



LOS DERECHOS ADQUIRIDOS EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA Y EN EL SISTEMA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL

Adolfo MIAJA DE LA MUELA

I. INTRODUCCIÓN.

1. *La validez de los derechos adquiridos en el tráfico jurídico internacional: sus aspectos.* Bien conocida de todos los juristas la tesis favorable a la subsistencia de los derechos previamente adquiridos frente a un cambio legislativo en un determinado ordenamiento jurídico, en cuanto uno de los posibles fundamentos para sostener la irretroactividad de las leyes, la aplicación de esta postura en el campo del Derecho internacional privado ofrece aspectos diferentes¹.

Por su claridad y exactitud, pueden suscribirse las palabras de Goldschmidt: «Esta doctrina posee una dimensión triple. En primer lugar expresa el principio de Derecho natural de que los derechos bien adquiridos deben ser protegidos... En segundo lugar, contiene la doctrina de los derechos adquiridos la exigencia metodológica de separar dentro del Derecho internacional privado los problemas de la adquisición del problema de la protección de los derechos subjetivos... La tercera dimensión de la doctrina de los derechos adquiridos (es) su explicación del objeto de referencia de la norma de importación»².

1. Cf. FERRER CORREIA: «La doctrine des droits acquis dans un système des règles de conflit bilatérales», en *Multitudo legum - Ius Unum, Festschrift für W. Wengler*. II, Berlín, 1973, págs. 285 y ss.

2. GOLDSCHMIDT: *Sistema y Filosofía del Derecho internacional privado*. T. I. Madrid, 1952, págs. 369 y 370.



De estos tres aspectos, parece inadecuado ocuparse del primero en el marco de unos trabajos de derecho comparado. Que el Derecho natural tiene algo que ver con los derechos adquiridos es algo evidente, enfoquemos la posición iusnaturalista desde el ángulo visual de los valores jurídicos, de la «naturaleza de las cosas», o del valor y la dignidad de la persona humana, pero ni sería fácil un acuerdo acerca de aquellas exigencias iusnaturalistas ni la ocasión es oportuna para construcciones que, forzosamente, habrían de ser *de lege ferenda* y acentuadamente subjetivas.

Tampoco el último aspecto señalado por Goldschmidt tiene por qué entrar en nuestras deliberaciones: la ingeniosa explicación de Dicey y de Beale, para salvar el dogma de la territorialidad de la ley en sus respectivos países, de que el juez nunca aplica un Derecho extranjero y que, cuando parece hacerlo, se limita a reconocer y hacer ejecutar los *vested rights* en otro país, puede considerarse como definitivamente caducada.

No resta más que la posibilidad de un principio o regla autónoma en relación a los conflictos de leyes y a las normas que regulan estos conflictos que imponga o aconseje dentro de ciertos límites el reconocimiento y respeto de aquellos derechos, es decir, la postura que, con matices propios en cada uno, sostuvieron Pillet, Machado Villela, Matos, Niboyet, etc.

2. *Descrédito de la doctrina de los derechos adquiridos.* Aun en la modalidad mitigada a la que acabo de aludir, la tesis de la vigencia internacional de los derechos adquiridos ha quedado desacreditada y «démodée». Varios factores han contribuido a este resultado:

a) La concepción nacionalista de las reglas de conflicto, poco propicia a la admisión de reglas o principios generales en la materia.

b) La elaboración, entre las dos guerras mundiales, de una construcción en la que el eje se encuentra constituido por la estructura y aplicación de las reglas de conflicto, técnica que sólo en mínima parte —la referente a la excepción de orden público— encuentra un posible paralelismo al tratar de los derechos adquiridos.

c) La dificultad de precisar cuándo y en virtud de qué requisitos un derecho puede considerarse como adquirido. En el mismo pensamiento de Pillet existe una tensión entre considerar el respeto de los derechos adquiridos como aplicación de una regla de Derecho de Gentes, punto de vista desde el cual se ro-

bustecería la autonomía del problema en relación con los conflictos de leyes relativos a la adquisición de derechos, y la consideración de que, para que el derecho adquirido en el extranjero deba ser reconocido en Francia, es preciso que lo haya sido de manera que responda a los criterios impuestos por la regla de conflicto francesa.

A este efecto, es oportuno recordar que hasta fecha bastante reciente la ejecución de las sentencias extranjeras en Francia estaba subordinada, entre otras condiciones, a que el Tribunal extranjero que dictó aquella sentencia hubiera aplicado la ley o leyes a las que las normas de conflicto francesas declaran aplicables en el caso.

d) Los dos últimos factores mencionados se conjugan para dar entrada en la parte general del Derecho internacional privado a una nueva cuestión: la llamada *Vorfrage*, cuestión preliminar, etc. Su planteamiento esquemático es el siguiente: cuando el juez, por imperio de su regla de conflicto, aplica una ley extranjera a determinado caso (*Hauptfrage* o cuestión principal) y la atribución de derechos, según ella, depende de la posesión de determinada calidad jurídica (Esposo, hijo legítimo, hijo adoptivo, etc.), la validez del acto que confirió aquella calidad (Matrimonio, legitimación, adopción) dependerá de determinada ley material; ahora bien, ¿esta ley material será la designada por las reglas de conflicto de la *lex causae*, es decir, de la que rige la cuestión principal, o la que declara aplicable la regla conflictual de la *lex fori*?

Desde luego, hay algo de común entre el contenido de la *Vorfrage* y el asignado tradicionalmente al problema de los derechos adquiridos: se trata siempre de saber si una relación que se constituyó como jurídicamente válida en un país gozará de esta validez en otro diferente, o si, por el contrario, al quedar tal validez limitada por una frontera, habrá que quedar reducida a la condición de «claudicante».

Subordinar la solución del problema al resultado del juego de unos conceptos jurídicos, sin atender a las situaciones humanas que se encuentran tras ellos, resulta una de las consecuencias más extremadas de la *Begriffsjurisprudenz* en el ámbito del Derecho internacional privado, que contribuye a explicar cómo, en los decenios posteriores, varias corrientes de pensamiento se han apartado del normativismo, o han intentado reducirlo a límites más estrechos, en esta materia.

e) No puede desconocerse tampoco que la doctrina de los derechos adquiridos nace en Derecho interno como una actitud



conservadora para oponerse a la retroactividad de las leyes nuevas, y que, aun con antecedentes que se remontan a la *Regla Teodosiana* en Derecho romano, constituye exponente típico del pensamiento liberal-burgués del siglo XIX, tan atacado después en ambos flancos por las tendencias socialista y totalitaria. Es explicable que, en su proyección al Derecho internacional privado, la misma doctrina haya perdido actualidad y fuerza.

f) *Last, but not least*, a la afirmación de una regla o principio que sostiene la validez de los derechos adquiridos en el extranjero, en cuanto aplicación indirecta de la ley de otro país, se oponen los mismos obstáculos que a la aplicación directa de la ley extranjera: rigor en la exigencia de su alegación y prueba, excepción de orden público, fraude a la ley, carácter desconocido de la institución regulada y hasta motivos de reciprocidad negativa o retorsión. Entre todos estos motivos, el más frecuentemente aplicado y el de efectos más intensos es el de la oposición del derecho nacido en el extranjero con el orden público del foro, muy difícil de contener en unos límites razonables.

