conflitto speciali...*, *op. cit.*, nota 7.

entre los autores españoles (25), utilizaremos la *sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1960* (26), puesto que plantea una problemática similar a la del Tribunal de Casación francés de 21 de abril de 1931. El examen de la doctrina española en la materia, no ofrece duda alguna en dos extremos: primero, que el análisis de la cuestión previa se verifica exclusivamente en el plano del método conflictual; segundo, que no existe confusión respecto a la delimitación del concepto de cuestión previa frente a los demás problemas generales del conflicto de leyes. Más problemas presenta, sin embargo, el tema de las condiciones de existencia de la cuestión previa, como veremos a continuación.

El supuesto de hecho que se contempla en la *sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1960* es el siguiente: se trata de la sucesión *ab intestato* de un español que fallece en España. Al ser admitidas a la sucesión dos sobrinas del causante, hijas legítimas de un hermano suyo, se produce una impugnación de la declaración de herederos por parte de otra hija del mismo hermano que tenía la calidad de adulterina en el momento de su nacimiento, pero que había sido legitimada posteriormente, previa naturalización y divorcio vincular del padre, con arreglo a una ley cubana de 1938. Se presentaban, pues, dos tipos de relaciones: la puramente sucesoria y la de la legitimación de la presunta coheredera. Desde el punto de vista del Derecho español (27), a juicio de Pecourt García (28), se trataba de un verdadero supuesto de cuestión previa, articulado en la siguiente forma: la sucesión constituía la cuestión principal, siendo aplicable por el artículo 10 del Código civil español nuestro derecho material, debido a la nacionalidad del causante. Por su parte, la cuestión previa coincidía con la validez de la legitimación, siendo el derecho material apli-

(25) Aunque no se trata de un tema excesivamente estudiado entre nosotros, pueden verse los siguientes trabajos: AGUILAR NAVARRO, M.: *Derecho Internacional Privado*, vol. I, tomo II, 2.^a parte, *op. cit.*, págs. 62 a 78; CARRILLO SALCEDO, J. A.: *Derecho Internacional Privado*. Madrid, 1976, págs. 241 a 248; de este mismo autor la edición de su obra de 1975, págs. 113 a 117; HERRERO RUBIO, A.: *Derecho Internacional Privado*. Vol. II. Valladolid, 1975, págs. 195 a 198; MARIN LÓPEZ, A.: "La cuestión incidental en Derecho internacional privado", en *R.E.D.I.*, 1956, páginas 125 a 146; MIAJA DE LA MUELA, A.: *Derecho Internacional Privado*. Vol. I. Madrid, 1976, págs. 313 a 328; PASTOR RIDRUEJO, J. A.: "Un caso de cuestión previa en la jurisprudencia española: la sentencia de 10 de octubre de 1960", *op. cit.*, págs. 103 a 110; PECOURT GARCÍA, E.: "Problemática de la cuestión preliminar en Derecho internacional privado", *loc. cit.*, y Nota a la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1960, *loc. cit.*

(26) Cfr. *Avanzadi, Rep. Jurisprudencia*, 1960, núm. 3.081

(27) Naturalmente, las referencias a nuestro Derecho se entienden realizadas respecto al sistema español de Derecho internacional privado vigente en el momento de su consideración judicial, quedando, por tanto, excluidas en este caso concreto las nuevas normas del Título Preliminar introducidas en 1974.

(28) Cfr. "Problemática de la cuestión preliminar...", *op. cit.*, página 36.

cable el cubano, tanto desde una solución *lege fori*, como desde una solución *lege causae*. Por su parte, Pastor Ridruejo (29) al comentar esta decisión afirma sin lugar a dudas que se trata de un verdadero supuesto de cuestión previa. Como se desprende obviamente de lo anterior, ambos autores parten de un concepto amplio de esta categoría. Desde una perspectiva restrictiva, Rigaux (30) llega a conclusiones diferentes, ya que en estos supuestos la dificultad radica en establecer la equivalencia de dos conceptos de derecho material interno tomados de leyes nacionales diferentes. En opinión de este autor, se trata de un problema similar a la cuestión previa, pero que no es identificable con ella, sino que consiste en la determinación del que denomina *concept préjudiciel*, y que otros autores llaman *sustitución*. El concepto amplio de la cuestión previa es explícito en Pecourt García, como hemos visto anteriormente (31).

No obstante, otros autores españoles parecen defender una concepción más estricta de la cuestión previa o preliminar. Así sucede en Aguilar Navarro (32), quien alude expresamente a las

(29) Cfr. "Un caso de cuestión previa en la jurisprudencia...", *op. cit.*, pág. 105, donde afirma que "se trata de un caso de sucesión intestada de un súbdito español planteado ante un Tribunal español. El Tribunal aplicará por tanto a la sucesión la ley material española, que en el caso de autos es la contenida en los artículos 946 y concordantes del Código civil. De acuerdo con estas disposiciones, corresponde la herencia a los hijos legítimos del hermano del *de cuius*. Pero existe una hija del hermano del causante cuya legitimidad se discute. Es ésta la cuestión previa y el problema sucesorio constituye la cuestión principal". A pesar de todo, hay que hacer constar que en este comentario de PASTOR RIDRUEJO existe una mayor tendencia hacia el análisis de la ley aplicable a la cuestión previa, que a verificar la existencia de las condiciones formales y materiales necesarias para la existencia de aquélla

(30) El problema se produce como consecuencia de "que les catégories ou qualifications e la loi successorale (A) ne sont pas identiques à celles de la loi personnelle (B) Quand la loi personnelle exclut toute discrimination entre les diverses catégories de filiation, auxquelles la loi attache des effets différents, in appartient au juge d'adapter les lois en présence" (cfr. *Droit International Privé, op. cit.*, págs. 224 a 226). Sobre este mismo tema, puede verse G. CANSACCHI: "Le choix et l'adaptation de la règle étrangère dans le conflit de lois", en *R.C.A.D.I.*, 1953-II, número 83, págs. 151 y ss.

La hipótesis concreta de la que parte RIGAUX es la siguiente: imaginemos un primer concepto propio de la ley A (ley que rige la sucesión), que determina las condiciones de aplicación, concediendo una parte para los hijos legítimos, otra para los naturales y negando la posibilidad de suceder a los hijos adulterinos. De otro lado, la aplicación de la ley B a la determinación del concepto prejudicial (puesto que el "status" de filiación se obtiene por referencia a la ley personal del heredero y no respecto a la ley que rige la sucesión) exige que se pruebe según esta segunda ley las condiciones de aplicación de la primera. ¿Cuál es el título de la persona que solicita la herencia: hijo legítimo, natural, adulterino o incestuoso? Por eso, para RIGAUX, el caso *Ponnoucannamalle c. Nadimou-toulle* constituye un ejemplo clásico de sustitución.

(31) Cfr. *ut supra*, notas 9 y 10.

(32) *Derecho Internacional Privado, op. cit.*, pág. 65. Sin embargo, existe una cierta contradicción entre esta afirmación y el hecho de que

condiciones necesarias para verificar la existencia de la categoría y recoge las expuestas por Morris. Donde encontramos una mayor hostilidad a considerar el supuesto planteado por la *sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1960* como tipo «auténtico» de cuestión previa es en Carrillo Salcedo (33), «ya que la cuestión principal —sucesión— se regía por el Derecho español y no por una ley extranjera». En ambo casos, se vincula el problema de la cuestión previa exclusivamente al conflicto de leyes. De otro lado, Miaja de la Muela (34) no se plantea expresamente el tema de las condiciones de existencia de la cuestión previa, al igual que sucede en Marín López (35) y Herrero Rubio (36).

Desde el punto de vista del Derecho español, la cuestión previa ha sido siempre una institución desconocida en nuestro ordenamiento positivo. Incluso todo el proceso de reforma del Título Preliminar del Código civil ha pasado por alto la regulación de la cuestión previa, acerca de la cual existe hoy un vacío legal en nuestro sistema de Derecho internacional privado. Cabría entonces preguntarse sobre la vía interpretativa utilizable para solucionar los supuestos de cuestión previa en el Derecho español. A juicio de Verplaetse (37) caben distinguir dos casos: a) que el derecho aplicable a la cuestión principal sea la propia ley del foro; b) que el derecho aplicable a la citada cuestión sea extranjero. Sin embargo, creemos que puede intentarse la integración de la cuestión previa a través de un camino diferente, concretamente sobre la base de la territorialidad o no de la norma de conflicto (38).

acepte como supuestos de cuestión previa tanto la *sentencia del Tribunal de Casación francés de 21 de abril de 1931*, como la *sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1960*. En ambos casos se incumple la primera condición, puesto que la cuestión principal, según la norma de colisión del foro, queda regida por su propio derecho material y no por un ordenamiento distinto (cfr. *Derecho Internacional Privado, op. cit.*, págs. 62 y 78, respectivamente.)

(33) *Derecho Internacional Privado*. Madrid, 1976, pág. 245. Más adelante, en las págs. 246-7, nota 23, recalca su afirmación inicial respecto a la decisión judicial citada, afirmando en relación a la tesis contraria de PASTOR RIDRUEJO, que «en el caso no existía una auténtico problema de cuestión previa en el sentido técnico de esta noción en Derecho internacional privado». No obstante, en otra edición de su obra (Madrid, 1975, págs. 116 y 117), no se observa una postura tan beligerante respecto a la sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 1960, puesto que la utiliza como ejemplo para demostrar cómo, en determinadas circunstancias, la ley aplicable a la cuestión previa debe poseer una vocación preferentemente dirigida a salvaguardar la coherencia interna del foro y no a velar por la armonía internacional de soluciones.

(34) Cfr. *op. cit.*, págs. 314-5. Este autor se preocupa preponderantemente del problema de la ley aplicable, aunque la alusión que hace al caso *Ponnoucannamalle c. Nadimoutoupouille* como supuesto tipo de cuestión previa, inclina a pensar que aboga por una comprensión amplia respecto a las condiciones necesarias de esta categoría.

(35) Cfr. *loc. cit.*, *supra*, nota 25.

(36) Cfr. *loc. cit.*, *supra*, nota 25.

(37) Cfr. *Derecho Internacional Privado*. Madrid, 1954, pág. 296.

(38) MIAJA DE LA MUELA, *op. cit.*, pág. 294, afirma que «el problema

En efecto, Miaja de la Muela (39) ha hablado de la «independencia o «territorialidad» de las normas de conflicto, principio que «consiste en la obligatoriedad para tribunales y autoridades de la aplicación de las establecidas por su legislador y de la abstención de aplicar las emanadas de otros legisladores extranjeros». En este orden de ideas, el reenvío constituye una categoría operativa para deducir analógicamente si el sistema en que se regula acepta una aplicación territorialista de sus propias normas conflictuales. El recurso a la analogía se justifica en los términos del artículo 4, 1.º del Código civil, en el que se determina que «Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón». Pues bien, el actual contexto del artículo 12 del Código civil revela que en el Derecho español domina el territorialismo de nuestro sistema conflictual, territorialismo que no es absoluto sino matizado, ya que admite excepciones: en primer término, la prevista en el artículo 12, 2.º respecto al reenvío de retorno, puesto que se admite la aplicación de una norma de conflicto extranjera cuando ésta remita a la ley española; en segundo lugar, la contenida en el artículo 12, 5.º en relación a la remisión a un sistema plurilegislativo, supuesto en el que es admitida la aplicación del sistema conflictual del ordenamiento reclamado (40). Puede considerarse que las dos excepciones citadas materializan el límite máximo de aplicación de normas de conflicto extranjeras, conclusión importante de cara a la determinación de la ley aplicable a la cuestión previa en el Derecho español y que parece excluir la utilización de la *lex formalis causae*. Naturalmente que se trata de una conclusión frágil en cuan-

planteado por la aceptación o la repulsa del principio de independencia de las normas de conflicto se fragmenta así en una serie de cuestiones particulares, tales como la del reenvío, la mayor proximidad y las cuestiones previas o incidentales”.

(39) Vid. sobre este tema el trabajo del catedrático de Valencia: “Riflessioni sull’elaborazione di un nuovo sistema spagnuolo di Diritto Interregionale”, en *Diritto internazionale*, 1963, págs. 307 y ss. Este mismo trabajo ha sido publicado en español: “Reflexiones acerca de la elaboración de un nuevo sistema español de Derecho Internacional Privado e Interregional”, en *Estudios de Derecho público y privado ofrecidos al profesor don Ignacio Serrano y Serrano*. Vol. II. Valladolid, 1965, págs. 607 a 642. en especial las págs. 626 y 627.

(40) Como ha puesto de relieve CARRILLO SALCEDO (*Derecho Internacional Privado*. Madrid, 1976, pág. 236), “de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12, apartado 2, del Título Preliminar del Código civil, la remisión al derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española. De lo que resulta que, en principio, el sistema español es contrario al reenvío y únicamente lo acepta en el caso de reenvío de primer grado, de reenvío a la ley española... Esta solución, por lo menos curiosa, contradice la lógica jurídica de lo dispuesto en el apartado 5 del mismo artículo 12, y presenta una imagen nacionalista e injustificada, que únicamente puede encontrar explicación en la seguridad que entraña”.

no no existe jurisprudencia que la apoye, pero nuestra doctrina legal ha ignorado hasta el momento la propia categoría. La aplicación de la analogía respecto al reenvío arrojaría un balance similar, respecto a la desconfianza del derecho conflictual extranjero, afirmación que viene avalada en los términos del artículo 12, 6.º, en el que únicamente se ordena a nuestros tribunales y autoridades aplicar de oficio las normas de conflicto españolas.

II. LA CUESTION PREVIA EN EL DERECHO DE LA NACIONALIDAD

5. Como hemos puesto de relieve en el apartado I, el análisis de la doctrina se ha planteado tradicionalmente en el ámbito propio del conflicto de leyes, tanto para la cuestión previa como para la cuestión principal. Sin embargo, Francescakis (41) ha introducido una distinción importante en el tema que estamos tratando: la diferencia entre *cuestión de conflicto de leyes previo a una cuestión de derecho interno* y *cuestión de conflicto de leyes previo a una cuestión de conflicto de leyes*. Tomando como base esta dicotomía —que tiene en cuenta la pluralidad de procedimientos de reglamentación—, podría ampliarse a las siguientes situaciones:

a) Situación en la cual la cuestión principal recae en una relación de tráfico *interno*, regulada por normas de Derecho público, dependiendo de una cuestión previa que encierra una relación privada *internacional*, es decir, de tráfico privado externo. En este sentido, Szaszy (42) ha planteado el supuesto de que «the preliminary question is governed by a sphere of law other than the principal question» y lo extiende al campo del derecho constitucional, derecho fiscal y, especialmente, del derecho procesal;

b) Situación en la cual la cuestión principal es una pura relación de derecho *interno*, gobernada por el derecho privado del ordenamiento del foro, pero conexiónada con una cuestión previa en sentido estricto, esto es, relativa a una cuestión de tráfico pri-

(41) Cfr. "Conflits de lois (principes généraux)", en *Dalloz. Répertoire de Droit International*. Vol. I. París, 1968, págs. 495 a 497. Añade este autor "qu'il existe des cas où une question de conflit de lois se présente comme préalable à l'application de la loi française et qu'elle est résolue sans recours à une règle de conflit, par application pure et simple de la loi française. Ce cas est celui des lois que l'on a appelées ici lois de police ou d'application immédiate", referencia que concreta en el antiguo artículo 27 del *Code francés de la nacionalidad*. Es más, FRANCESCAKIS piensa que es en este sentido de las leyes de aplicación inmediata, en el que la expresión "questions préalables" ha tomado carta de naturaleza en el Derecho internacional privado francés.

(42) Cfr. *Internacional Civil Procedure*. Leyden, 1967, págs. 155 a 162, especialmente la pág. 157. Vid también en este sentido H. MOTULSKI: "Procédure civile et commerciale", en *Dalloz. Répertoire de Droit International*. Vol. II París, 1969, págs. 654-5 y 664.

vado externo con un elemento extranjero jurídicamente relevante. Estaríamos en un orden de problemas idéntico a los solucionados por la *sentencia del Tribunal de Casación francés de 21 de abril de 1931* y por la *del Tribunal Supremo español de 10 de octubre de 1960* (43);

c) Situación en la que la cuestión principal se refiere al Derecho de la nacionalidad (adquisición o pérdida), pero en el ámbito de las relaciones privadas *internas*, mientras que la cuestión previa presupone una relación privada *internacional*. Esta situación es la que examinaremos propiamente en las páginas siguientes;

d) Situación en la cual la cuestión principal está constituida por una relación de Derecho internacional privado, es decir, que se trata de una relación privada *internacional*, al igual que el objeto de la cuestión previa es también *internacional*. Ambas cuestiones se solucionan entonces mediante la aplicación del método de atribución, hipótesis estudiada en el apartado I y sobre la que no volveremos. Lo que sí exige un cierto análisis es el dato de que la construcción de la cuestión previa se ha llevado a cabo de modo exclusivo en el ámbito de las normas de conflicto bilaterales, quedando inexplorada la relación existente entre unilateralismo de las normas y cuestión previa (44). Como ha señalado Gothot en un reciente trabajo (45), las hipótesis que se presentan en la cuestión previa «trouvent une solution dans les unilatéralismes partiels». En efecto, la cuestión previa surge como consecuencia de las aspiraciones universalistas de aquellos sistemas —como el nuestro— que pretenden dar una solución completa a los problemas de tráfico privado externo, sobre la base de normas de conflicto bilaterales. Por el contrario, la utilización de normas unilaterales impide que se plantee la cuestión previa como tal, al quedar absorbida en el ámbito de la ley aplicable.

Las cuatro posibilidades de cuestión previa que acabamos de enunciar, encierran en sí mismas una graduación del contenido internacional de las situaciones. En los tres primeros apartados la cuestión principal se regula por el derecho interno del foro, y este elemento es el que ha propiciado la negación o el escaso interés de los autores por abordar su estudio en términos de auténtica cuestión previa. Sin embargo, existe unanimidad en sentido positivo respecto al último supuesto, como consecuencia de que tanto

(43) Cfr. *supra*, notas 1 y 26.

(44) Tan sólo se alude al problema en algunas obras recientes, pero sin adentrarse en la complejidad del tema, cfr. Y LOUSSOUARN: "Cours général de Droit International Privé", en *R.C.A.D.I.*, núm. 139 (1973-II), pág. 382. Afirma este autor que la teoría de la cuestión previa "s'agit donc d'une limitation de l'empire de la règle de conflit du for, mais non d'une affirmation de son unilatéralisme"; véase también CARRILLO SALCEDO: *Derecho Internacional Privado*. Madrid, 1976, pág. 243, nota 17 y 254, nota 32.

(45) "Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé", en *Revue Critique*, 1971, págs. 1 y ss., 209 y ss., y 415 y ss. La cita que hacemos se refiere a la pág. 443.

la cuestión previa como la principal constituyen relaciones de tráfico privado externo. Consecuentemente, no deja de ser arbitrario el hecho de extender la cuestión previa al grado máximo de internacionalización, en perjuicio de las restantes hipótesis en las que también existen relaciones privadas internacionales.

6. Cuando se habla de la cuestión previa en el Derecho de la nacionalidad, puede aludirse a una doble situación: en primer lugar, aquellos casos en los cuales la cuestión principal queda situada en el foro, es decir, en el conjunto de reglas sobre nacionalidad existentes en el ordenamiento del juez; en segundo término, la cuestión principal podría referirse hipotéticamente a una materia propia de un derecho extranjero de nacionalidad, que surge en el foro en una determinada relación jurídico privada. Nosotros nos referimos expresamente a la situación enunciada en primer lugar, esto es, a los supuestos en los cuales la cuestión principal viene determinada por una norma española sobre nacionalidad o, si se quiere, por la adquisición y pérdida de la nacionalidad española (46).

El problema general que se plantea entonces radica en determinar cuál va a ser la ley aplicable a la cuestión previa. A grandes rasgos, y sin perjuicio de que más adelante volvamos en detalle sobre este punto, han sido defendidos dos modelos principales de solución: mientras que en ocasiones se ha propuesto la aplicación del propio derecho material del foro (47), en otros casos se oscila hacia una aplicación del derecho material extranjero (48). No obstante, conviene señalar que como ha puesto de relieve Francescakis (49), el problema es más amplio y complejo en el contex-

(46) En resumen, aceptamos el planteamiento realizado por FRANCESCAKIS ("Les questions préalables de statut personnel dans la droit de la nationalité", en *Rebels Zeitschrift (Festgabe Makarov)*, 1958, págs. 466), cuando afirma que "nous ne nous en occupons, d'autre part, que sous l'angle de l'application par un Etat de sa propre loi sur la nationalité et non des lois étrangères". Como es obvio, este trabajo es el que ha sugerido el nuestro, aplicado exclusivamente al Derecho español.

(47) En este sentido, MIAJA DE LA MUELA (*Derecho Internacional Privado*, 6.ª ed., vol. II. Madrid, 1974, págs. 85 y 86) ha sostenido que "las leyes sobre nacionalidad emplean para la atribución de este vínculo conceptos cuyo sentido sólo se puede determinar aplicando otras normas jurídicas, por ejemplo, las que regulan la filiación legítima o natural de una persona. En principio, es competente para esta determinación el orden jurídico del que forman parte las leyes sobre nacionalidad, de cuya interpretación se trata". Bien es cierto que la afirmación del catedrático de Valencia se refiere más a los problemas de interpretación o calificación, que estrictamente a los de cuestión previa.

(48) Cfr. sobre este particular RIGAUX (*Droit International Privé, op. cit.*, págs. 217 a 219). Afirma este autor que "la permanence de l'état des personnes est mise en échec par la théorie de la question préalable... la subordination de la question préalable à la question principale se conforme à une logique judiciaire apparente". En todo caso, debe recordarse el planteamiento concreto de RIGAUX, expuesto anteriormente.

(49) Cfr. "Les questions préalables de statut personnel dans le droit de la nationalité", *op. cit.*, págs. 469 y ss. Este autor ha detectado las

to de las distintas legislaciones nacionales, mediando una cuestión de política legislativa en la elección de los distintos procedimientos de reglamentación.

7. No han faltado autores que aplicaron el esquema de la cuestión previa al Derecho de la nacionalidad de modo específico. Incluso en algunos casos han utilizado este planteamiento insistentemente, con resultados que no han sido discutidos, como sucede en la obra de Makarov (50). A juicio de este autor, en la literatura científica se estudia muy raras veces el problema de las cuestiones previas jurídico-privadas del Derecho de la nacionalidad, y de forma similar, en los distintos ordenamientos nacionales o bien se indica expresamente las reglas aplicables a tales cuestiones o bien, cuando estas indicaciones no son explícitas pero se tiene conciencia del problema, se solucionan por la vía de la jurisprudencia y de la doctrina científica (51).

El planteamiento expuesto por Makarov ha sido aceptado y desarrollado por ciertos autores franceses, como sucede con Francescakis (52) y por Boulbes (53), el cual habla de «l'exception préjudicielle de nationalité française ou d'extranéité». En ambos casos se coincide en reflejar la construcción de la cuestión previa respecto al Derecho de la nacionalidad del foro y no de un ordenamiento extranjero. A los fines concretos de la aplicabilidad de la técnica de la cuestión previa al Derecho de la nacionalidad, merece ser destacado un reciente trabajo de Lagarde, el cual, como habíamos visto (54), se había manifestado partidario de una concepción estricta de la cuestión previa, es decir, de su exclusiva aplicación a los supuestos en los cuales tanto cuestión previa como cuestión principal eran relaciones de tráfico privado internacional. Ahora, por el contrario, Lagarde (55) se refiere a las cuestiones

siguientes soluciones de derecho comparado: ausencia total de disposiciones en la materia, utilización de la norma de conflicto común, formulación de normas de conflicto especiales, aplicación de normas materiales especiales y reglamentación a partir de la ley civil interna.

(50) Cfr. los siguientes trabajos de MAKAROV relativos todos ellos a este orden de problemas, que explican la importancia de su aportación: "Règles générales du droit de la nationalité", en *R.C.A.D.I.*, núm. 74 (1949-I), págs. 322 y ss.; *Allgemeine Lehren des Staatsangehörigkeitsrecht*. Stuttgart, 1962, págs. 239 y ss.; "Die privatrechtlichen Vorfragen in Staatsangehörigkeitsrecht", en *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1962, núm. 3, págs. 147 y ss.; *Deutsches Staatsangehörigkeitsrecht*. Berlín, 1971, págs. 16 y 17.

(51) Cfr. *Allgemeine Lehren des Staatsangehörigkeitsrecht*, *op. cit.*, págs. 240 a 242.

(52) "Les questions préalables de statut personnel...", *op. cit.*, páginas 466 a 497.

(53) *Droit Français e la nationalité*. París, 1957, págs. 380 y ss. Sobre las tesis de BOULBES en esta materia, Cfr. PICONE: *Norme di conflitto speciali...*, *op. cit.*, págs. 600 y ss.

(54) Cfr. *ut supra*, nota 12.

(55) Cfr. *La nationalité française*. París, 1975, págs. 54 y 55, 59 y ss., y 77-78. La ley de 1973 ha sido modificada por otra de 5 de julio de 1974, respecto a la mayoría de edad.

previas que se presentan en la ley francesa de nacionalidad de 9 de enero de 1973, en materia de filiación y adopción. También puede constatarse la aceptación de la cuestión previa en el Derecho de la nacionalidad dentro de la doctrina alemana, como se pone de manifiesto en la obra de Kegel (56).

8. Importa examinar ahora cómo se plantea la cuestión previa, teniendo en cuenta las características peculiares del Derecho de la nacionalidad. En primer lugar, son notas destacadas del Derecho de la nacionalidad su rango y naturaleza. Respecto a la primera cuestión, es bien sabido que la nacionalidad suele ser una materia regulada a nivel constitucional, como ha sucedido tradicionalmente en España, con excepción de la legalidad derivada del Estado nacido el 18 de julio (57). Ello nos conduce a un problema ulterior, como es el de determinar la naturaleza pública o privada de esta clase de normas. En este sentido, De Castro (58) ha señalado acertadamente que «mientras la nacionalidad importa en el Derecho público, en cuanto crea vínculos de fidelidad y facultades de actuar en la vida pública, para el Derecho privado su principal significación está en que determina la capacidad de obrar y hasta la misma capacidad jurídica al designar el estatuto personal», es decir, que «en el Derecho de la persona habrá de estudiarse la nacionalidad en cuanto estado civil de miembro de la comunidad nacional», y por ello han de tratarse detenida y especialmente las razones de adquisición y pérdida de la nacionalidad». En términos similares, Herrero Rubio (59) ha dicho que el término nacionalidad tiene «una doble vertiente: según se considere como una *qualitas* o como un *status*, afectará al derecho público o al derecho privado, por lo que es un concepto capaz de producir manifestaciones prácticas en los dos campos. De ahí que se regule la nacionalidad, en algunos países, en reglas constitucionales y en los códigos civiles, simultáneamente».

Son estas características específicas de las normas relativas al Derecho de la nacionalidad las que justifican su tratamiento autónomo y las que avalan un análisis específico de la cuestión previa. En puridad, la cuestión principal no es de derecho público ni privado, puesto que, como acabamos de ver, la nacionalidad tiene una naturaleza híbrida y ambivalente. De ahí que no sea enteramente operativo situar las cuestiones de nacionalidad, en cuanto cuestión

(56) Cfr. *Internationales Privatrecht*, op. cit., págs. 138-9.

(57) Cfr. en este sentido GARCÍA GALLO, A.: *Manual de Historia del Derecho español (Antología de fuentes del Antiguo Derecho)*, vol. II. Madrid, 1973, págs. 1195-6, donde se pone de relieve cómo en las Constituciones de 1812, 1837, 1845, 1869, 1876 y 1931, al igual que en los proyectos de 1856 y 1873, se regulaban directamente quiénes eran españoles. En este mismo sentido, cfr. DE CASTRO: *Derecho Civil de España*, tomo II, parte 1.^a, Madrid, 1952, pág. 391. En las págs. 387 a 391 se hace un análisis de la regulación constitucional española en materia de nacionalidad.