3. *Sustitución de la teoría de los derechos adquiridos por la de los conflictos móviles*. El minucioso análisis de la regla de conflicto propio de las construcciones entre las dos guerras mundiales descubrió que, al lado de los puntos de conexión fijos existen otros susceptibles de cambio, tales como la nacionalidad o domicilio de una persona física o jurídica, lo que impuso la necesidad de precisar en la regla de conflicto el momento en el que había de ser tenido en cuenta el punto de conexión. Llevado el nuevo problema a un apartado teórico con el nombre de *conflicto móvil* por BARTIN³, alrededor del eje constituido por esta cuestión se agruparon otras diferentes, como las de los efectos retroactivos o irretroactivos de un cambio del sistema conflictual del foro o del Derecho extranjero aplicable⁴, yuxtaposición doctrinal que permitió tratar incidentalmente de los derechos adquiridos en el extranjero, sin estimar que el tema merece cierta autonomía doctrinal.

Si bien es cierto que la validez de los derechos adquiridos representa el papel de servir como una de las posibles soluciones a

3. BARTIN: *Principes de Droit international privé d'après la loi et la jurisprudence française*. T. I. París, 1930, págs. 28 y sigs.

4. En la doctrina más reciente, RIGAUX: «Le conflit mobil en Droit international privé» (*Recueil des Cours*. 1966. I. T. 117, págs. 333 y sigs.) y MORRIS: «The time factor in the conflicts of laws», *The International and Comparative Law Quarterly*. 1966, págs. 422 y sigs.



ciertos conflictos móviles, la sustitución de una cuestión por otra en las exposiciones sistemáticas no nos parece afortunada, por dos razones: 1.^a La heterogeneidad de problemas comprendidos en los llamados conflictos móviles, cada uno de los cuales tendría su lugar adecuado en diferentes puntos de la exposición sistemática, y 2.^a Que no en todo conflicto móvil va envuelto un problema de validez o invalidez de un derecho adquirido en el extranjero, y que esta cuestión puede plantearse, requiriendo una solución, en hipótesis en las que sólo de una manera muy forzada podría hablarse de conflicto móvil.

4. *Vacío que la doctrina de los derechos adquiridos ha dejado en Derecho internacional privado y vías para llenarlo.* Hace algunos años, escribió Rabel que el descrédito en que cayó la doctrina de los derechos adquiridos ha dejado un vacío en la ciencia del Derecho internacional privado que la doctrina actual trata de llenar por diferentes caminos, preocupándose más de los resultados a conseguir que de los medios para lograr estos resultados⁵.

En primer lugar, el sentido común y un elemental aprecio de la dignidad de la persona humana exigen imperiosamente que quien se casó conforme a las leyes del país de celebración de su matrimonio no se vea considerado en otro Estado como concubinario o desprovisto de todo derecho sucesorio en la herencia de su consorte; que el que ostenta un *status* de hijo legítimo, natural o adoptivo obtenido regularmente no pierda tal *status* por el hecho de cruzar una frontera, etc. Es posible que hoy no se pueda extender tal exigencia a determinadas situaciones patrimoniales, en cuanto no cabe desconocer que a la tendencia en favor de la proclamación y garantía de los derechos del hombre por el orden jurídico internacional corresponde cierta degradación del derecho de propiedad individual ante las exigencias superiores del Bien común nacional o internacional.

Esta exigencia, al menos para los derechos de orden familiar, si no es suficiente base para la universalidad de los derechos adquiridos, sí constituye el fundamento de lo que Quadri ha denominado una *expectativa* de que el fundado interés del individuo se reconozca como derecho al cambiar de orden jurídico⁶. Se trata, simplemente, de una llamada de atención a los legisladores

5. RABEL: *The Conflict of Law*. T. IV. Ann. Arbor. 1958, pág. 516.

6. QUADRI: *Lezioni di Diritto internazionale privato* (3.^a ed.) Napoli. 1961. págs. 103 y sigs.



y a los jueces para la eliminación, hasta el límite de lo posible, de las relaciones jurídicas «claudicantes».

La intuición de que debe así ser subyace en muchas posiciones doctrinales, al parecer, confinadas en el terreno de la técnica, en las que se utiliza, en concepto de argumento de reducción al absurdo, la indefendibilidad de una solución que aplicada mecánicamente, condujese a la invalidez de un acto generador de derechos subjetivos en país diferente al de su celebración. El fenómeno es apreciable en la discusión acerca de si la «cuestión preliminar» debe resolverse según el sistema conflictual de la *lex fori* o con arreglo al de la *lex causae*, pero, sobre todo, es interesante el caso del argumento en favor del reenvío de segundo grado calificado, por Raape, al formularlo, como «roca de bronce» frente a los adversarios del reenvío⁷: se trata de la apreciación por un juez alemán del matrimonio entre dos suizos, tío y sobrina, contraído en Rusia, unión posible en Rusia donde en la fecha de celebración no existía impedimento dirimente en este grado de parentesco, y válida también en Suiza, no según el Derecho civil helvético, sino de acuerdo con la regla de conflicto suiza que rige la validez del matrimonio según la *lex loci celebrationis*. El juez alemán, que aprecia la capacidad nupcial según la ley nacional de los interesados, tendría que negar la validez del matrimonio, admitida por diferentes vías en los Derechos ruso y suizo, salvo que acuda a un reenvío de segundo grado (Weiterverweisung), aceptando el que la *lex causae* suiza hace al Derecho ruso.

El ángulo visual de Raape al adoptar esta postura es todavía esencialmente conceptualista, con el peligro de que la misma solución de reenvío de segundo grado aplicada a otro supuesto de hecho condujese a una solución incoherente o poco satisfactoria, como fue la de la Cour de Cassation francesa de 15 de mayo de 1963 al negar el divorcio de los esposos Patiño, de nacionalidad boliviana, a pesar de que el matrimonio es disoluble tanto en el orden jurídico francés como en el boliviano, por reenvío de segundo grado de la regla de conflicto de éste a la ley de celebración del matrimonio, *in casu*, la española.

Un paso más es el abandono de la postura conceptualista, al menos en la medida en que se reconozca necesario el sacrificio de la lógica jurídica en aras de los resultados a alcanzar. Es éste el sentido en el que se habla de «soluciones sanas» en Derecho internacional privado, una de las cuales coincide en cierto modo

7. RAAPE: *Deutsches internationalen Privatrecht*. Berlín 1938, págs. 54 y sigs.

con la doctrina clásica de los derechos adquiridos, proclamada ahora en forma que la desvincula de su abolengo liberal y burgués, con la denominación de *favor negotii*⁸.

Aunque conduzca a los mismos o análogos resultados que la doctrina de los derechos adquiridos, la del *favor negotii* se presenta con un cariz menos individualista, atiende preferentemente a la realización de un valor más objetivo que el simple interés de los particulares: la seguridad del tráfico jurídico, y, en este sentido, se conecta mejor con ciertos intereses sociales cuya satisfacción es digna de ser atendida.

- El *favor negotii* no constituye una doctrina nueva para la solución de los conflictos de leyes, sino un resultado al que en el tratamiento de estos conflictos se puede llegar por diferentes vías.