(58) *Derecho Civil de España*, op. cit., págs. 395-6.

(59) *Derecho Internacional Privado*, vol. I. Valladolid, 1974, pág. 109.

principal, en el contexto del Derecho constitucional, del Derecho internacional público o privado, o del Derecho civil interno. Parece más correcto actuar sobre la base de que la adquisición o pérdida de la nacionalidad española, afecta a unas normas de características peculiares, que pueden integrarse en una relación jurídica compleja y que, eventualmente, están condicionadas por una cuestión previa (filiación, matrimonio, etc.) de tráfico privado externo.

Con independencia de que la cuestión principal se encuadre en el Derecho constitucional o en el Derecho civil —nosotros concedemos autonomía al Derecho de la nacionalidad, en este sentido— es evidente que al existir un condicionamiento de dependencia respecto a la cuestión previa, ésta debe resolverse con arreglo al Derecho internacional privado como *ius commune* de las relaciones privadas internacionales. No parece correcto, pues, excluir *a priori* la utilización de esta rama del ordenamiento en aquellos supuestos en los que la cuestión principal queda anclada en el ordenamiento del foro, puesto que estos casos aún persiste una relación privada internacional que exige una solución coherente.

Ahora bien, existe un factor que no ha sido puesto de relieve adecuadamente por la doctrina al referirse a la cuestión previa: la pluralidad de métodos de que se vale el Derecho internacional privado para reglamentar las relaciones de tráfico privado externo con un elemento extranjero relevante (60). Habíamos visto que cuando se habla de la cuestión previa en el Derecho de la nacionalidad, existe un menor grado de internacionalización que cuando se hace en términos estrictos, puesto que a la cuestión principal es aplicable el derecho material del foro. Pero sucede que cuando se alude a esta categoría jurídica se presenta como central la tensión entre la aplicación del sistema conflictual del foro o del otro ordenamiento en presencia, para solucionar tal cuestión previa. Este planteamiento olvida que el procedimiento de reglamentación aplicable puede no ser el conflictual, sino que existan normas de aplicación inmediata o normas materiales que reglamenten directamente la cuestión en el ordenamiento del foro. Esta segunda posibilidad aumenta a medida que desciende el grado de internacionalización y cuando se trata de sectores cuyas normas son las de nacionalidad. Así ha sucedido en el célebre ejemplo del artículo 27 del *Code de la nationalité française*, a tenor del cual

«La filiation ne produit effet en matière d'attribution de la nationalité que si elle est établie dans les conditions déterminées par la loi civile française» (61).

(60) Para una exposición reciente sobre el problema de los métodos, cfr. H. BATIFFOL: "Le pluralisme des méthodes en Droit International Privé", en *R.C.A.D.I.*, núm. 139 (1973-II), págs. 75 y ss.

(61) FRANCESKAKIS ("Les question préalables de statut personnel...", *op. cit.*, págs. 466 a 497 para la problemática global del mismo). Conviene

Esta norma, ya derogada, nos sugiere una reflexión que merece ser considerada. En la medida en que cuestión previa y cuestión principal vengan constituidas por una relación jurídica privada internacional, es decir, que nos hallemos ante el grado máximo de internacionalización, existirá una mayor atracción por la utilización del método conflictual. Pero cuando la cuestión principal encuentre su regulación en el ordenamiento del foro, y le sean aplicables normas de derecho público, la correlación de fuerzas puede ser favorable entonces a la utilización de normas de aplicación inmediata o necesaria, o a la aplicación de normas materiales. En esta hipótesis, la cuestión previa no se plantearía en cuanto tal, puesto que no se originaría duda alguna respecto a la ley aplicable. De ello se deduce que en aquellos sectores reglamentados preferentemente por el método de las normas materiales o de aplicación necesaria, existe una posibilidad inversamente proporcional de que surjan supuestos de cuestión previa. No obstante, dicha situación no es normal en el Derecho de nacionalidad, puesto que la cuestión preliminar suele estar vinculada a problemas comprendidos dentro del estatuto personal, es decir, propicios a ser resueltos mediante el procedimiento de atribución.

9. Ante un supuesto de cuestión previa en el Derecho de la nacionalidad caben tres posibilidades de solución: que se haya elaborado por vía jurisprudencial una técnica concreta; que existan normas específicas que reglamenten directamente el caso; finalmente, que se hagan intervenir las reglas generales de Derecho internacional privado del foro. La primera posibilidad no es usual ni en la jurisprudencia española ni en la extranjera, puesto que como dijera Nygh (62) «the incidental or preliminary question is a problem which has agitated law professors for years though judges have remained blissfully unaware of its existence. Yet it does exist». Por lo que se refiere a la segunda hipótesis, Lagarde (63) pone de relieve cómo en la legislación francesa los artículos 311-14 y 311-18 del Código civil, reformados por ley de 3 de enero de 1972, sitúan bajo el imperio de la regla general de conflicto de leyes la solución de la cuestión previa de filiación, a los fines de la adquisición de la nacionalidad francesa. Un papel simi-

recordar que este artículo 27, así como otros del *Code* de la nacionalidad, han sido modificados recientemente por la ley núm. 73-42, de 9 de enero (vid. el nuevo texto en *Revue Critique*, 1973, núm. 1, págs. 160 a 179. Sobre esta ley, vid. P. LAGARDE: "La rénovation du Code de la nationalité par la loi du 9 janvier 1973", en *Revue Critique*, 1973, núm. 3, págs. 431 a 469). Sobre el antiguo art. 27 y su problemática respecto a la cuestión previa es imprescindible la consulta de la obra de P. PICONE: *Norme di conflitto speciali...*, op. cit.

(62) *Conflict of Laws in Australia*, 2.^a ed., Sydney-Melbourne-Brisbane, 1971, pág. 276. En esta obra pueden verse distintos supuestos de cuestión previa, que coinciden con la orientación expresada por MORRIS, casos como *Haque c. Haque*, *Schwebel c. Hungar*, etc.

(63) Cfr. *La nationalité française*, op. cit., págs. 54 a 56.

lar, aunque de signo contrario, cumplía el antiguo artículo 27 del *Code de la nationalité*. La tercera posibilidad ofrece situaciones diversas en los distintos sistemas nacionales. Nosotros hemos intentado más arriba (64) un ensayo de interpretación en el Derecho español, pero a un nivel puramente especulativo.

Cuando ninguna de estas tres vías proporciona soluciones adecuadas, la doctrina puede desempeñar una función impulsora en la utilización de esta técnica. En este sentido, resulta encomiable el esfuerzo de algunos autores por analizar los supuestos jurisprudenciales a los fines de indicar los casos en que, existiendo cuestión previa, el tribunal no lo haya apreciado. En este campo, son destacables en España los trabajos de Pecourt García (65). Nos parece de interés suscitar ahora lo que a juicio de este autor constituye una cuestión de nacionalidad, previa a un conflicto de leyes, en la *sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1968*. Afirma Pecourt García que «la utilización del criterio de la nacionalidad como punto de conexión determinante de la ley aplicable a determinadas categorías de situaciones plurinacionales, puede dar lugar, en la solución concreta de éstas, a cuestiones preliminares consistente precisamente en la puntualización o concreción de dicho punto de conexión», suscitándose entonces el problema «por presentarse en la persona interesada una pluralidad de nacionalidades, que pueden ser la del foro y otra u otras extranjeras, o bien simplemente extranjeras» (66).

Sin embargo, no creemos que se trate de un supuesto de cuestión previa. El problema que plantea la citada *sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1968* no es de una relación privada internacional que condicione la adquisición o pérdida de la nacionalidad española o de otra nacionalidad distinta. Por el contrario, se trata de una cuestión más simple: cuando una norma de conflicto utiliza la nacionalidad como conexión, puede surgir la cuestión de hecho de precisar o determinar dicha conexión en los supuestos en los que una persona carezca de ella o posea dos o más distintas. Se ha dicho que el domicilio o la residencia habitual presentan ventajas sobre la nacionalidad a la hora de su precisión. Pues bien, aquí nos hallamos ante la necesidad de determinar la nacionalidad de una persona, con el objeto de aplicar la nor-

(64) *Supra*, apartado núm. 4.

(65) El profesor PECOURT GARCÍA ha visto varios supuestos de cuestión previa en la jurisprudencia española como, por ejemplo, las *sentencias del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1960, 29 de septiembre de 1961, 27 de febrero de 1964, 4 de junio de 1964, 14 de diciembre de 1967 y 27 de mayo de 1968* (cfr. *Derecho internacional privado español, op. cit.*, págs. 43 y ss., 78 y ss., 219 y ss., 240 y ss., 340 y ss. y 379 y ss., respectivamente). También GONZÁLEZ CAMPOS ha sugerido la utilización de esta técnica en su comentario a la *sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1966* (cfr. *R.E.D.I.*, 1967, págs. 310 a 312).

(66) *Derecho internacional privado español, op. cit.*, págs. 379 y ss., especialmente las págs. 383 a 387.

ma de conflicto (67), aspecto que ha encontrado solución específica en el actual artículo 9 del Código civil, en sus párrafos 9 y 10 (68).

III. LA CUESTION PREVIA EN EL DERECHO ESPAÑOL DE LA NACIONALIDAD

10. La referencia al Derecho español de la nacionalidad se concretará preferentemente en el hoy vigente, es decir, en la redacción actual de los artículos 17 a 26 del Código civil. No obstante, en ocasiones será imprescindible hacer referencias a situaciones ya superadas a nivel legislativo (69).

La cuestión previa en el Derecho español de la nacionalidad, constituye una expresión que alude a situaciones jurídicas complejas y dependientes, relativas a la adquisición, pérdida o recupe-

(67) Así lo ha entendido la profesora Elisa PÉREZ VERA ("Un caso reciente de Derecho internacional privado: la sucesión de un argentino domiciliado en España. Nota sobre la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1968", en *R.E.D.I.*, 1969, págs. 561 y ss.). Sobre los problemas de la nacionalidad como conexión, en casos de acumulación o ausencia de nacionalidad, vid. MIAJA DE LA MUELA: *Derecho Internacional Privado*, vol. II, *op. cit.*, págs. 93 y ss.

(68) Art. 9, 9 del Código civil: "A los efectos de este capítulo, respecto de las situaciones de doble nacionalidad previstas en las leyes españolas se estará a lo que determinen los tratados internacionales, y, si nada estableciesen, será preferida la nacionalidad coincidente con la última residencia habitual y, en su defecto la última adquirida.

Prevalecerá en todo caso la nacionalidad española del que ostente además otras no previstas en nuestras leyes o en los tratados internacionales. Si ostentare dos o más nacionalidades y ninguna de ellas fuera la española se estará a lo que establece el apartado siguiente".

Art. 9, 10 del Código civil. "Se considerará como ley personal de los que carecieren de nacionalidad o la tuvieren indeterminada, la ley del lu-

(69) Los artículos 17, 18 y 26 del Código civil se hallan redactados gar de su residencia habitual".

conforme a la ley de 15 de julio de 1954, mientras que los artículos 19, 20, 21, 22, 23, 24 y 25 están redactados conforme a la ley de 2 de mayo de 1975. Sin embargo, es obligado referirse a la redacción del artículo 21 del Código civil, con arreglo a la ley de 15 de julio de 1954.

Sobre la reciente reforma de 1975, vid. FERRER SANCHÍS, P. A.: "Aspectos nuevos en la nacionalidad y el estatuto personal en el Derecho Internacional Privado español", en *Temis*, 1973-74, núm. 33-36, págs. 701 a 709; GONZÁLBEL GINER, M.^a A.: "La nacionalidad de la mujer casada en el Derecho español (A propósito de la reforma proyectada)", en *Anuario de Derecho Internacional*, 1974, págs. 292 a 307; LUCES GIL, F.: "Análisis de las modificaciones introducidas en el régimen de la nacionalidad española por la ley de 2 de mayo de 1975", en *R.G.L.J.*, agosto 1975, páginas 101 a 134; MARÍN LÓPEZ, A.: "La nacionalidad de la mujer casada en Derecho español", en *R.E.D.I.*, 1976, págs. 397 a 417; PERE RALUY: "Las nuevas normas sobre nacionalidad", en *Pretor*, 1975, págs. 711 a 752.

Para la actual comprensión e interpretación del nuevo texto legal, resulta inexcusable la lectura de la *Circular de la D.G.R.N. de 22 de mayo de 1975* (B. O. E. de 24 de mayo del mismo año).

ración de la nacionalidad española, cuando estas posibilidades dependan de una situación previa de estatuto personal. En este orden de ideas, cabe distinguir las siguientes:

a) La *mayoría de edad* y la *emancipación* pueden constituir una cuestión previa, esto es, condicionante de la adquisición por opción (artículo 18 del Código civil) y de la adquisición por carta de naturaleza nuestra nacionalidad (artículo 19 del mismo cuerpo legal). Igualmente, pueden constituir una cuestión previa de la pérdida de la nacionalidad española por adquisición de otra (artículo 22 del Código civil).

b) El *matrimonio* puede considerarse como cuestión previa respecto a la adquisición de la nacionalidad española, ya que en los términos de la antigua redacción del artículo 21 del Código civil, se vinculaba a la celebración del mismo, al igual que sucede en el actual artículo 21 del Código civil *in fine*, respecto a la adquisición por opción de nuestra nacionalidad. En pura hipótesis, también cabe preguntarse acerca de si la declaración de nulidad del matrimonio o una decisión extranjera de divorcio, pueden afectar a la conservación o pérdida de la nacionalidad española.

c) La *filiación* constituye un sector de problemas en el que la cuestión previa opera con mayor frecuencia, incluso pueden plantearse cuestiones previas de segundo grado o con carácter sucesivo, es decir, situaciones en las cuales la solución de una cuestión previa exige solucionar primero una cuestión previa anterior. Así sucede, por ejemplo, con la cuestión previa sobre la descendencia legítima, que presupone la cuestión previa anterior de la existencia del matrimonio. En este sentido, la conexión entre filiación y matrimonio es evidente. En la filiación legítima podría plantearse como cuestión principal la pérdida de la nacionalidad española adquirida *iure sanguinis*, constituyendo la cuestión previa la declaración de nulidad del matrimonio que hacía legítima la filiación. En segundo término, la filiación ilegítima no reconocida ni reconocible puede plantear la adquisición de la nacionalidad española como cuestión principal, mientras que la cuestión previa sería la determinación de los efectos de esta clase de filiación. El mismo planteamiento podría extenderse, en tercer lugar, respecto a la filiación natural reconocida. Por otra parte, la filiación legítimada se sitúa en el plano de la adquisición de la nacionalidad española para los legitimados (sería la cuestión principal), mientras que la cuestión previa se vincularía bien a la celebración válida del matrimonio, bien al reconocimiento del progenitor. Como puede observarse, en todos estos casos surge una duda razonable respecto a la ley aplicable a la cuestión previa. Por último, la adopción juega un papel parecido respecto a la adquisición de la nacionalidad española, como cuestión principal. La cuestión previa se refiere entonces a determinar la ley aplicable para regir los efectos de la adopción.