La más elemental de todas es la que pudiera calificarse de preventiva de las relaciones «claudicantes», consistente en la adopción de reglas de conflicto que restrinjan las hipótesis de nulidad de los actos realizados en el extranjero y, por consiguiente, de negación de validez a los derechos subjetivos nacidos de aquellos actos. Medio eficaz para la consecución de este resultado es el empleo de puntos de conexión alternativos, con el efecto de subordinar la validez del acto realizado en el extranjero a la presencia de uno cualquiera de aquellos puntos de conexión. Ejemplo típico es el Convenio de La Haya de 1961 sobre las formalidades en el otorgamiento de actos de última voluntad.

Otra previsión, con eficacia preventiva de posibles nulidades y consiguiente negación de derechos es el principio llamado de *armonía internacional de soluciones*, en función del cual puede llegarse a la aplicación de reglas de conflicto extranjeras en los supuestos de envío y de cuestión preliminar⁹.

Cuando el legislador no ha previsto en su sistema conflictual una de estas soluciones, algún papel puede corresponder al juez, por ejemplo, con la atenuación de los efectos de la excepción de orden público en caso de reconocimiento de derechos adquiridos en el extranjero en relación con el rigor con que esta excepción funciona al negar la constitución, modificación o extinción de

8. MIAJA DE LA MUELA: «Soluciones sanas a los conflictos de leyes, «favor negotii» y respeto a los derechos adquiridos», *Revista Española de Derecho Internacional*, 1964, págs. 16 y sigs.).

9. WENGLER: «The General Principles of Private international Law», *Recueil des Cours*, 1961, III, T. 104, págs. 354 y sigs.). VAN HECKE: «Principes et méthodes de solution des conflits des Lois», *Recueil des Cours*, 1969, III, T. 126, págs. 436 y sigs.

una relación jurídica por su contrariedad con concepciones religiosas, morales o jurídicas del foro¹⁰.

El anterior ejemplo es esencialmente relevante por constituir la medida del orden público en cada caso una cuestión en la que opera ampliamente cierto arbitrio judicial. Pero nada impide a los Tribunales en otros supuestos diferentes realizar una labor integradora de su sistema conflictual ante cuestiones nuevas, imprevistas o incompletamente reguladas en aquel sistema.

Por estas diferentes rutas, es posible hacer que una inflexible lógica propia de la llamada «jurisprudencia de conceptos» ceda ante las motivaciones teleológicas y axiológicas, es decir, inspiradas en la consecución de resultados que se estiman «sanos» y en el servicio de valores jurídicos, entre los cuales es fundamental el respeto a la dignidad humana.

Pudiera pensarse que si el rigor técnico de la «jurisprudencia de conceptos» produce una deshumanización de la que en ocasiones es consecuencia la negación de validez a los derechos adquiridos en el extranjero, la adopción de la postura contraria, es decir, de la llamada «jurisprudencia de intereses» habría de resolver satisfactoriamente la cuestión que analizamos.

Desgraciadamente, sólo en mínima parte es así. Por un lado, cada país posee un sistema de reglas de conflicto, más rudimentario o más completo, que vincula a su cumplimiento a los órganos del respectivo Estado, especialmente a los judiciales, lo que hace prácticamente imposible un arbitrio judicial dirigido a la humanización de soluciones. Y tampoco se puede olvidar que, sobre todo en la actual doctrina norteamericana, la tendencia a propugnar mayor libertad de acción en el juzgador se orienta en el sentido de que éste se coloque al servicio de las *policies* del Estado.

Por otra parte, la «jurisprudencia de intereses», llegada no sin cierto retraso al campo del Derecho internacional privado, ha cumplido hasta ahora —y no se vislumbra que pueda llegar mucho más lejos en breve plazo— una misión muy limitada: la de enumerar e intentar sistematizar los intereses en presencia en el campo conflictual, sin que haya sido posible, ni siquiera por vía de ensayo, proceder a una jerarquización de tales intereses. El profesor Ferrer Correia diagnostica certeramente que esta jerarquización de intereses «constituye un trabajo que está por hacer

10. KAHN: *Die Lehre von Ordre public* (Abhandlungen zum internationalen Privatrecht. T. I. Berlín 1928, págs. 171 y sigs.); LAGARDE: *Recherches sur l'ordre public en Droit international privé*. París 1959, págs. 55 y sigs.



todavía y que tal vez no sea posible realizar en términos satisfactorios»¹¹.

Es claro que si esta jerarquización llegase a ser hecha, no podría menos de estar impregnada de un sello de subjetividad que difícilmente habría de suscitar un asenso unánime o ampliamente mayoritario de la doctrina ni, seguramente, menos aún el efecto de ser acogida en los sistemas conflictuales positivos.

5. *Referencia a las reglas de conflicto unilaterales y la delimitación espacial de las reglas de conflicto.* Este rápido esquema, cuya única finalidad es aludir a algunas direcciones recientes de la doctrina, para cotejarlas después con el contenido del sistema conflictual español, quedaría incompleto sin referirse a las dos materias señaladas, sobre las que no es necesario extenderse habida cuenta de que han sido magistralmente tratadas en los últimos trabajos del profesor Ferrer Correia.

Un sistema conflictual constituido por reglas unilaterales, es decir, limitadas a señalar el ámbito de vigencia de cada grupo de normas materiales del mismo ordenamiento, es más favorable al reconocimiento de los derechos adquiridos en el extranjero que otro sistema integrado por reglas bilaterales de conflicto. Pero tan sólo en un determinado aspecto: el de eliminar entre las causas de inadmisibilidad del acto realizado en el extranjero, generador de aquellos derechos, una de las más importantes: la de que alguna de las reglas conflictuales del foro no haya sido observada, refiérase tal regla a la capacidad de los otorgantes, a la forma del negocio o a su contenido, tanto si la validez del acto aparece ante el foro como cuestión principal o en concepto de cuestión preliminar.

Pero un sistema compuesto por reglas unilaterales no garantiza plenamente la eficacia del acto realizado en el extranjero y

11. FERRER CORREIA: «Principais interesses a considerar na resolução dos conflitos de leis», *Estudios Jurídicos. Direito internacional privado*. Coimbra 1970, pág. 92). Sobre esta tendencia en la actual doctrina alemana: ZWIEGERT: «Die dritte Schule in internationalen Privatrecht» *Festschrift für L. RAAPE*, Berlín 1948, págs. 48 y sigs.; BEITZKE: «Betrachtungen sur Methodik im international Privatrecht». *Rechtsprobleme in Staat und Kirche. Festgabe für Rudolf SMEND*, Göttingen 1952; KEGEL: «Begriffs- und Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht», *Festschrift für Hans LEWALD*. Baal 1953, págs. 259 y sigs., y, sobre todo KEGEL: *International Privatrecht*. 3.ª ed., München 1971, págs. 41 y sigs. Un análisis del catálogo de intereses recogido por estos autores alemanes, imposible de hacer aquí, mostraría el escaso papel que en sus concepciones representa el respeto de los derechos adquiridos en el extranjero. Otro tanto puede decirse del trabajo de PÉREZ VERA: *Intereses del tráfico jurídico externo y Derecho internacional privado*. Granada 1973.



de los derechos derivados del mismo, sino que esta eficacia quedará pendiente de no hallar obstáculo en el orden público del foro y, acaso también, en otras excepciones como la del fraude a la ley.