Por lo que se refiere a la doctrina española en materia de De-

recho de la nacionalidad, no existe un planteamiento explícito de este núcleo de cuestiones en nuestros autores. En algunos casos, el planteamiento se ignora de modo absoluto (70). En otros supuestos, por el contrario, existen claras alusiones a este tipo de problemas. Así sucede en la obra de Hererro Rubio (71) respecto a la ley aplicable a la mayoría de edad; en la de Miaja de la Muela (72) en relación a la filiación, adopción, matrimonio, etc.; en la de De Castro (73) en materia de filiación; y, finalmente, en la de Pere Raluy (74) que alude a los problemas derivados de la filiación legítima, natural, legitimada, y a la ley aplicable a estas situaciones. En todos estos casos se pone de relieve la relación de dependencia que puede presentar la adquisición, conservación o pérdida de la nacionalidad española, respecto a situaciones conexas de *status civil* (75).

11. La *mayoría de edad* y la *emancipación*. La reforma operada en el Derecho español de la nacionalidad por ley de 2 de mayo de 1975, favorece nuestro trabajo en la doble dimensión de su actualidad y de su oportunidad. Sin embargo, dicha reforma no ha afectado a dos posibles supuestos de cuestión previa, localizados en los artículos 18 y 19 de nuestro Código civil. Conforme al primero de los preceptos citados, se establece en sus párrafos 1.º y 2.º dos posibilidades de adquisición de la nacionalidad española «a virtud de opción», para las que son necesarias «la declaración de opción, dentro del año siguiente a su mayor edad o emancipación». Por su parte, en el artículo 19 se contempla el supuesto de adquisición de la nacionalidad española mediante la «obtención de carta de naturaleza», que otorga discrecionalmente el Jefe del Estado. Pues bien, para esta hipótesis se exige «tener veintiún años cumplidos o dieciocho y hallarse emancipado».

Ya había dicho Francescakis (76) que pueden presentar «una question préalable de statut personnel les lois sur la nationalité

(70) Cfr. LOZANO SERRALTA, M.: "Nacionalidad. Resumen de la doctrina de la Dirección General de los Registros", en *R.E.D.I.*, 1950, páginas 895 y ss.

(71) Cfr. *Derecho Internacional Privado*, vol. I, op. cit., pág. 124.

(72) Cfr. *Derecho Internacional Privado*, vol. II, op. cit., págs. 27 y ss.

(73) Cfr. *Derecho Civil de España*, op. cit., pág. 399.

(74) Cfr. *Derecho del Registro Civil*. Madrid, 1962, vol. I, págs. 459 a 461.

(75) En términos generales, pueden consultarse los siguientes trabajos en esta materia, W. WENGLER: "La legittimità dei figli nati da un matrimonio claudicante celebrato in Germania da cittadini greci", op. cit.; A. COMBA: "Status familiari e cittadinanza italiana", en *Diritto Internazionale*, 1966, págs. 175 a 189; R. BOULBES: "L'attribution de la nationalité française par filiation, dans le cas où existe un conflit de paternité aggravé par un conflit de lois", en *Mélanges offerts à Jacques Maury*, tomo I, París, 1960, págs. 75 a 112; J. FOYER: *Filiation illégitime et changement de la loi applicable*. París, 1964; M. SIMON DE PITRE y J. FOYER: *Le nouveau droit international privé de la filiation*. París 1973.

(76) "Les questions préalables de statut...", op. cit., pág. 482.

qui fixent, aux fins de leur application et spécialement en ce qui concerne la naturalisation, un âge de majorité spécial, que celui-ci coïncide, du reste, ou non avec le propre droit interne du for». El tema tiene importancia y adquiere una mayor complejidad si pensamos que la determinación de la mayoría de edad civil por parte de los Estados, podría presentar un componente de orden público, especialmente cuando se trata de extranjeros que pretenden adquirir la nacionalidad del Estado en cuestión.

Si volvemos al problema planteado por los artículos 18 y 19 de nuestro Código civil, cabe señalar que se pueden distinguir dos situaciones distintas: la mayoría de edad (77) y la emancipación de personas que hayan cumplido los dieciocho años. A los fines de nuestro trabajo, la cuestión principal coincidiría con la adquisición de la nacionalidad española, mientras que la cuestión previa se hallaría vinculada a la emancipación cualificada por la edad de dieciocho años. Como pusiera de relieve Makarov (78) «conformément à la règle fondamentale sur le droit applicable pour trancher une question de nationalité, les tribunaux ont à appliquer la loi nationale du juge saisi du différend, c'est-à-dire la *lex fori*, ou bien une loi étrangère compétente».

El problema había sido puesto de relieve por Herrero Rubio (79), al afirmar que «se ha discutido si la mayoría de edad había de regirse por la ley de la nacionalidad del optante, o por la ley del país por cuya nacionalidad opta. La Dirección General de los Registros entendió que era la ley personal del optante la que debía señalar la mayoría de edad en su *Res. 22 diciembre 1914*. Pero, posteriormente, ha mantenido el criterio contrario, o sea, la aplicación de la ley española, por entender que se trata de una capacidad de derecho público y no de un simple elemento del estado civil (*Res. 16 abril 1945 y 12 enero 1953*)».

En la reciente *Resolución de la D.G.R.N. de 23 de mayo de 1975* (80) se suscitó el problema de un súbdito francés de dieciocho años de edad, que pretendía adquirir la nacionalidad española por residencia, conforme a los términos del artículo 19 del Código civil. La adquisición de nuestra nacionalidad (cuestión princi-

(77) No deja de resultar curioso que mientras en el art. 18 se habla de "mayor edad", lo cual facilitaría la utilización del procedimiento conflictual a la hora de señalar la ley que determine la mayoría de edad, el art. 19 es más restrictivo en su texto, puesto que dice taxativamente "tener veintiún años cumplidos". Lo mismo sucede con el art. 20 del Código civil cuando se dice "extranjeros adoptados durante su menor edad", mientras que en el artículo 22 del Código civil se hace depender la pérdida de la nacionalidad española de "tener veintiún años cumplidos o dieciocho y hallarse emancipado".

(78) "Règles générales du droit de la nationalité", *op. cit.*, pág. 322.

(79) *Derecho Internacional Privado*, vol. I, *op. cit.*, pág. 124. La referencia de Herrero RUBIO hay que entenderla en relación a la redacción originaria del art. 19, anterior incluso a la ley de 15 de julio de 1954, que hablaba todavía de "mayor edad o emancipación".

(80) Vid. el texto en *Aranzadi. Rep. Jurisprudencia*, 1975, núm. 3008.

pal) estaba subordinada a la cuestión previa de la mayoría de edad o de la emancipación y, consiguientemente, de la determinación de la ley aplicable a la solución de la citada cuestión. El cauce argumental utilizado en la Resolución fue el siguiente: a) «cuando el solicitante no tiene veintiún años, se requiere, conforme al artículo 19 del Código civil, que tenga al menos dieciocho años y esté emancipado, es decir, que de acuerdo con la noción española de esta institución, pueda regir por sí su persona y bienes»; b) «que en este supuesto en que el solicitante es mayor de dieciocho años, se cumple también con el requisito de la emancipación, pues con arreglo a la ley aplicable según el Derecho español (cfr. art. 9, núm. 1 del C. c.) en este caso la francesa, el solicitante puede regir su persona y bienes como mayor de edad que es; situación de capacidad que, además, conservará de llegar a adquirir la nacionalidad española (cfr. art. 9, núm. 1, II C. c.)».

La técnica de solución utilizada sugiere las siguientes consideraciones. En primer término, se descarta la existencia de un presunto problema de calificaciones en materia de emancipación, afirmándose que en ambos derechos se coincide respecto a la plena capacidad civil de la persona emancipada. En segundo lugar, no se planteó duda alguna respecto a la utilización operativa del método conflictual a través de la regla existente en el artículo 9, 1.º del nuevo Título Preliminar del Código civil. La solución no es nueva en nuestro Derecho, ni viene impuesta por la regla expresada en el precepto de referencia, puesto que ya se venía entendiendo tradicionalmente que los supuestos de emancipación estaban comprendidos en el estatuto personal y, por ende, sometidos al antiguo artículo 9 que preveía la aplicación de la ley nacional del interesado (81). Conviene destacar, sin embargo, que la presente posibilidad no estaba comprendida en la pluralidad de formas de emancipación recogidas en nuestro Derecho. En último término, notamos una argumentación un tanto forzada cuando se dice que siendo el solicitante mayor de dieciocho años se cumple el requisito de la emancipación, puesto que puede «regir su persona y bienes como mayor de edad que es». En buena lógica jurídica no es enteramente correcta la afirmación circular de que una persona está emancipada porque es mayor de edad, y de que es mayor de edad porque está emancipada.

Lo que sucede es que existe un obstáculo importante en la propia redacción del artículo 19 del Código civil, cuando exige «tener veintiún años cumplidos». En realidad, esta regla material especial presenta mayores problemas que la fórmula del artículo 18 del mismo cuerpo legal, en que se habla de «mayor edad». Si el supuesto estudiado cayera en el ámbito de regulación de este

(81) Cfr. GONZÁLEZ CAMPOS, en la obra de AGUILAR NAVARRO: *Derecho Civil Internacional*. Madrid, 1975, págs. 127 a 131. La doctrina a que hacemos referencia había sido utilizada reiteradamente tras las *Resoluciones de la D.G.N.R. de 8 de junio de 1916 y de 9 de enero de 1930*.

último precepto, no habría mayores dificultades para determinar la mayoría de edad conforme a la ley nacional de la persona interesada, pero la exigencia del artículo 19 suscita mayores dudas, aparentemente ocultas pero presentes en los términos de la Resolución. Esta diversidad terminológica se extiende asimismo a los artículos 20 y 22 de nuestro Código civil (82), lo que sugiere una confusa política legislativa en la materia y una dudosa técnica de reglamentación, ya que las distintas expresiones empleadas no se justifican en sí mismas.

Como ha dicho González Campos (83), «el art. 19, 2.º del C. c. resuelve una *cuestión previa del Derecho de la nacionalidad*, mediante una norma material, directa, al establecer que el que pretenda adquirir la nacionalidad española habrá de tener veintiún años cumplidos; límite que es el de la mayoría de edad para los españoles, según el art. 320». Así, pues, no cabe duda de que la cuestión previa de la mayoría de edad para la adquisición de la nacionalidad española está, en principio, resuelta de modo expreso en nuestro ordenamiento. El hecho de que la redacción del artículo 19, 2.º del Código civil por la ley de 2 de mayo de 1975, no haya tenido en cuenta el texto del artículo 9, 1.º *in fine*, a tenor del cual «el cambio de la ley personal no afectará a la mayoría de edad adquirida de conformidad con la ley personal anterior», parece demostrar que esta última norma se refiere expresamente a la solución de un hipotético conflicto móvil. En suma, la alusión a los veintiún años impide utilizar el método conflictual respecto a la mayor edad, en beneficio de las normas materiales de Derecho internacional privado español.

Mayores dudas suscita la fórmula empleada en el mismo precepto legal cuando se habla de «dieciocho (años) y hallarse emancipado», como condición para la adquisición de la nacionalidad española. Se trata en apariencia de una norma compleja, en la que se superponen criterios materiales y conflictuales, puesto que se utiliza una conexión acumulativa. En efecto, se alude inicialmente a una cuestión de hecho a la que se da una solución material (tener dieciocho años), para pasar luego a exigir la emancipación de la persona interesada. Importa destacar que, por lo que se refiere a las hipótesis de emancipación, no cabe duda de que «deberá prevalecer la aplicación de la ley del menor, en cuanto a su capacidad, representación legal y facultades del representante» (84). En otros términos, para determinar si la persona extranjera que desea adquirir nuestra nacionalidad está o no emancipada, habrá de utilizar el conflicto de leyes. La extraña norma es, pues, material y conflictual a un mismo tiempo. Pero las dificultades no terminan aquí, puesto que existen sistemas naciona-

(82) Cfr. lo dicho *supra*, nota 77.

(83) En la obra de AGUILAR NAVARRO: *Derecho Civil Internacional*, *op. cit.*, págs. 126 y 127.

(84) *Resolución de la D.G.R.N. de 14 de julio de 1965.*

les en los cuales la emancipación es una institución desconocida o bien puede obtenerse antes de los dieciocho años (85). La consecuencia lógica es que tales casos pueden restar operatividad al método conflictual.

Volviendo a la *Resolución de la D. G. R. N. de 23 de mayo de 1975*, el supuesto de hecho planteado hacía saltar las previsiones del artículo 19, 2.º del Código civil, ya que el extranjero que pretendía adquirir la nacionalidad española ni tenía veintiún años cumplidos, ni estaba emancipado en los términos exigidos por el citado texto legal. Muy por el contrario, la Resolución se ve obligada a utilizar el método conflictual para obtener una respuesta satisfactoria, método que juega un papel residual en la letra del artículo 19, 2.º del Código civil. Al mismo tiempo, la exigencia material de los veintiuno y dieciocho años respectivamente, involucra un problema de coordinación respecto a los sistemas jurídicos nacionales que señalan edades diferentes para la mayoría de edad o para la emancipación, es decir, para entrar en posesión de la capacidad civil plena. En este orden de ideas, nos parece que la redacción originaria del artículo 19 resolvía mejor las posibles cuestiones previas en esta materia, puesto que al referirse a la «mayor edad o emancipación» (86), se abría camino franco al sistema conflictual español. En conclusión —y dejando a un lado esta sugerencia de *lege ferenda*— la solución de la cuestión previa de la mayoría de edad respecto de la adquisición de la nacionalidad española por carta de naturaleza o por residencia, encuentra respuesta en la norma material del artículo 19, 2.º del Código civil. Idéntico supuesto de cuestión previa surge respecto de la emancipación, solucionándose por la misma norma material citada cuando el extranjero tenga la edad de dieciocho años y esté emancipado conforme a su ley personal, aunque quepa acudir eventualmente a la norma de conflicto española del artículo 9, 1.º del Código civil —como ha hecho la *Resolución de 23 de mayo de 1975*— cuando no se dé tal coincidencia (87).

(85) En este sentido, VON OVERBECK (en *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. III, Chapter 15: "Persons", pág. 15-33) afirma que "english law does not know emancipation". Por su parte, STOLJAR (en *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. IV, Chapter 7: "Children, Parents and Guardians", pág. 7-151 y 7-156) pone de relieve que en el sistema francés anterior a la ley de 14 de diciembre de 1964, la edad mínima en que una persona podía emanciparse era de quince años.

(86) Las normas materiales de los "veintiún años cumplidos o dieciocho y hallarse emancipado", aparecen en la redacción de la ley de 15 de julio de 1954 y se mantuvieron en la de 2 de mayo de 1975. Podría argumentarse que la norma de conflicto podría chocar con una interpretación similar a la de las *Resoluciones de 16 de abril de 1945 y de 12 de enero de 1953*, en el sentido de aplicar la ley española por considerarla como una capacidad de derecho público y no como elemento de estado civil. Sin embargo, creemos inviable esta interpretación tras la regla del art. 9. 1 *in fine* del Código civil.

(87) Este mismo tipo de cuestiones han sido abordadas por PECOURT

La misma problemática de cuestión previa y parecido planteamiento suscita el artículo 22 del Código civil respecto a los supuestos de pérdida de la nacionalidad española, como consecuencia de la adquisición voluntaria de otra nacionalidad distinta, puesto que para ello «se requiere tener veintiún años cumplidos o dieciocho y hallarse emancipado». En nuestra opinión, la única diferencia estriba en que ambas normas materiales operan absolutamente, ya que en este caso la persona tiene aún nacionalidad española y no presenta problemas respecto a la ley aplicable.

12. El *matrimonio*. La anterior situación legislativa vigente en nuestro país (88), determinaba que la extranjera que contrajera matrimonio con un español adquiriría la nacionalidad española. Ahora bien, se contemplaba legalmente la posibilidad de pérdida o permanencia de la nacionalidad española, como consecuencia de la declaración de nulidad del matrimonio. Si la cuestión principal radicaba en la pérdida de la nacionalidad española, la cuestión previa consistía en los efectos de tal declaración de nulidad. Se presenta entonces el problema de utilizar correctamente el método conflictual, preguntándonos cuál es la ley aplicable a los efectos de la nulidad, o bien aplicar directamente el derecho material español a dicha cuestión previa. Se optó en nuestro sistema por la aplicación de la ley civil española, puesto que en el último párrafo del antiguo artículo 21 del Código civil se hacía una remisión al régimen del matrimonio putativo, instalado en el artículo 69 del mismo cuerpo legal (89).

GARCÍA en su *Nota a la Resolución de la D.G.R.N. de 26 de febrero de 1972*, en *Anuario de Derecho Internacional*, 1974, págs. 493 y 494, relativa a la emancipación de un marroquí con dieciocho años cumplidos, afirmando que “son previsibles cuatro hipótesis: a) que el interesado tenga menos de dieciocho años y esté válidamente emancipado según su ley personal. En este caso no cabrá, a pesar de todo, formular la solicitud de naturalización, ya que queda claro que es preciso “tener dieciocho”; b) que haya cumplido esos años pero no se halle válidamente emancipado según su ley personal. Tampoco en este supuesto podrá solicitar la naturalización, ya que, como explícitamente puntualiza la Resolución comentada, “no basta en la emancipación de un extranjero cumplir con la ley interna española, si la ley extranjera no aparece cumplida en cuanto sea competente. 3.º (sic) que tenga dieciocho años y esté emancipado de acuerdo con su ley personal. Si estará capacitado, en este caso, el interesado para pedir su naturalización; y 4.º) que haya cumplido veintiún. Bastará entonces el tener esta edad para que, asimismo, se encuentre con la capacidad suficiente para realizar una solicitud en tal sentido, sin que, por lo que se refiere a esta última hipótesis, entre en juego su ley personal”. El planteamiento de PECOURT es ligeramente distinto, puesto que no plantea el supuesto desde el ángulo de la cuestión previa.

(88) Artículo 21 del Código civil, redactado conforme a la ley de 15 de julio de 1954.

(89) Art. 21, pfo. 2.º: “A los efectos de la nacionalidad, la declaración de nulidad del matrimonio queda sujeto al régimen del art. 69”.

Art. 69: “El matrimonio contraído de buena fe de parte de uno sólo de los cónyuges, surte únicamente efectos civiles respecto de él y de los hijos.

La buena fé se presume, si no consta lo contrario.

En todo caso, la situación anterior ya ha sido superada en el derecho español de la nacionalidad, puesto que en la actual redacción del artículo 21, 1.º del Código civil se dispone que «el matrimonio por sí solo no modifica la nacionalidad de los cónyuges ni limita o condiciona su adquisición, pérdida o recuperación, por cualquiera de ellos con independencia del otro». Así, pues, la regulación legal hoy vigente no propicia la posibilidad de que aparezcan cuestiones previas como la descrita anteriormente. Ello significa, a nuestro juicio, un avance civilizador respecto a la situación anterior, puesto que se rompe el esquema rígido del principio de unidad familiar imperante en nuestro sistema (90). De esta forma, se verifica un acercamiento del Derecho español a los principios que informaron el *Convenio de las Naciones Unidas sobre nacionalidad de la mujer casada*, de 20 de febrero de 1957, ya que como se pone de relieve en la propia Exposición de Motivos de la Ley de 2 de mayo de 1975, el «principio de unidad familiar pudo tener un fundamento social, en momentos históricos en que las comunidades nacionales eran compartimentos muy replegados sobre sí y poco comunicados», constituyendo la familia «un exponente de la rígida unidad nacional». Por el contrario, hoy «no se ve razón suficiente para que una misma familia no pueda estar compuesta por personas de diferentes nacionalidades». Esta solución, a buen seguro, no será del agrado de Alegre González, quien refiriéndose justamente a esta posibilidad afirmaba que «no se ventila en esta materia la aplicación de simples normas técnicas, de carácter asepticamente científico; tras ellas se esconde toda una concepción de la vida y de la familia, de las que, afortunadamente, estamos aún muy lejos» (91). Pues bien, ese momento lejano ha llegado ya.

No insistimos más en esta posibilidad de cuestión previa por razón de matrimonio respecto a la nacionalidad de la mujer casada, puesto que en España ya contamos con una legislación superadora de dicha fase. Por otra parte, esta situación encuentra correspondencia con la tendencia general a nivel de los distintos sistemas nacionales, como ha sido puesto de relieve en una importante obra sobre el tema, en la que se manifiesta el declinar

Si hubiere intervenido mala fe por parte de ambos cónyuges, el matrimonio sólo surtirá efectos civiles respecto de los hijos”.

Sobre el problema del matrimonio putativo en el Derecho internacional privado español, vid. el trabajo de GONZÁLEZ CAMPOS, en la obra de AGUILAR NAVARRO: *Derecho civil Internacional*, op. cit., págs. 318 a 323.

Acerca de la solución del Derecho español a esta especie de cuestión previa, cfr. FRANCESCAKIS: “Les questions préalables de statut...”, op. cit., pág. 485, que destaca la aplicación de la ley civil interna española para la solución de este tipo de problemas.

(90) Sobre este tema, vid. ALEGRE GONZÁLEZ, J.: “El principio de unidad del derecho de familia y sus excepciones en Derecho internacional privado español”, en *Estudios de Derecho Internacional Público y Privado* (Homenaje al Prof. Luis Sela y Sampil), vol. II, Oviedo, 1970, páginas 905 a 915.

(91) “El principio de unidad del derecho de...”, op. cit., pág. 915.

del sistema unitario, junto al crecimiento del sistema dualista (92). En otros términos, asistimos en la hora actual a una aceptación común de que el matrimonio no conlleva necesariamente un cambio en la nacionalidad de la mujer (93).

En nuestro sistema solamente existe una posibilidad residual en el último párrafo del artículo 20 del Código civil, a tenor del cual «el cónyuge extranjero podrá adquirir la nacionalidad española por razón de matrimonio si expresamente optare por ella». Como este precepto presupone la existencia previa del matrimonio, toda cuestión que afecte a su validez o nulidad actúa como condicionante de la adquisición de la nacionalidad española. Ante la ausencia de referencia alguna a este tipo de cuestiones previas y a su posible solución, resulta imprescindible acudir a las normas españolas de Derecho internacional privado en esta materia. Por lo que se refiere a la nulidad, la ley rectora de sus efectos será la misma que determina los presupuestos de validez de la unión, entendiendo aplicable a este supuesto el régimen del matrimonio putativo; respecto a la validez del matrimonio, es preciso distinguir entre matrimonio confesional y no confesional, ya que en el primer caso existen normas de aplicación necesaria en nuestro

(92) Cfr. Bernard DUTOIT y otros: *La nationalité de la femme mariée*. Vol. I (Europa). Ginebra, 1973, págs. 6 a 11, especialmente. Esta afirmación no es extensible únicamente a Europa, sino que cuenta a su favor con la práctica legislativa más importante y numerosa en el continente africano, como se pone de relieve en la obra recientemente publicada por los mismos autores: *La nationalité de la femme mariée*. vol. II (Africa). Ginebra, 1976, págs. 5 a 10.

(93) En cualquier caso, es preciso poner de relieve que la tendencia legislativa española había sido dulcificada progresivamente en esta materia, como puso de relieve, entre otras, la reciente *sentencia del T. S. (Sala 1.ª) de 13 de febrero de 1974 (Aranzadi. Rep. Jurisprudencia, 1974, núm. 491)*. Vid. la Nota a esta sentencia de AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, en *R.E.D.I.*, 1976, págs. 517 a 521), ya que de la primitiva redacción del art. 22 del C. c. en la cual "la mujer casada sigue la condición y nacionalidad de su marido", se pasó en la fórmula del art. 23, 3.ª, tras la ley de 15 de julio de 1954 a que la española sólo perdía nuestra nacionalidad por matrimonio "si adquiere la nacionalidad de su marido".

En cualquier caso, y por razones obvias, hemos simplificado aquí el problema, tanto en su tratamiento convencional, como en su propio desarrollo en nuestra historia legislativa, para lo que remitimos a los trabajos de GONZÁLEZ GINER (op. cit., págs. 292 a 307), de MARÍN LÓPEZ ("La nacionalidad de la mujer casada en Derecho español", op. cit., págs. 397 y ss.) y al apunte que hace PECOURT GARCÍA en la Nota a la *Resolución de la D.G.R.N. de 29 de febrero de 1972, en Anuario de Derecho Internacional, 1974, págs. 494 y 495*.

En la situación anterior, apuntaba PERE RALUY (*Derecho del Registro Civil*. Vol. II. Madrid, 1962, pág. 582) respecto al matrimonio putativo que "el legislador ha ido, en esta materia, más allá de lo debido, pues no se concibe la conveniencia de atribuir efectos, en materia tan delicada como es la de la nacionalidad, a un enlace inválido sin que quepa aquí invocar el principio de unidad nacional familiar, pues precisamente la nulidad del matrimonio rompe el vínculo familiar —o mejor, hace desaparecer la apariencia de vínculo creado—".

Derecho, como advierte González Campos (94). Ante supuestos de matrimonios no confesionales, los requisitos de forma se determinan recurriendo a la *lex loci celebrationis* o a la ley personal (en caso de matrimonios consulares), mientras que los requisitos de fondo vienen solucionados por la vía de la ley nacional de los contrayentes, que es que la estima el artículo 9, 1.º del Código civil (95).

13. La *filiación*. Por lo que se refiere a la filiación como presupuesto necesario para la adquisición de la nacionalidad española, cabe señalar que todo este sector del Derecho civil internacional está caracterizado por constituir un campo especialmente sensible a los problemas generales de nuestra disciplina: cuestión previa, calificaciones, orden público, etc. (96). Es más, algún autor

(94) En la obra de AGUILAR NAVARRO: *Derecho Civil Internacional*, *op. cit.*, págs. 317 a 323 respecto a la nulidad, y págs. 297 a 312 por lo que se refiere a la validez.

(95) Cfr. en este sentido GONZÁLEZ CAMPOS, J. D.: "Nota a la sentencia de T. S. (Sala 1.ª) de 5 de abril de 1966", *op. cit.*, págs. 305 a 320; PASTOR RIDRUEJO, J. A.: "Nota a la sentencia del T. S. (Sala 1.ª) de 5 de julio de 1965", en *R.E.D.I.*, 1966, págs. 572 a 577; AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M.: "Estatuto personal y Orden Público en el Derecho internacional privado español", en *R.E.D.I.*, 1967, págs. 217 a 246; GONZÁLEZ CAMPOS, en la obra de AGUILAR NAVARRO: *Derecho Civil Internacional*, *op. cit.*, págs. 291 y ss.; NAVARRO VALLS: *Divorcio, orden público y matrimonio canónico*, Madrid, 1972; MIAJA DE LA MUELA, A.: "Indicios de atenuación del orden público en el Derecho internacional privado español", en *Multitudo Legum Ius Unum. Festschrift für W. Wengler*. Volumen II. Berlín, 1973, págs. 573 y ss.