Análogo efecto, aunque siempre con la salvedad de que el orden público del foro no se oponga, es susceptible de lograrse mediante el sistema de limitación del ámbito de aplicación de las reglas conflictuales del foro, al modo que ha sido propuesto en la doctrina por Meijers y por Makarov¹² y ha sido admitido en los dos proyectos de Ley Uniforme del Benelux. Como es materia bien conocida de todos los especialistas, nos limitaremos a transcribir el art. 21 del Tratado firmado en Bruselas el 3 de julio de 1969, en base al segundo de estos proyectos:

«Cuando una relación jurídica ha nacido o se ha extinguido fuera de Bélgica, de Luxemburgo y de los Países Bajos conforme al Derecho internacional privado de los países a los que esta relación jurídica concierne esencialmente en el momento de su nacimiento o de su extinción, este nacimiento o esta extinción son igualmente reconocidos en Bélgica, en Luxemburgo y en los Países Bajos, aun con derogación de la ley aplicable en virtud de las disposiciones de la presente ley».

II. LOS DERECHOS ADQUIRIDOS EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

6. Una rebusca erudita de precedentes podría acopiar bastantes datos en las obras de los estatutarios españoles, especialmente los de los siglos XVI y XVII, la mayor parte de los cuales tuvo ocasión de analizar una abundante casuística en torno a la aplicación de una de las reglas de conflicto legislativas más antiguas del mundo: la contenida en la Ley 24, Título XI de la Partida cuarta, que establecía una clara aplicación del respeto de los derechos adquiridos bajo el imperio de otra legislación, al ordenar la inmutabilidad del régimen económico matrimonial, tanto pactado como derivado de la costumbre del lugar de celebración del matrimonio¹³.

12. MEIJERS: «La question du renvoi», *Bulletin de l'Institut Juridique International*, 1938; MAKAROV: «Les cas d'application des règles de conflit étrangères», *Revue critique de Droit international privé*, 1955, págs. 439 y sigs.).

13. SIMÓ SANTONJA: *Aportación al estudio de los estatutarios españoles*. Valencia 1959.

La mención del citado precepto de las Partidas, redactadas en la segunda mitad del siglo XIII por mandato del rey Alfonso X de Castilla, perdura en la doctrina tanto como la vigencia del cuerpo legal alfonsino, es decir, hasta la entrada en vigor del Código Civil de 1888, pero ni siquiera en los expositores más próximos cronológicamente a éste se puede observar el intento de elevarse a una regla o principio general sobre la validez de los derechos constituidos en país extranjero, habida cuenta de la simplista reducción de todo el ámbito del Derecho internacional privado a la tripartición entre estatuto real, personal y formal, convertida en dogma por la doctrina y la jurisprudencia de los tres primeros cuartos del siglo XIX.

7. En 1883, un nuevo Plan de Estudios de las Universidades españolas incluye en los de las Facultades de Derecho un curso de Derecho internacional privado, hecho que produce con cierta rapidez un cultivo más intenso y actualizado de la materia por parte de los profesores encargados de enseñarla.

En la obra de uno de estos profesores, Don Rafael Conde y Luque (1839-1922) encontramos algunas referencias a la necesidad de reconocer los derechos adquiridos en el extranjero, en postura independiente de las de sus coetáneos Dicey y Pillet. A Conde y Luque le preocupaba, aunque no emplee esta designación, lo que hoy llamamos *favor negotii*, la aplicación de la ley conforme a la cual quede mejor garantizada la validez del acto que se realiza en un país en otros diferentes, y, a este efecto, propone una solución muy vieja entonces, pero llamada a ser precursora de otras futuras: que el interesado en un negocio jurídico pueda optar entre que éste se rija por la ley de su nacionalidad o por la de su domicilio¹⁴. En Conde y Luque está presente el recuerdo de algo muy lejano, las *professiones legis* de la Alta Edad Media, pero, curiosamente, la misma posibilidad de opción y con idéntica finalidad de lograr objetivos, entre los que se encuentra en lugar primordial el de facilitar la validez de los actos propios del tráfico jurídico internacional, ha sido propuesta por jurista de miras tan progresivas como Overbeck¹⁵.

8. Ningún reflejo se registra en la doctrina española de la versión dada por Dicey y Beale a la teoría de los derechos adqui-

14. CONDE Y LUQUE: *Derecho internacional privado*. (2.^a edición). T. II, Madrid 1910, pág. 39.

15. OVERBECK: «La professio iuris comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité», *Liber Amicorum Baron Louis FREDERICQ*. Gent. 1966. T. II, págs. 1.085 y sigs.).



ridos en cuanto explicación técnica de la aplicación de la ley extranjera, aparte del de ocupar un lugar en las exposiciones sistemáticas, al pasar revista cada tratadista a las teorías contemporáneas suyas o inmediatamente anteriores.

Mayor interés despertó, acaso algo tardíamente, después de acabada la primera guerra mundial, la posición de Pillet de separar el problema del reconocimiento de derechos adquiridos en el extranjero del de su adquisición. Esta diferenciación encuentra eco en la obra de los profesores Trías y Giró y Trías de Bes publicada en 1921¹⁶: los autores se adhieren a la diferenciación entre los dos momentos señalados por Pillet, con la única restricción de discrepar del profesor francés en no considerar respeto de derechos adquiridos y orden público en cuanto regla y excepción respectivamente, sino en un plano de coordinación entre ambos.

Poco después, la tesis de Pillet se iba a divulgar en España a través de la traducción de uno de uno de sus libros cuyo prologo, el profesor Barcia Trelles, subraya la trascendencia de la construcción pilletiana, a la que se adhiere plenamente¹⁷.

9. Una postura más decidida aún en favor del reconocimiento de los derechos adquiridos en el extranjero, hasta los límites tolerados por el orden público, iba a ser sostenida años después por el entonces profesor de la Universidad de Zaragoza Lasala Llanas. En un curso en aquella Universidad durante nuestra guerra civil, que iba a alcanzar bastante difusión a través de su publicación en una revista extranjera¹⁸, el profesor Lasala estudió los problemas que el inminente triunfo del bando alzado en armas iba a plantear en orden a la derogación de la Constitución de la República española y su legislación complementaria, ocasión que estimaba muy propicia para la revisión del sistema conflictual contenido en el Código Civil, con la adopción de varias innovaciones, una de las cuales, en su opinión, debía ser la proclamación de la regla de reconocimiento de los derechos adquiridos en el extranjero, sin otros límites que los derivados de la excepción de orden público.

16. TRIÁS Y GIRÓ Y TRIÁS DE BÉS: *Estudios de Derecho internacional privado*. T. I, Barcelona 1921, págs. 413 y sigs.

17. BARCIA TRELLES: Prólogo a la obra de PILLET: *Principios de Derecho internacional privado* (Trad. de N. R. ANICETO y C. G. POSADA). T. I, Madrid 1923, págs. XXIV y sigs.

18. LASALA LLANAS: «La restauración del Derecho anterior a la Constitución de la República de 1931 y la revisión futura del sistema español de Derecho civil internacional e interregional», *Bulletin de l'Institut Juridique International*. 1934, pág. 203).



Poco después, el profesor Lasala Llanas dedicó un breve artículo al mismo tema. Su tesis era doble: afirmación de la presencia de una regla o principio general de reconocimiento de los derechos adquiridos en el extranjero, deducible de las aplicaciones que se encuentran de ella en nuestros Códigos, en armonía con la vigencia del mismo principio o regla en el Derecho internacional público y en el Derecho intertemporal español, y necesidad de proclamar explícitamente esta regla en una futura revisión del Código Civil¹⁹.