No obstante, debe tenerse en cuenta la atenuación observada recientemente en la rigidez anterior —que se pone de relieve en algunos de los trabajos citados—, respecto a la validez del matrimonio civil celebrado por españoles solteros con extranjeros divorciados según su estatuto personal, de un matrimonio anterior no canónico. Esta línea doctrinal, que se había iniciado en la conocida *Resolución de la D.G.R.N. de 9 de noviembre de 1971*, se continúa en las *Resoluciones de la D.G.R.N. de 23 de marzo de 1976, de 5 de abril de 1976 y de 24 de agosto de 1976*. (Vid. sus textos respectivos en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1.057, de 25 de abril de 1976, para las dos primeras de este año, y en el núm. 1.071, de 15 de septiembre de 1976, para la última). En efecto, la *Resolución de 23 de marzo de 1976* ha afirmado que "la indisolubilidad del matrimonio es ciertamente básica en la organización de la familia e integrante del orden público español, pero no es una regla absolutamente rígida, pues admite inflexiones", lo que conduce a "distinguir según que el propio matrimonio de la extranjera fuera canónico o civil; pues siendo canónico, una constante jurisprudencia del Tribunal Supremo estima que por razones de orden público el impedimento de ligamen persiste a pesar de haberse decretado el divorcio vincular conforme a la correspondiente ley personal extranjera; y, en cambio, siendo el matrimonio civil, los principios de comunidad jurídica universal y el carácter restrictivo con que debe hacerse uso de la excepción de orden público han obligado, cuando de inscribir un matrimonio ya celebrado en el extranjero se trata, a estimar que ha desaparecido el impedimento de ligamen a consecuencia del divorcio dictado con la correspondiente ley personal, y que, en consecuencia, el nuevo matrimonio es inscribible".

(96) Cfr. AGUILAR NAVARRO: *Derecho Civil Internacional*, *op. cit.*, págs. 416 a 418.

ha señalado acertadamente que en materia de filiación la teoría de la cuestión previa ofrece serias dudas en el momento de su aplicación y presenta contornos poco precisos respecto a la tesis del efecto atenuado del orden público (97). En resumen, interesa retener que en las relaciones de filiación existe una correlación acusada entre los distintos problemas generales antes apuntados y la cuestión previa. Si el componente judicial posee un valor sustancial en todo el Derecho internacional privado, su papel es especialmente relevante en este sector de problemas.

El problema de la cuestión previa en materia de nacionalidad ha encontrado un desarrollo y una atención doctrinal importante, en los casos en que la filiación opera como condicionante de la atribución de una determinada nacionalidad. Concretamente el punto de referencia lo constituía el artículo 27 del *Code de la nationalité française*. No obstante, la desaparición del precepto anterior en la nueva legislación francesa sobre nacionalidad, concede un mayor interés al replanteamiento global del tema.

Cuando en los artículos 17 y siguientes del Código civil habla de «hijos» o de «padres», se presupone la existencia de una relación de filiación. Ahora bien, en nuestro propio Derecho existen varias clases de filiación. Por ejemplo, la filiación legítima se deriva de la existencia previa de un matrimonio válido; es decir, que si la cuestión principal coincide con la adquisición de la nacionalidad española por el criterio del *jure sanguinis*, puede plantearse como cuestión previa la validez del propio matrimonio, en cuanto éste condiciona la legitimidad de la filiación y los posibles efectos que se deduzcan de la misma. El tema puede considerarse abierto en el Derecho español, si tenemos en cuenta la inexistencia de nuestro ordenamiento interno de una norma similar al derogado artículo 27 del *Códe* francés de la nacionalidad. Insistimos, por otra parte, en que no aludimos en este momento a los problemas conexos de calificación en materia de filiación, aspecto que encuentra solución en el marco del artículo 12, 1.º del Código civil.

14. Por lo que se refiere a la *filiación legítima*, la posibilidad de detectar supuestos de cuestión previa, se refiere principalmente a los casos en los que se declara nulo el matrimonio que hacía legítima la filiación. En dicha hipótesis cabría preguntarse si la nacionalidad que poseía el hijo o los hijos habidos, se perdía como consecuencia de la declaración de nulidad. La cuestión principal

(97) Cfr. J. FOYER: *Filiation illégitime et changement de la loi applicable*, op. cit., págs. 255 a 266. Como dice este autor "la distinction entre question principale et question préalable nous semble donc d'une utilisation extrêmement délicate. Sur le plan de la filiation, du moins, elle nous paraît très difficile à mettre en oeuvre. Mais cette critique se situe uniquement sur le plan pratique" (pág. 259).

Sobre el tema de la filiación en el Derecho español, vid. RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: "La evolución del Derecho de familia en materia de filiación", en *Ponencias presentadas por el Notariado español a los Congresos internacionales del Notariado Latino*. XIII Congreso. Barcelona, 1975, págs. 533 y ss.

sería entonces la pérdida de la nacionalidad española, y operaría tanto en el ámbito de la atribución *jure sanguinis*, como en la *jure soli*, es decir, en los tres primeros párrafos del artículo 17 de nuestro Código civil. La cuestión previa, obviamente, consistiría en determinar los efectos de la nulidad. La solución de esta última admite un planteamiento doble: aplicar el mecanismo conflictual español, eligiendo la ley rectora de los efectos de la nulidad, o bien indagar la posible existencia de normas materiales en el propio Derecho español que resuelvan directamente la cuestión planteada. No existe duda alguna en nuestra doctrina legal en aplicar el artículo 69 del Código civil, para resolver positivamente la condición de los hijos legítimos de un matrimonio nulo, incluso en materia de nacionalidad (98).

Como ha señalado justamente Makarov (99), nos encontramos en un sector de problemas en el que la solución de una cuestión previa, presupone otra cuestión previa anterior. Así, por ejemplo, la cuestión previa sobre la filiación legítima implica la cuestión previa anterior de la celebración válida del matrimonio de los padres. Tales supuestos son denominados por Makarov cuestiones previas de segundo grado y deben ser solucionadas con la misma técnica aplicable a las cuestiones previas de primer grado. Naturalmente, esta afirmación debe ser matizada en nuestro sistema atendiendo a las peculiaridades del Derecho español en la materia (100), otorgando al supuesto un carácter más teórico que real por la vocación irresistible de nuestro ordenamiento en orden a solucionar los aspectos vinculados con la validez en la celebración de los matrimonios confesionales.

Pere Raluy (101) alude a un supuesto atípico de cuestión previa de la filiación legítima respecto a la pérdida de la nacionalidad española, cuando dice que «tanto en el caso de que el hijo fuera de filiación desconocida, como si tuviera un diferente *status* de filiación y hubiera venido gozando de la española con arreglo al número 4 del artículo 17 C. c., o como consecuencia de filiación española debidamente ostentada, el acto por el que se declare que dicha persona es hija legítima de personas que, con arreglo al artículo 17 C. c., determinen la extranjería del hijo, provocará para éste la pérdida de la nacionalidad que hubiere venido ostentando y ello tanto con referencia a menores como a mayores de edad; la pérdida tendrá carácter retroactivo, si bien no parece que la

(98) Así sucede, por ejemplo, en la *Resolución de la D.G.R.N. de 12 de enero de 1963* y en la *sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1965*. Cfr. AGUILAR NAVARRO: *Derecho Civil Internacional*, op. cit., páginas 423-424.

(99) Cfr. *Allgemeine Lehren des Staatsangehörigkeitsrecht*, op. cit., págs. 240 a 242.

(100) Con arreglo a las *Resoluciones de la D.G.R.N. de 18 de septiembre de 1971, de 23 de marzo de 1976, de 5 de abril de 1976 y de 24 de agosto de 1976, ya citadas en nota 95*.

(101) *Derecho del Registro Civil. Vol. II*, op. cit., pág. 621.

retroacción haya de lesionar los derechos definitivamente adquiridos durante la posesión de la nacionalidad española y al amparo de ésta».

15. Por lo que se refiere a la *filiación no legítima*, como es bien sabido, caben dos posibles situaciones. En primer término, la de *filiación ilegítima que no ha sido reconocida ni es reconocible*, supuesto que puede conducirnos ante una hipótesis de cuestión previa consistente en la determinación de los efectos de esta clase de filiación, operando como condición causal de la cuestión principal, es decir, en la adquisición de la nacionalidad española por la vía del artículo 17 de nuestro Código civil. Para determinar la ley aplicable a la cuestión principal, el elenco de posibilidades queda reducido a las siguientes: ley nacional del padre, de la madre, del hijo o, finalmente, la ley española como *lex fori* (102). La regla de base en nuestro Derecho es la de impedir la legitimación de los hijos adulterinos, incestuosos y sacrílegos, conforme al ordenamiento aplicable según nuestra norma de conflicto (103), como consecuencia de la actuación del orden público. Esta es la solución aceptada en la *sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1960*, en la que se opone el orden público español a la legitimación de una hija adulterina cubana, conforme a su ley nacional (104). No obstante, este rigorismo inicial ha sido dulcificado posteriormente en la doctrina registral, considerando como hijos naturales los nacidos de padre o madre españoles y solteros, habidos con extranjera o extranjeros divorciados de matrimonio canónico conforme a sus leyes nacionales respectivas (105). Es más, conforme a la *Resolución de la D. G. R. N. de 13 de octubre de 1976* (106) es previsible una utilización menos intensa del orden

(102) Cfr. AGUILAR NAVARRO: *Derecho Civil Internacional*, op. cit., págs. 425 a 427.

(103) Sobre la norma de conflicto española aplicable a estos supuestos, vid. el párrafo siguiente dedicado a la filiación natural reconocida.

(104) Respecto a esta decisión y a la doctrina existente en torno a ella, cfr. *supra* nota 25.

(105) Vid. en este sentido las *Resoluciones de la D.G.R.N. de 23 de abril de 1970* (cfr. AGUILAR NAVARRO: *Derecho Civil Internacional*, op. cit., págs. 427 a 429, y MEDINA ORTEGA, M.: "Divorcio extranjero y filiación natural", en *R.E.D.I.*, 1970, págs. 779 a 786), y de 2 de septiembre de 1976). En el primer caso se trataba de un español soltero y de una alemana (española de origen) divorciada, mientras que el segundo caso se refiere a una española soltera y a un portugués divorciado de matrimonio canónico anterior.

(106) Vid el texto en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1.077, de 15 de noviembre de 1976, págs. 65 a 67. Se trataba del reconocimiento por un argentino casado de una hija adulterina, habida con una española soltera. Aunque la ley argentina de 11 de octubre de 1954 eliminaba las diferencias entre las diversas clases de hijos extramatrimoniales, la Dirección General concedió escasa relevancia a este dato, habida cuenta de que la hija no adquiría la nacionalidad argentina del padre, por lo cual, en los términos del art. 17, 2.º del C. c., adquiriría la nacionalidad española de la madre. En la Resolución se distinguen los problemas de capacidad y reconocimiento que, como resultado del art. 9,

público «cuanto más si se tiene en cuenta que la aludida excepción, por suponer una quiebra en la comunidad jurídica universal, debe aplicarse e interpretarse restrictivamente y de acuerdo también con las ideas sociales imperantes en la actualidad (cf. artículo 3.º-1, Código civil); cuya evolución en sentido favorable a una mayor amplitud de los efectos de la filiación ilegítima es bien patente».

La *filiación natural reconocida*, cuando se trata de reconocimiento voluntario, también puede situarnos ante supuestos de cuestión previa respecto a la adquisición de la nacionalidad española en los términos del artículo 17 de nuestro Código civil. En este caso, se repetirá la cuestión principal (adquisición o pérdida de la nacionalidad española), consistiendo la cuestión previa en la determinación de la capacidad y de los efectos del reconocimiento de filiación natural, lo que podría dar lugar eventualmente a la aplicación del Derecho material español o del derecho extranjero reclamado por nuestra norma de conflicto, para la solución de la mencionada cuestión previa (107). Lo anterior se deriva de que, como se afirma en la *Resolución de la D. G. R. N. de 21 de marzo de 1973* (108), «entre los efectos del reconocimiento, puede afirmarse que el reconocido adquiere la nacionalidad del padre que le reconoce (art. 17 C. c.)».

Pues bien, la *Resolución de la D. G. R. N. de 2 de septiembre de 1976* (109), acaba de expresar en términos muy claros que:

1.º C. c., se someten a la ley española; de otro lado, a las relaciones padre-hijo, se entiende aplicable el art. 9, 4.º C. c. Sucede que al aplicar la ley española, el art. 190 del Reglamento del Registro Civil determina que «sólo constarán en la inscripción las menciones de que se infiera el carácter ilegítimo, no natural, de una filiación, cuando ésta se declare por sentencia en proceso civil», lo que hace innecesario utilizar el orden público.

(107) En este sentido, PERE RALUY (*Derecho del Registro Civil*, volumen II, *op. cit.*, págs 621-622) contempla la hipótesis de reconocimiento de súbdito español por progenitor extranjero y estima que «procede distinguir entre el reconocimiento de menores y el de mayores de edad. Si el reconocimiento se produce respecto de un menor, la nacionalidad de éste será, sin duda alguna, la resultante de aplicar las normas del art. 17 del C. c. a la filiación establecida por el reconocimiento; la pérdida de la nacionalidad se producirá, por tanto, en el caso de reconocimiento por padre, o en su defecto madre, extranjero, de un menor de filiación hasta entonces desconocida, o en el de reconocimiento, por padre extranjero, de un hijo anteriormente reconocido por madre española —si el hijo adquiere la nacionalidad paterna—. No aparece claro si la pérdida de nacionalidad tendrá efecto retroactivo, aunque ello debe estimarse como probable. Más discutible es la cuestión con respecto al reconocimiento de los mayores de edad; sin embargo, ...cabe aventurar la opinión de que, también en estos supuestos, el reconocimiento determinará la pérdida, con efecto retroactivo de la nacionalidad española, sin perjuicio de que dicha nacionalidad pueda ostentarse, pese a ello, por haberse producido algún supuesto posterior...».

(108) Vid. el texto en *Boletín de Información de Ministerio de Justicia*, núm. 946, de 5 de abril de 1973.

(109) Para la referencia exacta de esta Resolución, vid. *supra* nota 105.