10. La propuesta acabada de aludir del profesor Lasala no encontró eco en la doctrina española inmediatamente posterior, en la que el problema o las varias cuestiones planteadas por los derechos adquiridos en el extranjero tan sólo han sido muy ligeramente rozados en las exposiciones generales del conflicto de leyes o mencionados incidentalmente al tratar de otros temas como el reenvío o la cuestión preliminar. Por no citar más que un ejemplo reciente, autor tan bien informado de las novedades actuales como es Carrillo Salcedo, en una obra de contenido selectivo de los aspectos más nuevos y polémicos del Derecho internacional privado, tan sólo en dos ocasiones menciona la teoría de los derechos adquiridos: una vez al señalarla como una de las posibles soluciones para los conflictos móviles, para estimarla insuficiente²⁰, y, luego, al aludir al artículo 21 del entonces, segundo proyecto del Benelux, enlazado por una explicable asociación de ideas al también mencionado argumento de Raape en favor del reenvío de segundo grado²¹.

Puede concluirse, por tanto, que en la actual doctrina española el tema de la validez internacional de los derechos adquiridos se encuentra casi por completo ausente²².

19. LASALA LLANAS: «Validez internacional de los derechos adquiridos», *Revista de Derecho Privado*. 1940, págs. 75 y sigs.).

20. CARRILLO SALCEDO: *Derecho internacional privado. Introducción a sus problemas fundamentales*. Madrid 1971, pág. 149.

21. CARRILLO SALCEDO: *Ob. cit.*, págs. 219 y 220.

22. El autor de estas páginas no ha participado del desdén general a la cuestión que nos ocupa, y ha tratado de estudiarla varias veces dentro de la medida de sus fuerzas, en las seis ediciones de su *Derecho internacional privado* —en la última, en su tomo I, publicado en Madrid en 1972, págs. 429 y sigs.— y en los artículos «Un aspecto de la protección internacional a los derechos humanos: la lucha contra las relaciones jurídicas claudicantes», *Homenaje a Don Nicolás Pérez Serrano*. T. I, Madrid 1959, págs. 521 y sigs., y «Soluciones sanas a los conflictos de leyes, «favor negotii» y respeto a los derechos adquiridos», *Revista Española de Derecho internacional*. 1964, págs. 16 y sigs.



III. LOS DERECHOS ADQUIRIDOS EN EL SISTEMA CONFLICTUAL ESPAÑOL VIGENTE ENTRE 1888 Y 1974.

11. Es bien conocido el hecho de que el Código Civil español fue elaborado en base de una autorización parlamentaria otorgada al Gobierno para desarrollar en su articulado las orientaciones señaladas en una Ley de Bases, la segunda de las cuales ordenaba regular los conflictos de leyes, «inspirándose, hasta donde fuese conveniente en la doctrina y principio de la personalidad de los estatutos».

Entre el tenor literal del mandato y su cumplimiento por los redactores del Título preliminar del Código produjeron un equívoco que la doctrina española ha tardado muchos años en disipar, y que conserva huellas bastante recientes en la jurisprudencia: una y otra entendieron que el sistema conflictual español era la consagración de la llamada «teoría de los estatutos», cuando las reglas que lo integran tienen como fuente de inspiración principal las del Código italiano de 1865, en cuya redacción fue principal artífice Pascual Estanislao Mancini, el creador de la teoría de la personalidad del Derecho.

Pues bien, en la concepción manciniana recogida en el Código español, el problema de los derechos adquiridos en el extranjero carece de autonomía frente al conflicto de leyes y, como otro tanto ocurría en la última fase de la estatutaria francesa, continuada por los comentaristas al Código de Napoleón, no es aventurado afirmar que el problema que nos ocupa no fue tomado en consideración por los redactores del Código Civil.

12. No deja de sorprender un tanto este proceder, si bien se explica por el mimetismo hacia los modelos constituidos por los Códigos francés e italiano, al recordar que al sistema conflictual del Código Civil español precedió en el tiempo otro, contenido en el Real Decreto de 17 de octubre de 1851 sobre la validez en España de los contratos y demás actos públicos notariados en Francia u otro país extranjero, pequeño sistema de normas de conflicto que había de servir de guía a los tribunales y autoridades en España para conceder o denegar la validez a aquegos contratos y actos.

Los requisitos a los que esta validez, y, por consiguiente, el reconocimiento de los derechos derivados de los actos notariados en el extranjero, eran, entre otros: 1.º Que el asunto materia del acto o contrato sea lícito y permitido por las leyes de España. 2.º Que los otorgantes tengan aptitud y capacidad legal para obligarse con arreglo a las leyes de su país, y 3.º Que en el otor-

gamiento se hayan observado las formas establecidas en el país donde se han verificado los actos o contratos. He aquí la validez de los actos realizados en país extranjero, y también implícitamente la extraterritorialidad de los derechos subjetivos emanados de aquellos actos, si no reconocidos como regla general, al menos admitidos a producir aquellos efectos en la hipótesis de haber quedado cumplidas las condiciones que se enumeran.

Dos de estas condiciones se podían expresar en una fórmula unitaria: producción del acto en el extranjero de acuerdo con las reglas de conflicto españolas que regulan la capacidad por la ley nacional y la forma de los actos por la regla *locus regit actum*, es decir, mucho antes de que se plantease en su rigor técnico el problema de la cuestión preliminar, en el Derecho español se encontraba latente o intuida la idea de que para el reconocimiento de los negocios jurídicos celebrados en el extranjero, y subsiguientemente para el de los derechos subjetivos nacidos de aquellos negocios, era requisito necesario el respeto de unas reglas conflictuales españolas.

Las dos mencionadas relativas a la capacidad de los otorgantes y a la forma del acto difícilmente podrían oponer dificultades al reconocimiento de los derechos nacidos en el extranjero. Respecto a la capacidad, si bien es cierto que hace un siglo, como ahora, las legislaciones conflictuales estaban divididas entre las que la rigen por el domicilio y las que adoptan el punto de conexión de la nacionalidad, no se registra ningún caso en la jurisprudencia española de denegación de validez a un negocio jurídico realizado en el extranjero y a los derechos subjetivos por él originados en razón de que los otorgantes se hayan acogido para realizarlo a la ley de su domicilio en el extranjero en cuanto ésta les confería una capacidad de obrar negada por su ley nacional.

Menos concebible todavía resultaba la negación de validez a un acto y a los derechos de él derivados por haberse realizado conforme a unas formas y solemnidades diferentes a las de la ley de su otorgamiento, habida cuenta de que la práctica más usual en todas partes es la de acogerse a estas formas, salvo la alternativa de que el negocio jurídico sea autorizado por el agente diplomático o consular del país del otorgante o uno de los otorgantes.

13. Estas consideraciones explican cómo el único requisito relevante en la práctica de los tres que analizamos dentro del Real Decreto de 17 de octubre de 1851 sea el de que el asunto materia del acto o contrato sea lícito y permitido por las leyes de España, es decir que no tropiece para su validez con la excepción de orden público.



Una vez que esta excepción fue perfilada por la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de enero de 1885 y acogida en el art. 11, párrafo 3.º del Código civil, en fórmula traducida casi literalmente de la empleada por el art. 12 de las *Disposizioni premesse* al italiano de 1865²³, la validez de los derechos adquiridos en país extranjero quedó planteada en el ordenamiento jurídico español como una solución alternativa a la aplicación de la excepción de orden público.