«aunque el vigente artículo 9,4 del Código establezca que, en principio, «las relaciones paterno-filiales se regirán por la Ley nacional del padre», este precepto no puede entenderse referido más que a la relación paterno-filial ya constituida, pero no a su constitución, en este caso el reconocimiento de la filiación, al cual habrá de aplicar el régimen de los actos de estado civil, y en consecuencia, regirá la Ley portuguesa para juzgar la capacidad del que reconoce y tiene esta nacionalidad, pero también deberá ser de aplicación la Ley española para determinar la capacidad de la reconocida, su consentimiento y, en su caso, aprobación judicial supletoria, así como el propio concepto de hija natural, como cuestión de estado civil de un español que cae bajo el ámbito de la Ley nacional, por imperativo del principio general contenido en el artículo 9, 1, del Código civil».

En este caso, se considera ya española a la hija por ser nacida en España, de madre española y no seguir la nacionalidad de su padre, exigiendo la aplicación acumulativa de la ley nacional del padre y de la ley española. La idea coincide básicamente con la tesis que había defendido anteriormente Pere Raluy (110). Pero imaginemos que el supuesto se plantea en los términos que siguen: constando únicamente la maternidad y la nacionalidad española de la madre, se concede al hijo la nacionalidad española, conforme a lo dispuesto en el artículo 17, pfo. 2.º del Código civil. Posteriormente, el padre natural reconoce a su hijo como tal y pretende que adquiera su misma nacionalidad. En tal hipótesis, la cuestión principal residiría en la pérdida de la nacionalidad española, mientras que la cuestión previa sería la capacidad, validez y efectos del reconocimiento de filiación natural. Idéntica problemática se plantearía conforme al artículo 17, pfo. 4.º del Código civil, cuando se hubiere atribuido la nacionalidad española a un nacido en España de padres desconocidos. Ante el eventual reconocimiento de filiación natural realizado por un extranjero, ¿cuál sería la ley aplicable a la capacidad y efectos del reconocimiento?, ¿perdería el hijo reconocido la nacionalidad española? A juicio de De Castro (111) «ciertamente será aplicable la ley

(110) *Derecho del Registro Civil*. Vol. I, op. cit., pág. 459. Afirma este autor que «la filiación natural, así en cuanto a los presupuestos para el reconocimiento de la misma como en cuanto a los requisitos de establecimiento de tal vínculo de filiación, se rige por la ley de la persona que reconoce, salvo en cuanto a los requisitos de aprobación judicial y consentimiento del hijo, a los que será aplicable la ley correspondiente al hijo al tiempo del reconocimiento».

(111) *Derecho Civil de España*, op. cit., pág. 399. En la nota 2, alude a la tesis de NIBOYER, quien cree aplicable sólo el Derecho nacional, al tratarse de una «cuestión de Derecho público y hasta de orden político». Este último autor admite, pues, dos filiaciones: una civil y otra para la nacionalidad.

española, pero no parece haber motivo que justifique la exclusión de las reglas españolas de Derecho internacional privado; por tanto, habrá que atender a las disposiciones españolas o a las extranjeras a las que remita la norma de conflicto (artículo 9 C. c.)».

En ambos casos existe un dato común: la nacionalidad española que inicialmente posee el hijo que va a ser reconocido. En otros términos, la situación coincide básicamente no con la contemplada en la *Resolución de 2 de septiembre de 1976*, pero sí con la problemática a que alude el Considerando transcrito antes. Proyectada la doctrina registral de referencia, se aplicaría el artículo 9, 1.º del Código civil por dos veces; en ambos casos respecto a la constitución de la filiación: capacidad del que reconoce y de la persona reconocida. No obstante, creemos que esta solución es peligrosa y que no se halla técnicamente justificada en el artículo 9, 4.º del Código civil. Es peligrosa porque rompe la unidad de la ley aplicable a las relaciones paterno-filiales, especialmente en materia de efectos. Es reprochable porque nuestro legislador no ha querido distinguir si la ley nacional del padre o de la madre operan a partir de un determinado momento, cuando la filiación ha quedado constituida. Por el contrario, emplea una fórmula genérica («relaciones paterno-filiales») que presupone todos los momentos. Si hubiera querido distinguir podría haber utilizado el ejemplo inmediato del artículo 9, 5.º del Código civil respecto a la adopción, en el que se distingue entre la ley del adoptante (para los efectos y la capacidad para adoptar) y la ley del adoptado (para su capacidad, consentimiento y modo de suplirlo). Si no lo ha hecho así, parece más adecuada una interpretación estricta del artículo 9, 4.º y no la distinción introducida a efectos registrales. Cuando Medina Ortega (112) analizó la *Resolución de la D. G. R. N. de 23 de abril de 1970*, sugirió que la tesis registral de someter la filiación natural, en cuanto a sus condiciones de fondo, a la ley del hijo, encerraba en el supuesto de hecho una extensión encubierta de la ley española como *lex fori*. El forzado argumento que se empleaba era, por esta razón, más que discutible. Finalmente, en la afirmación de la D. G. R. N. se plantea un problema de fondo: el carácter constitutivo o no constitutivo del reconocimiento en la filiación natural. En principio, parece dudosa una respuesta

(112) Cfr. "Divorcio extranjero y filiación natural", *op. cit.*, páginas 782-783. Incidentalmente cabría poner de relieve que para este autor no se plantea una cuestión previa, "ya que no nos encontramos con el supuesto estricto, sólo existe cuestión previa de Derecho internacional privado cuando es aplicable a la cuestión principal Derecho extranjero, y se plantea el problema de si este Derecho extranjero es también aplicable en cuanto sistema conflictual a la cuestión previa, o por el contrario, debería aplicarse el Derecho conflictual del foro. Aquí la situación es distinta. El Derecho aplicable a la cuestión prejudicial es el del foro. No se plantea el problema de la aplicabilidad de un Derecho conflictual extranjero" (pág. 784).

afirmativa no matizada, ya que para que exista filiación natural se exige en nuestro Derecho que sea hijo y que sea natural (113). Este mismo problema se plantea en otros ordenamientos nacionales, por lo que es más lógico someter el conjunto de problemas a una sola ley.

En materia de *reconocimiento forzoso de hijos naturales*, aunque no hemos encontrado jurisprudencia o doctrina española específica, pueden mantenerse dos posturas; por una parte, entender que se aplica el Derecho material español, al operar el orden público en la investigación de la paternidad. Por el contrario, Pere Raluy (114) entiende que cuando la libre investigación de paternidad «se halle autorizada por la Ley de fondo aplicable al establecimiento de la relación jurídica de filiación, es evidente que, en modo alguno, puede afirmarse que choque con el orden público español».

16. La sistemática utilizada hasta el momento nos conduce a examinar ahora la *filiación legitimada* y más concretamente la *legitimación por subsiguiente matrimonio*, que es el primero de los supuestos contemplados en el artículo 120 del Código civil. Aparentemente la cuestión principal podría estar determinada en este supuesto por la adquisición de la nacionalidad española, mientras que la cuestión previa se reduciría a la validez de la celebración del matrimonio, situándonos entonces en un orden de problemas idénticos a los examinados en apartados anteriores. Sin embargo, tal planteamiento puede resultar engañoso, en el sentido de que se presenten cuestiones previas conexiones entre sí, y denominadas por Marakov de primer y segundo grado (115). En este sentido, la *Resolución de la D. G. R. N. de 13 de julio de 1956* (116) ha defendido la tesis de que en materia de adquisición de la nacionalidad de su padre por un menor, los efectos de la legitimación por subsiguiente matrimonio, dependen de la validez del reconocimiento prestado por el progenitor, y más concretamente:

«Que los efectos legitimadores del matrimonio contraído por J. V. G. producen la adquisición de la nacionalidad española por el menor, que le correspondería

(113) Puede sostenerse que la mera relación natural de filiación es suficiente para que sea considerado "hijo" a los efectos del Derecho de la nacionalidad. La necesidad de este doble vínculo, de carácter biológico (que exista efectivamente la relación paterno-filial) y de carácter jurídico (que sea natural la filiación). Esta posición es clásica en la doctrina (cfr. ALBALADEJO GARCÍA, M.: *El reconocimiento de filiación natural*. Barcelona, 1954, pág. 187), y repetida en la jurisprudencia (cfr., entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.^a) de 20 de enero de 1967. Aranzadi, *Rep. Jurisprudencia*, 1967, núm. 383; y de 1 de julio de 1969, Aranzadi, *Rep. Jurisprudencia*, 1969, núm. 3824).

(114) *Derecho del Registro Civil, op. cit.*, vol. I, pág. 460.

(115) Cfr. *supra*, nota 99.

(116) *Amarío de la D.G.R.N. de 1956*, págs. 202 y 203.

por el principio de unidad familiar establecido en el número 1 del artículo 17 y artículo 19 del Código civil, reformado por la ley de 15 de julio de 1954, pero han de considerarse supeditados a la validez del reconocimiento prestado por el padre.»

En este caso se aplica la ley española —ley del padre— como rectora, pero subsiste la duda de si esta solución es aceptada con carácter general en nuestro Derecho. En opinión de Pere Raluy (117), la respuesta es afirmativa, puesto que, «la legitimación por subsiguiente matrimonio se regulará por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración del matrimonio». Es notoria y llamativa la ausencia de reglas especiales de carácter legislativo, que regulen en el sistema español la adquisición y pérdida de nuestra nacionalidad cuando se trata de aplicar el artículo 17 del Código civil en supuestos de filiación que no sea legítima. La *Resolución de 13 de julio de 1956* prescribe una regla material especial que vincula la adquisición de la nacionalidad española a la validez legitimadora del matrimonio más el reconocimiento paterno de la filiación. En otras palabras, el supuesto nos conduce ante una doble cuestión previa o, mejor dicho, ante dos cuestiones previas conexonadas entre sí, y cuyos índices de solución ya hemos examinado anteriormente.

17. La *filiación adoptiva*. Las lagunas de nuestro ordenamiento en este sector de problemas son tan llamativas, que hacen lícito el plantearse los efectos de la adopción en orden a la adquisición de la nacionalidad española. En muchos ordenamientos nacionales, existen disposiciones expresas respecto a la adopción y a sus efectos para la adquisición de la nacionalidad (118). En nuestro Derecho de la nacionalidad no existe ninguna referencia al tema, debiendo acudir a la norma general existente en el artículo 176 del Código civil, conforme al cual «en todo lo no regulado expresamente de modo distinto por la ley, al hijo adoptivo le corresponden los mismos derechos y obligaciones que al legítimo». Sin embargo, con posterioridad a la ley de 4 de julio de 1970 que reformaba el citado artículo, las *Resoluciones de la D. G. R. N.*

(117) *Derecho del Registro Civil*, vol. I, *op. cit.*, pág. 459.

(118) Art. 35 del *Code de la nationalité française*, modificado por la ley de 9 de enero de 1973: «L'adoption plénière confère à l'enfant la nationalité française selon des distinctions établies aux articles 17 et 19, 23 et 24 ci-dessus, si l'adoptant est Français, ou, dans les cas d'adoption par deux époux, si l'un d'eux est français».

Art. 36: «L'adoption simple n'exerce de plein droit aucun effet sur la nationalité de l'adopté».

Vid. ambos textos en *Revue Critique*, 1973, núm. 1, pág. 164. Sobre el tema en el Derecho español y en el Derecho comparado, vid. la obra de RODRÍGUEZ CARRETERO, J. A.: *La persona adoptada*. Madrid, 1973, páginas 214 a 218, en que se refiere a los derechos belga, francés, italiano, portugués, inglés, que dan, en general, respuestas afirmativas.

de 13 de julio de 1971 (119) y de 13 de octubre de 1972 (120) sentaron la doctrina de que los menores adoptados por españoles en el extranjero, no adquieren automáticamente la nacionalidad española de los adoptantes. Así, pues, esta respuesta negativa de nuestra doctrina registral impide plantear el análisis del problema a través de la perspectiva de la cuestión previa.

Tal regla material no es nueva en nuestro ordenamiento, habiendo ya afirmado De Castro (121) que «el adoptado conservará la nacionalidad que le corresponda por derecho de filiación, y la adopción no le comunica (haciéndole cambiar) la nacionalidad del adoptante, pues el cambio de situación jurídica se limita legalmente a lo relativo a la patria potestad y sus consecuencias se recortan al máximo. Además, si se admitiese que la adopción influye sobre la nacionalidad, se abriría de par en par la puerta al fraude, y cualquier extranjero podría sortear los requisitos de la naturalización con sólo encontrar alguien que lo adoptase». Esta actitud negativa impedía, pues, utilizar el derecho conflictual español para tratar de buscar una respuesta distinta.

No obstante, creemos que tal respuesta no es satisfactoria y que existen razones de importancia para sostener una actitud favorable a considerar que la adopción de un menor extranjero por un español produce la adquisición de la nacionalidad española. Las razones en que nos basamos son las siguientes: en primer lugar, la norma de conflicto del artículo 9, 5.º del Código civil previene que «la adopción, en cuanto a sus efectos y a la capacidad para adoptar, se regulará por la ley del adoptante». En otras palabras, la adopción de un menor español por un extranjero puede producir la pérdida de la nacionalidad española, si la ley nacional del adoptante estima que adquiere su nacionalidad. Así, pues, ya se ha introducido tras la modificación del Título Preliminar del Código civil una vía indirecta que afecta a la adopción y a sus efectos respecto a la nacionalidad. Admitido el planteamiento conflictual en la materia, la consecuencia lógica es la de admitir la adquisición de nuestra nacionalidad, ya que si el adoptado perdiera su nacionalidad originaria como consecuencia de la adopción por un español, se propiciarían absurdas situaciones de apatridia. En segundo término, la propia Exposición de Motivos de la ley de 4 de julio de 1970 (122) avala nuestra tesis al afirmar que en la adopción de los propios hijos naturales reconocidos «la nueva ordenación del Estatuto jurídico del hijo adoptivo incorpora señaladas pre-

(119) Cfr. *Anuario de la D.G.R.N. de 1971*, págs. 349 a 351.

(120) Vid. el texto de la misma en el *Anuario de Derecho Internacional*, 1974, págs. 532 a 534, con Nota de E. PECOURT GARCÍA.

(121) *Derecho Civil de España*, op. cit., págs. 428 y 429. Cita este autor la *Resolución de la D.G.R.N. de 19 de junio de 1943* y se muestra favorable a ella a los efectos de impedir el fraude. Sobre la posición de DE CASTRO en esta materia, vid. RODRÍGUEZ CARRETERO: *La persona adoptada*, op. cit., págs. 200 a 202.

(122) Vid. el texto en el *B. O. E.*, de 7 de julio de 1970, núm. 161.

rrogativas, ha parecido oportuno no privar al hijo natural de algo que puede redundar en su beneficio». Es decir, que si uno de los objetivos de política legislativa presentes en la ley de 4 de julio de 1970 es el de ampliar las prerrogativas de los hijos naturales reconocidos, permitiendo su adopción, no se ve cómo pueden restringirse los afectos de la adopción en orden a la adquisición de la nacionalidad española, cuando eso es algo perfectamente admitido en la filiación natural reconocida. En tercer lugar, existen indicios favorables a nuestra postura en el régimen convencional europeo en este sector, ya los artículos 10 y 11 de la *Convention Européenne en matière d'adoption des enfants* (123) son innegablemente favorables al principio de nacionalidad única entre adoptante y adoptado. En efecto, la solución que se había dado en nuestro sistema rompía la utilización de una ley única en punto a la filiación adoptiva. En cuarto lugar, desde una perspectiva doctrinal, algunos autores, como Rodríguez Carretero (124) han dado argumentos de peso en favor de consignar como efecto de la adopción la adquisición de nuestra nacionalidad, si bien sus conclusiones son extremadamente cautas al pronunciarse definitivamente sobre este punto. Finalmente, la obsesión por el fraude de ley no se encuentra totalmente justificada. Algunas resoluciones han aludido a la adopción como forma de defraudar las leyes relativas al cumplimiento del servicio militar, lo cual es difícilmente explicable en casos, como el previsto en el artículo 178 del Código civil, respecto a la adopción plena de menores de catorce años. De cualquier forma, la prevención del fraude equivale en nuestra doctrina registral a una restricción de los derechos de los menores adoptados por un nacional español, cuando lo lógico es utilizar el mecanismo del fraude cuando efectivamente se produzca, pero no convertirlo en norma general y absoluta. Si el objetivo primordial de la filiación adoptiva es la guarda, cuidado y protección de los menores, nuestro sistema no ayuda a lograrlo en este punto. Y todo como consecuencia de una dudosa interpretación registral de nuestro Derecho, el cual no ha contribuido a aclarar las cosas con unas reglas más claras y precisas tras la reforma de 1970.

(123) Vid. el texto en *Conseil de l'Europe. Conventions et accords européens*. Vol. II, (1961-70). Estrasburgo, 1972, págs. 286 y 287.

Art. 10, 1: "L'adoption confère à l'adoptant à l'égard de l'enfant adopté les droits et obligations de toute nature qui sont ceux d'un père ou d'une mère à l'égard de son enfant légitime".

Art. 11: "1. Si l'enfant adopté n'a pas, dans le cas d'adoption par une seule personne, la nationalité de l'adoptant ou, dans le cas d'adoption par des époux, leurs commune nationalité, la Partie Contractante dont l'adoptant ou les adoptants sont ressortissants facilitera l'acquisition de sa nationalité par l'enfant.

2. La perte de nationalité qui pourrait résulter de l'adoption est subordonnée à la possession ou à l'acquisition d'une autre nationalité".

(124) *La persona adoptada, op. cit.*, págs. 192 y ss.

IV. CONCLUSIONES

18. El análisis histórico de la legislación española en materia de nacionalidad, es revelador a los siguientes fines. La redacción original de los artículos 17 y ss. del Código civil, es favorable a resolver las cuestiones previas de nacionalidad por la vía conflictual, al emplearse expresiones tales como «mayor» o «menor edad», «emancipación», etc. No cabe duda que la cuestión previa de la mayoría de edad o de la emancipación, se solucionaba a través del artículo 9 del mismo cuerpo legal. Por el contrario, las reformas de 1954 y de 1975 han cambiado las bases del sistema, en beneficio de las normas materiales. En efecto, la exigencia en estos mismos sectores de «tener veintiún años cumplidos o dieciocho y hallarse emancipado», implica una solución directa en nuestro propio derecho y nos sitúa en terrenos próximos a los del artículo 27 del *Code* de la nacionalidad francesa. Con la única diferencia de que en el nuevo Título Preliminar existe una corriente expresamente conflictualista, respecto a muchas de las cuestiones previas a la adquisición o pérdida de la nacionalidad española (relaciones paterno-filiales, adopción, etc.). En este sentido, se ha producido un desarrollo asincrónico en nuestro Derecho internacional privado.

19. En segundo término, realizaremos un resumen de las técnicas de reglamentación utilizadas en los distintos sectores que constituyen cuestiones previas en el Derecho español de la nacionalidad, tras la reforma de 1975. Por lo que se refiere a la mayoría de edad y a la emancipación, se pasa de la técnica abiertamente conflictualista del artículo 18 del Código civil, para la adquisición de la nacionalidad española a virtud de opción, a las normas materiales del artículo 19 relativas a la naturalización. En materia de matrimonio, como cuestión previa de nuestra nacionalidad, también oscilan las técnicas de reglamentación empleadas, que van desde las normas de aplicación necesaria o inmediata, para la validez o nulidad de los matrimonios confesionales, hasta la técnica de las normas de conflicto, para los matrimonios no confesionales. En este último supuesto, los requisitos de forma se determinan mediante la *lex loci celebrationis* o bien mediante la ley personal de los contrayentes, mientras que los requisitos de fondo se señalan a través del artículo 9, 1.º del Código civil. Finalmente, cuando la filiación opera como cuestión previa de la nacionalidad española, se emplean las siguientes técnicas de solución: se acude al conflicto de leyes en la filiación natural reconocida, mientras que en los demás supuestos se emplean normas materiales de elaboración registral. En este núcleo de problemas donde se localiza una mayor anarquía en las técnicas de reglamentación empleadas, como consecuencia de la ausencia de normas, dada la curiosa interpretación registral que se ha dado al

artículo 9, 4.º del Código civil, precepto que de ser correctamente interpretado en el futuro podría uniformizar la solución de las cuestiones previas de filiación a través de una técnica exclusivamente conflictualista. Como puede observarse, en suma, las técnicas de reglamentación empleadas son variopintas. En ocasiones creadas ex profeso por la Dirección General. Ello es consecuencia de la falta de previsión del legislador de 1975, que en esta ocasión no ha seguido el modelo francés.

20. Por último, examinaremos las soluciones específicas que se han arbitrado en las distintas materias. Por lo que se refiere a la mayoría de edad y a la emancipación, nos parece correcta la solución conflictualista que se ha dado en el artículo 18 del Código civil a la adquisición de la nacionalidad española a virtud de opción, ya que es la ley nacional del interesado la que determina si es mayor de edad o está emancipado. Respecto al artículo 19, la norma material relativa a la mayoría de edad, es rígida, poco acorde con la tendencia general, generadora potencial de conflictos y contradictoria respecto a la regla del artículo 9, 1.º *in fine*. La norma material de emancipación cualificada por haber cumplido los dieciocho años, para la naturalización, es enormemente compleja porque introduce un elemento conflictual y, en ciertas ocasiones, se ha mostrado como poco eficaz.

El matrimonio constituye uno de los escasos sectores en los que existía una respuesta material de nuestro sistema, por la vía del artículo 69 del Código civil. Por lo que se refiere a los problemas de validez y nulidad, en cuanto cuestión previa a la adquisición o pérdida de la nacionalidad española, existen normas de aplicación necesaria en los artículos 42, 51, 52, 75 y 83 del Código civil, para los supuestos de confesionalidad positiva. La crítica de esta técnica de reglamentación es obvia y se vincula a los particularismos del sistema matrimonial español, que se encuentra a la espera de una modificación profunda. Por el contrario, la norma de conflicto del artículo 9, 1.º posee una importancia residual, puesto que es aplicable sólo a los matrimonios no confesionales, y ello tras la doctrina registral nacida a partir de 1970.

La conclusión general que cabe deducir del examen global en los apartados relativos a la filiación, es clara en el sentido que vamos a indicar. Como ha puesto de relieve Francescakis (125) «le statut personnel attributif de la nationalité devrait, dans le silence de la loi, obéir aux règles de conflit de lois de l'Etat en question. La logique est, en effet, ici le moyen aussi immédiat que légitime de suppléer ce silence. Elle conduit à imaginer que si le législateur ne s'est pas préoccupé de régler spécialement les questions d'état et de capacité lorsqu'elles sont appelées à exercer leur influence sur le droit de la nationalité, c'est qu'il a entendu renvoyer directement aux concepts du droit commun».

(125) "Les questions préalables de statut...", *op. cit.*, pág. 470.

Este mismo autor ha señalado oportunamente (126) que en este tipo de soluciones, que al igual que la española, ignoran el problema, subyacen motivos de política legislativa, puesto que, en primer término, traducen una dependencia del Derecho de la nacionalidad respecto del Derecho civil, que supone una concepción «privatista» del primero, una concepción liberal, individualista y patrimonialista del vínculo de la nacionalidad. En segundo lugar, manifiesta implícitamente un predominio de la familia sobre el Estado, ya que es el grupo familiar el que materializa la unidad social primaria.

Desde esta misma perspectiva legislativa, una revisión del Derecho español de la filiación reclamaría, sin duda, la inclusión de un conjunto de normas conflictuales, especialmente relativas al establecimiento de la filiación y a sus efectos respecto a la adquisición o pérdida de la nacionalidad española. Damos por supuesto que tal revisión es necesaria, como se hace patente en la reciente obra de De la Cámara (127). En este sentido, la reciente legislación francesa en la materia (128) nos ofrece un ejemplo para pre-

(126) "Les questions préalables de statut...", *op. cit.*, págs. 471 a 473.

(127) *Reflexiones sobre la filiación ilegítima en Derecho español*. Madrid, 1975. Este autor analiza con rigor y acierto los defectos y vacíos existentes en nuestro Derecho en la materia citada.

(128) La ley francesa de 3 de enero de 1972, establece en su Sección III lo siguiente:

"Du conflit de lois relatives à l'établissement de la filiation:

Art. 311-14.—La filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant; si la mère n'est pas connue, par la loi personnelle de l'enfant.

Art. 311-15.—Toutefois, si l'enfant légitime et ses père et mère, ont en France leur résidence habituelle, commune ou séparée, la possession d'état produit toutes les conséquences qui en découlent selon la loi française, lors mêmes que les autres éléments de la filiation auraient pu dépendre d'une loi étrangère.

Art. 311-16.—Le mariage emporte légitimation lorsque, au jour où l'union a été célébrée, cette conséquence est admise, soit par la loi régissant les effets du mariage, soit par la loi personnelle de l'un des époux, soit par la loi personnelle de l'enfant.

La légitimation par autorité de justice est régie, au choix du requérant, soit par la loi personnelle de celui-ci, soit par la loi personnelle de l'enfant.

Art. 311-17.—La reconnaissance volontaire de paternité ou de maternité est valable si elle a été faite en conformité, soit par la loi personnelle de son auteur, soit de la loi personnelle de l'enfant.

Art. 311-18.—L'action à fins de subsides est régie, au choix de l'enfant, soit par la loi de sa résidence habituelle, soit par la loi de la résidence habituelle du débiteur".

Texto en M. SIMON DEPIRE y J. FOYER: *Le nouveau droit international privé de la filiation*, *op. cit.*, págs. 13 y 14. Naturalmente estas normas de conflicto han de ser relacionadas con las nuevas normas de nacionalidad inauguradas por la citada ley de 9 de enero de 1973.

Sobre las normas conflictuales de filiación incorporadas por la ley de 3 de enero de 1972, cfr. HUET: "Les conflits de Lois en matière d'établissement de la filiation depuis la loi de 3 janvier 1972", en *Les conflits de lois en matière de filiation* (en Droit international privé français, alle-

venir de forma expresa los hipotéticos supuestos de cuestión previa en el Derecho de la nacionalidad, cuando se trata de casos vinculados al *iure sanguinis*. Ya hemos visto antes que el actual artículo 9, 4.º del Código civil opera *ex post*, esto es, una vez que ha sido establecida la relación de filiación formalmente, pero no *ex nunc*, razón que abona la tesis que acabamos de exponer. La solución es criticable y tiene en común con otras soluciones registrales el hecho de dar respuestas concretas a los concretos problemas planteados, sin que exista un sistema global y coherente.

Lo que sucede es que en el Derecho español, a nivel de la legislación positiva, no asistimos a lo que algún autor (129) ha denominado el *dualismo de la filiación de nacionalidad y de la filiación de derecho civil*, es decir, entre la filiación como modo de adquirir la nacionalidad y la que atribuye simples efectos civiles. Así, por ejemplo, si acudimos una vez más al antiguo artículo 27 del Código francés de la nacionalidad, la filiación como cuestión previa a la atribución de la nacionalidad francesa, únicamente establecerse de acuerdo con la ley francesa. Sin embargo, en una situación como la del ordenamiento jurídico español en la que preside el sentido único de la filiación, es lícito argumentar en términos teóricos por la vía de la cuestión previa. Esta conclusión aparece avalada en el artículo 69 del Código civil, precepto que revela un dato importante: cuando el legislador español ha querido dar una respuesta directa a un problema de nacionalidad vinculado con el matrimonio o la filiación, así lo ha hecho constar explícitamente. Y es que en este último supuesto, al igual que se ha hecho equivocadamente con la filiación adoptiva, se produce «une communication inconditionnelle entre le même droit de la nationalité et le droit civil interne», representando «une rupture de continuité entre le droit de la nationalité et le droit international privé»; en otros términos, revela «un refus d'internasionalisation des institutions en cause» (130).

Oviedo, enero de 1977

mand et suisse). París, 1973, págs. 19 a 63; D. ALEXANDRE: "Les conflits de lois en matières d'effets de la filiation", en *ibidem*, págs. 65 a 94.

(129) HUET: "Les conflits de lois en matière d'établissement...", *op. cit.*, pág. 30.

(130) FRANCESCAKIS: "Les questions préalables de statut personnel...", *op. cit.*, pág. 487.