El sistema conflictual español, dada su inspiración manciniana y el frecuente uso por los tribunales de aquella excepción ha podido caracterizarse exactamente por Aguilar Benítez de Lugo como fuertemente limitado en su personalismo por esta excepción²⁴.

Ahora bien, la copiosa jurisprudencia del Tribunal Supremo español en aplicación de la excepción de orden público frente a la validez de actos realizados en el extranjero aparece centrada en materias de carácter familiar, especialmente tres: matrimonio civil, divorcio y discriminaciones entre los hijos.

A título de ejemplos, citaremos algunas sentencias. Respecto al matrimonio civil, alguna vez se ha antepuesto a su contrariedad con el orden público español otro tipo de motivos: así, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros de 19 de febrero de 1941 y de 13 de enero de 1945 afirman la competencia exclusiva de los cónsules españoles para autorizar matrimonios civiles entre compatriotas, y el Tribunal Supremo en su sentencia de 12 de mayo de 1944 excluye al matrimonio del campo de aplicación de la regla *locus regit actum*, porque «el art. 11, párrafo 1.º, no se refiere más que a los contratos, testamentos y demás instrumentos públicos, entre los que no cabe incluir el matrimonio». Al menos en esta materia, la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957 y su Reglamento de 14 de noviembre de 1958 han abierto el cauce para que los matrimonios civiles de españoles en el extranjero celebrados según la ley local puedan tener acceso en determinados supuestos al Registro civil español, y gozar así de plenitud de efectos.

En cuanto al divorcio pronunciado en el extranjero, la jurisprudencia española se muestra rigurosa: así, la sentencia del Tri-

23. Es curioso observar que la excepción no constaba en la primera edición del Código, y que fue incluida en la segunda, llamada «Fe de erratas», por iniciativa del diputado y catedrático de Legislación Comparada Don Gumersindo de Azcárate.

24. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO: «Estatuto personal y orden público en el Derecho internacional privado español». *Revista Española de Derecho internacional*, 1967, 245 y sigs.).



bunal Supremo de 12 de marzo de 1942 declara nulo el matrimonio contraído fuera de España por un español divorciado de acuerdo con la Ley española de 2 de marzo de 1932. La de 12 de mayo de 1944 anula el matrimonio de un español soltero con una francesa divorciada, y la de 5 de abril de 1966 declara nulo el matrimonio contraído en 1935, cuando el matrimonio era disoluble en España, por un español con una costarricense divorciada en su país. Rigor extremado que sólo se atenúa un tanto en beneficio de los hijos, en aplicación de los efectos del matrimonio putativo reconocidos en el art. 69 del Código civil.

Finalmente, la sentencia de 10 de octubre de 1960 sobre sucesión de un español domiciliado en Cuba niega la condición de heredera a una de las sobrinas del causante, legitimada en Cuba por subsiguiente matrimonio de sus padres, por considerar esta legitimación contraria al orden público español.

14. Con este rigor utilizado por el Tribunal Supremo español para el manejo de la excepción de orden público al menos dentro de las materias citadas, contrastan algunas recientes Resoluciones de la Dirección General de los Registros y Notariados, órgano administrativo del que dependen jerárquicamente el Notariado, los encargados del Registro Civil y los Registradores de la Propiedad.

Sin haber llegado a formular una doctrina general sobre el orden público atenuado, y mucho menos sin haber afirmado que esta atenuación se deba al respeto de los derechos adquiridos en el extranjero, ya la Resolución de 26 de marzo de 1951 autorizó a una española de origen que perdió esta nacionalidad por matrimonio con un extranjero, del cual se divorció después, a recuperar la nacionalidad española: tal recuperación sólo estaba prevista por el Código Civil una vez cumplida la condición de «disuelto el matrimonio», y por una interpretación amplia se aplicó al caso, por considerar que tan sólo un efecto del divorcio, la posibilidad de nuevas nupcias, es lo que se opone al orden público español.

Más cerca de nosotros, la Resolución de abril de 1970 autorizó la inscripción como hija natural de la de una española de origen, casada con un alemán y divorciada, sin haber recuperado su nacionalidad de origen. Aspecto interesante de la Resolución es no considerar aplicable la excepción de orden público porque,

«a tal extensión se oponen los criterios respectivos que deben aplicarse: a) La noción de orden público, por el carácter de excepción que le impone expresamente la ley, en pro de la comunidad jurídica universal, y b) La noción de



hijos ilegítimos no naturales, tanto por su propio carácter de consecuencia penal como por introducir, contra la igualdad, un régimen singular en el status de los hijos habidos fuera de matrimonio —y particularmente odioso hoy por la revalorización actual de los deberes de los padres respecto de los hijos engendrados»—.

Poco más tarde, la Resolución de 18 de septiembre de 1971 autorizó el matrimonio de un saharauí, divorciado, con una española soltera vecina de Zaragoza, por estimar que

«si bien la indisolubilidad del matrimonio es idea básica de la organización de la familia, no es regla que en nuestro ordenamiento no admita inflexiones (Cf. art.º 80 del Código Civil), por lo que no se ven razones suficientes del orden público para excepcionar el régimen normalmente aplicable e impedir el matrimonio con una española acatólica de quien, conforme al propio estatuto religioso y jurídico reconocido por el ordenamiento español, ha dejado de estar casado»²⁵.

15. Allí donde no llega la excepción de orden público, se pueden encontrar casos en que la jurisdicción española, con diferentes motivaciones entre la que no encontramos la de respeto a los derechos adquiridos, se ha admitido la validez de actos realizados en el extranjero: sirva como ejemplo el de la aplicación de la regla *locus regit actum* al matrimonio entre extranjeros celebrado en el extranjero (Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1961).

El mismo resultado favorable se obtiene en el régimen de ejecución de sentencias extranjeras, en el que tanto el Derecho común aplicable como los Tratados firmados por España no incluyen la condición de que el tribunal de origen haya aplicado unas reglas de conflicto que no difieran de las españolas.

IV. LOS DERECHOS ADQUIRIDOS EN EL NUEVO SISTEMA ESPAÑOL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

16. La reforma que ha culminado con la promulgación del nuevo Título preliminar al Código Civil español ha ofrecido co-

25. Un análisis más amplio de esas sentencias y resoluciones en MIAJA DE LA MUELA: «Indicios de atenuación del orden público en el Derecho inter-



mo características las de lentitud en su gestación, desinterés casi general en los medios jurídicos, falta de consulta a quien debiera haber opinado —especialmente a las Facultades de Derecho—, y en lo que afecta a las reglas de conflicto, ausencia en las últimas fases de su proceso de elaboración de especialistas en la materia.

Es cierto que en un primer intento de revisión del sistema conflictual español, en 1944, la Comisión General de Codificación requirió la colaboración del entonces titular de Derecho internacional privado en la Universidad de Madrid profesor Yanguas Messía, con el mandato concretísimo de revisar cuatro artículos del antiguo Título preliminar²⁶. En 1962, en vista a una revisión total de aquel Título, aconsejada por la elaboración de unas Compilaciones de los derechos regionales vigentes en España, fue llamado otro eminente especialista, el profesor Triás de Bes, ya apartado por su edad de la cátedra que tantos años desempeñó en Barcelona, y fallecido en 1965²⁷.

Desde entonces, no tenemos noticia de que ningún otro especialista conocido haya participado en las fases posteriores de la elaboración, primero de la Ley de Bases de 17 de marzo de 1973 y del actual texto articulado más tarde.

En la discusión parlamentaria —o, más exactamente, preparlamentaria, puesto que tuvo lugar en una Comisión y no en sesión plenaria de las Cortes españolas— de la Ley de Bases, el procurador por elección popular de la provincia de Salamanca doctor Jesús Esperabé de Arteaga solicitó la devolución del proyecto al Gobierno en razón de su falta de armonía con las tendencias imperantes en las codificaciones más recientes y en la doctrina actual del Derecho internacional privado. Antigo profesor de la disciplina en la Universidad de Salamanca de 1932 a 1940, Esperabé de Arteaga no debió tener que esforzarse mucho para remozar con alguna lectura sus recuerdos de juventud, y pudo hablar, ante la indiferencia de la Comisión a la que pertenecía, que rechazó su propuesta, entre otros muchos temas fami-

nacional privado español», *Multitudo Legum, Ius Unum. Festschrift für WENGLER*. Berlín 1973, T. II, págs. 373 y sigs.).

26. El proyecto fue publicado como apéndice al libro de YANGUAS MESSÍA: *Derecho internacional privado* (2.^a edición). Madrid 1958, págs. 353 y 354.

27. El proyecto de 1962 no sabemos que haya sido publicado. Por amable comunicación del profesor TRIÁS DE BES, pudo ser utilizado en algunas publicaciones, como las de MIAJA DE LA MUELA: *Riflessioni sull'elaborazione di un nuovo sistema spagnolo di Diritto internazionale privato e di Diritto interregionale* (*Diritto Internazionale*, 1963, pág. 307), traducción de un artículo español, que fue publicado en *Estudios de Derecho público y privado ofrecidos al Prof. Ignacio Serrano y Serrano*. T. II, págs. 607 y sigs. Valladolid 1965.



liares a los especialistas, de *favor negotii* y de derechos adquiridos, sin olvidar a codificaciones recientes como la portuguesa.

Aquel recordatorio de problemas y soluciones no parece haber sido tenido en consideración al desarrollar la Ley de Bases en el nuevo texto articulado. En la Exposición de Motivos que precede a éste se explica el alcance de la reforma con un criterio analítico de pasar revista a cada una de las reglas de conflicto nuevas o modificadas, a cuya exposición precede tan sólo una indicación de carácter general:

«Las reglas aparecen configuradas no en términos unilaterales preocupados sólo del Derecho español, sino de una manera completa con vistas a determinar, según nuestro ordenamiento, cuál es el Derecho propio o extranjero aplicable».

A esta indicación precede en la Exposición de Motivos otra que refleja las finalidades perseguidas por la reforma:

«La parte más extensa y pormenorizada del nuevo texto es la constituida por las normas de derecho internacional privado que en considerable proporción están ya formuladas en la Ley de Bases, sin perjuicio de lo cual ha sido preciso adentrarse después en una detenida labor de complemento y coordinación. Si, pese a ello, no cabe albergar la certidumbre de haber logrado una regulación completa y siempre satisfactoria de las múltiples situaciones jurídicas que con tanta riqueza y variedad de matices ofrece el mundo de nuestro tiempo, definible como un conjunto creciente de interacciones a escala internacional, parece seguro no obstante que se han dado pasos muy considerables respecto de la anterior ordenación, insuficiente de suyo y desfasada por los cambios operados en las realidades sociales y políticas, en la técnica y en el propio régimen de convivencia e intercambio apreciable en las personas y en los pueblos».

Parece deducirse de estas palabras, y la lectura del texto articulado lo comprueba, que la principal preocupación de sus autores ha sido —y en ello no puede regateárseles el aplauso— la de colmar las lagunas que ofrecía el actual sistema conflictual español, bastantes de las cuales, como es natural, habían sido ya llenadas por la jurisprudencia.

También se aprecia, como en todas las codificaciones recientes del Derecho internacional privado, el laudable propósito de sustituir una regla de gran amplitud, por ejemplo, la que regía

por una determinada ley las relaciones familiares, por varias referentes cada una de ellas a una especie de estas relaciones.

En una ocasión, el legislador nos ofrece, dentro de esta tendencia, el curioso contraste de elaborar una regla de conflicto para delimitar el ámbito de una institución no comprendida en el Código Civil, aunque desarrollada por la jurisprudencia posterior: el enriquecimiento sin causa, que según la Exposición de Motivos está «aquí reconocido de modo expreso como fuente de las obligaciones», de donde deriva el hecho sorprendente de la modificación del artículo 1089 del Código Civil, en virtud del Preámbulo a una disposición modificativa de sus primeros dieciséis artículos.

Por otra parte, la falta de mención de criterios doctrinales contemporáneos o de modelos legislativos en Códigos recientes deja abierta la interrogante sobre lo que el legislador ha pretendido, puesto que las razones transcritas acerca de las «múltiples situaciones jurídicas» y la caracterización del mundo actual por una nota tan imprecisa como «conjunto creciente de interacciones a escala internacional y mundial» es posible que justifiquen la necesidad de multiplicar el número de las reglas de conflicto, pero no ofrecen ninguna línea directriz acerca de las finalidades que, para la buena marcha del tráfico jurídico internacional, ha procurado servir el legislador español.

17. Para un intento de precisión de estas finalidades, especialmente en lo que se refiere a los derechos adquiridos, al *favor negotii* y a la lucha contra las llamadas relaciones jurídicas «claudicantes», vamos a examinar el contenido del texto articulado, con la esperanza de que, aunque como el personaje de Molière que hablaba en prosa sin haberse enterado de ello, el buen sentido de los autores del nuevo Título preliminar les haya llevado a dar algún paso hacia la consecución de las referidas finalidades.

El análisis a este respecto es especialmente interesante, en cuanto ha de hacerse en un sistema de normas bilaterales, aunque no puede por menos de anticiparse que los resultados habrán de ser necesariamente más pobres que los que el profesor Ferrer Correia ha tenido ocasión de subrayar en el sistema conflictual portugués.

En primer término, la principal innovación del actual sistema español consiste en la regulación, en el anterior reducida a la excepción de orden público, de los problemas generales del Derecho internacional privado, operada en el nuevo artículo 12. Veamos cómo:

- a) La calificación se hará según la *lex fori* española. Es la



doctrina más generalmente aceptada e intuitivamente seguida por los tribunales de todos los países. En general, funciona bien, pero es impotente para el supuesto de instituciones jurídicas desconocidas en el Derecho del foro. El caso clásico es el del *trust* del Derecho inglés, insusceptible de encuadrarse en los casilleros conceptuales españoles. La solución satisfactoria hubiere sido la de unos supuestos más amplios que los utilizados para cada una de las nuevas reglas de conflicto. De todas maneras, si en este aspecto no se ha mejorado la situación jurídica anterior, tampoco se ha empeorado.

b) Reenvío admitido exclusivamente en favor de la ley española. Cuestión muy difícil y opinable la del reenvío, ha sido resuelta de la manera más chauvinista concebible, como ya ocurriera en varias de las codificaciones de otros países. A la altura de 1974, hubiere resultado preferible cualquier otra solución: la de negar el reenvío en todo caso, con lo que se hubiera dado satisfacción a la lógica jurídica, extender su admisión al de segundo grado, en aras al *favor negotii*, o establecer una solución casuística, como ha hecho el Código portugués. En el terreno *de lege ferenda*, no es fácil la opción entre estas tres soluciones, pero resulta evidente que cualquiera de ellas hubiere sido preferible a la adoptada.

c) En cuanto a la excepción de orden público, se simplifica su forma de expresión en relación con la fórmula anterior, al no hablar de «buenas costumbres» ni de «leyes prohibitivas concernientes a las personas, sus actos o sus bienes», pero nada permite suponer que esta simplificación de la fórmula empleada suponga una atenuación a la excepción en beneficio del respeto a los derechos adquiridos en el extranjero, aunque es posible que contribuya a alentar a la Dirección General de los Registros en sus criterios de aplicación de la excepción mucho más comprensivos y matizados que los del Tribunal Supremo.

d) El *ius cogens* español, defendido antes por el concepto de «leyes prohibitivas» incluídas en la fórmula de la excepción de orden público, va a ser ahora protegido frente a la aplicación de las leyes extranjeras por la nueva excepción de «fraude de ley», consistente en rechazar «la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una norma imperativa española». Habrá que esperar a ver qué uso hacen los órganos judiciales de este precepto que les autoriza a entrar en un auténtico «proceso de intenciones», pero desde ahora puede afirmarse que se trata de un precepto llamado más a contrarrestar que a proteger la validez de los derechos adquiridos en país extranjero.

La regulación, por primera vez en nuestro Derecho, salvo en lo que se reficre al orden público, de estas cuestiones generales del Derecho internacional privado supone un claro avance en lo relativo a llenar lagunas visibles en la regulación anterior, pero difícilmente podría deducirse las finalidades y valores a los que el legislador ha tratado de servir con estos preceptos, y, de manera más rotunda, pudiera afirmarse que entre aquellas finalidades no ha entrado la de reconocer y garantizar los derechos adquiridos en el extranjero.

A este efecto, es singularmente relevante que el legislador español, a diferencia de otros, entre ellos el portugués, no ha buscado una solución para la *Vorfrage* o cuestión preliminar, aspecto en el que bien pudiera haberse tomado en consideración, si no como una regla no escrita de nuestro ordenamiento, al menos, en cuanto finalidades respetables a conseguir las del *favor negotii* o del respeto a los derechos subjetivos adquiridos en otro Estado.

18. En el texto articulado del Título Preliminar podemos, no obstante, encontrar algunos datos comprobantes de que determina las aplicaciones de los principios generales del *favor negotii* y del respeto a los derechos adquiridos no están del todo ausentes.

Así, en el artículo 9.º, párrafo 1.º lemos:

«El cambio de ley personal no afectará a la mayoría de edad adquirida de conformidad con la ley personal anterior».

Se trata de un típico «conflicto móvil», en el que se sigue la solución clásica y ortodoxa de respetar la calidad jurídica de mayoría de edad adquirida por una persona en el país de origen cuando se naturaliza en España, pues es obvio que en el caso inverso de español naturalizado en otro país donde la mayoría se alcanzase a edad más alta que los 21 años, nuestra nueva regla de conflicto, vigente indiscutiblemente en Derecho español, no podría garantizar su efectividad en el país en el que el español de origen se ha naturalizado.

En el segundo párrafo del mismo artículo se admite la mutabilidad de la ley que regula las relaciones personales entre los cónyuges, que es la última nacional común a ambos, y sólo en su defecto se adopta como ley aplicable la del marido al tiempo de la celebración del matrimonio. Parece deducirse ante la preferencia de solución del conflicto móvil en el caso excepcional por una ley inmutable, a diferencia de lo que acontece en el su-



puesto que se toma como regla general, que no existe un criterio claramente definido del legislador acerca de la eficacia del derecho adquirido en la materia.

Más compleja es la regulación, en el párrafo siguiente, de las relaciones patrimoniales entre esposos, existan o no capitulaciones matrimoniales, regidas por las mismas leyes que sus relaciones personales, pero con la adición de que

«El cambio de nacionalidad no alterará el régimen económico matrimonial, salvo que así lo acuerden los cónyuges y no lo impida su nueva ley nacional».

Si se trata de matrimonio naturalizado en España y regido por el Código Civil, la posibilidad admitida como excepción es inexistente, puesto que el régimen económico conyugal es inmutable, y, por tanto, perdurará el que originariamente tuvieron los esposos. En cambio, si los interesados son españoles de origen naturalizados en un país en que aquel cambio de régimen es posible, se habrá dado un paso favorable hacia la armonía de soluciones.

Esta misma finalidad, aparte un lejano eco de Convenios de La Haya en los que España no es parte, se percibe en la adopción de la residencia habitual como punto de conexión supletorio en materias de adopción y tutela, así como en el derecho a la prestación de alimentos, supuesto en el que se regula una hipótesis de conflicto móvil:

«En caso de cambio de la nacionalidad común o de la residencia habitual del alimentista, la nueva ley se aplicará a partir del momento del cambio».

De mucha mayor relevancia en orden al *favor negotii* es la sustitución para la forma de la regla *locus regit actum* en su modalidad imperativa por un sistema más ilexible en el nuevo artículo 11:

«Las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás actos jurídicos se regirán por la ley del país en que se otorguen. No obstante, serán también válidos los celebrados con las formas y solemnidades exigidas por la ley aplicable a su contenido, así como los celebrados conforme a la ley personal del disponente o a la común de los otorgantes. Igualmente serán válidos los actos y contratos relativos a bienes inmuebles otorgados con arreglo a las formas y solemnidades del lugar en que éstos radiquen».



También revela una preocupación por evitar invalideces derivadas de cambios de un punto de conexión un inciso del párrafo 8 del artículo 9 que, después de declarar, como en el sistema anterior, la sucesión por causa de muerte sometida a la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, agrega:

«Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento, conservarán su validez aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas han de ajustarse, en su caso, a esta última».

Pudiera parecer extraña una norma de conflicto en relación con los pactos sucesorios, habida cuenta de que la sucesión contractual no está admitida en el Derecho civil español común. Es probable que el legislador haya pensado, más que en los casos en que la sucesión se defiere por contrato en Derecho extranjero, en aquellos otros admitidos por las Compilaciones vigentes en algunas regiones españolas y haya considerado preferible formular una solución única para ambas hipótesis. De todas maneras, es éste el precepto más radicalmente nuevo del Título Preliminar reformado, con otra vertiente que implica una concesión al *favor negotii*.

19. Analizada la nueva ordenación conflictual española en aquellos de sus aspectos que de alguna manera rozan con la cuestión de los derechos adquiridos en el extranjero, es forzoso llegar a la conclusión de que no ha sido la preocupación por el respeto de estos derechos una de las dominantes en los autores de la reforma.

Podemos concluir:

- 1.º El reenvío no se admite en su modalidad de segundo grado, en aras al *favor negotii*, sino solamente a la ley española.
- 2.º Frente a una concepción monolítica del orden público mantenida por el Tribunal Supremo español, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha dado algunos pasos para su atenuación. Es, sin embargo, posible que el avance que se pueda alcanzar en la prosecución de esta ruta vaya unido a un retroceso derivado de la admisión de la nueva excepción de fraude de ley.
- 3.º El sistema español de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras no contiene el elemento perturbador de exi-



gir que el tribunal de origen haya aplicado la ley designada por las normas de conflictos españolas.

4.º En el nuevo sistema conflictual español se han introducido las normas conflictuales citadas para algún supuesto de conflicto móvil.