

## CAPACIDAD Y ESTATUTO DE LA PERSONA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO\*

### 1. LA RELEVANCIA DEL TEMA DE LA LEY APLICABLE AL ESTATUTO PERSONAL

La actual facilidad de transporte, la creciente tendencia de las personas del turismo al extranjero, las grandes corrientes de emigración iniciadas en el siglo pasado, la aparición de Internet y del ciberespacio y, finalmente, la creciente globalización de la economía<sup>1</sup> han hecho del mundo un lugar más

\* Este trabajo tiene su origen en la comunicación presentada al II congreso de derecho civil de Castilla y León sobre «Vivienda, Economía y Derecho 'Itinera Domus: Promoting Housing» celebrado en Valladolid los días 6-7 de abril 2006.

Este trabajo anticipa, con las necesarias adaptaciones, algunos pasajes de una monografía que tengo ya en fase avanzada de elaboración sobre «la capacità delle persone fisiche nel diritto internazionale privato». Estos pasajes están destinados, naturalmente, a ser publicados en dicha monografía, la cual, en síntesis, inicia con una relación y con una sistematización de las fuentes relativas a la capacidad de las personas físicas. Por lo que respecta a Italia estas son, entre otras, 54 reglas o grupos de reglas de Derecho material italiano, 7 convenios internacionales que introducen reglas de Derecho internacional privado (D.I.Pr.), 13 actos de Derecho comunitario y 43 convenios internacionales relativos a los derechos humanos. El trabajo continúa observando la historia y la actual fase recesiva del *dépeçage* de D.I.Pr. en materia de capacidad, su carácter ya residual y circunscrito a la capacidad relativa al estatuto personal, y la oportunidad del crecimiento del ámbito de aplicación del criterio de la *lex substantiae actus* para regular lo que resta de la capacidad de las personas físicas. Prosigue con un análisis de las diversas categorías de Derecho civil relativas a la capacidad y proponiendo una calificación de D.I.Pr. en parte divergente de la tradicional. Continúa aplicando las líneas y las categorías así elaboradas a la verificación de los problemas de D.I.Pr. que puedan surgir en relación con una amplia gama de temas relativos a la capacidad jurídica general, a la capacidad de obrar general, a las capacidades especiales de D.I.Pr. y a la capacidad negocial. En relación a la capacidad negocial, desarrolla una tesis según la que la aplicación a esta capacidad de la regla general que reenvía a la ley nacional está excluida por el principio de no discriminación propio del Derecho comunitario (por una parte) y del sistema OMC (por otra parte). Continúa observando las reglas particulares relativas a la conmorienca, la ausencia, la desaparición, la muerte presunta y la reciprocidad a la cual está sometido el tratamiento del extranjero. Y termina con algunas cuestiones procesales relativas a la materia de la capacidad de la persona física. El trabajo aquí publicado debe necesariamente presuponer y no repetir una serie de tesis, de argumentaciones y de conclusiones que he desarrollado de un modo más amplio en la monografía ahora mencionada, a la cual me remito para un análisis más profundo de las cuestiones.

1 Sobre los efectos de la globalización en el Derecho Internacional vid, entre otros: Von Bogdandy A., *Democrazia, globalizzazione e futuro nel diritto internazionale*, en RDI 2004, 317-344. Sobre los efectos de la globalización en el D.I.Pr. cfr. Basedow J., *The effects of globalization on Private International Law*, en Basedow J. y Kono T., *Legal Aspects of Globalization*, Kluwer Law International, The Hague-London-

pequeño y han determinado también el aumento del número de casos concretos con características de internacionalidad, para los cuales el tema del estatuto personal se convierte necesariamente en una cuestión de relevancia. Así pues, este tema tiene una importancia práctica. En realidad, este presenta también un interés teórico muy particular y notable, como se deducirá de las páginas que siguen. De hecho, la ley aplicable en vía principal al estatuto personal se individualiza en la *lex personae* que, a su vez, se identifica con la de la nacionalidad, del domicilio o de la residencia y, por tanto, viene localizada de modo diverso por los convenios internacionales y por las normas de D.I.Pr. internas previstas por los Estados. Como veremos, los Estados adoptan frecuentemente en las codificaciones tanto internacionales como internas de D.I.Pr. algunos criterios de conexión subsidiarios en materia de estatuto personal. De este modo contribuyen a la atenuación de las diferencias que existen entre ellos, desarrollan la potencialidad unificante de los convenios internacionales y se aproximan al efectivo alcance de la armonía de soluciones en el D.I.Pr.

## 2. LA CATEGORÍA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DEL ESTATUTO PERSONAL

Los glosadores y los estatutarios de la baja Edad Media utilizaban regularmente la categoría de D.I.Pr. del estatuto personal, que entendían como el conjunto de las relaciones jurídicas vinculadas a la persona<sup>2</sup>. En la actualidad, sin embargo, ya no existe en el D.I.Pr. de origen internacional una ley reguladora de todo el estatuto personal, entendido como una categoría unitaria de D.I.Pr., sino que se contemplan aisladamente algunos institutos que normalmente

Boston, 2000, 11-26; Jayme E., Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation, en 282 RC 2000, I, 13-40; Fernández Rozas J.C., Sistema del comercio internacional, Civitas, Madrid, 2001, 63-64; De Miguel Asensio P., El Derecho internacional privado ante la globalización, en AEDIPr 2001, 37-87; Mengozzi P., Private international law and the WTO law, en 292 RC 2001, 263; Sonnenberger H.J., Das Internationale Privatrecht im dritten Jahrtausend – Rückblick und Ausblick, in ZvglRWiss 2001, 107-136; Carrascosa González J., Globalización y Derecho internacional privado, LiberLibro.com, Albacete, 2002, 11; Radicati Di Brozolo L., Mondialisation, juridiction, arbitrage: vers des règles d'application semi-nécessaire?, en RCDIP 2003, 1-36; Lagarde P., Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures, en RabelsZ 2004, 229; Calvo Caravaca A.L., La norma de conflicto del siglo XXI, en Homenaje Julio D. González Campos, 1345; Muir Watt H., Aspects économiques du droit international privé. Réflexions sur l'impacte de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions, en RC 2005, 1-383.

2 Cfr. Anzilotti D., Corso di diritto internazionale privato: lezioni tenute nell'università di Roma nell'anno scolastico 1924-1925, Athenaeum, Roma, 1933, 13-14; Fiore P., Diritto internazionale privato: o principio per risolvere i conflitti tra le leggi civili – commerciali – giudiziarie – penali di Stati diversi, Utet, Torino, 3 ed., 1888, 72 nota 1; Tedeschi G., 'Personal status' e 'statuto personale', in RDI 1966, 24-35; Vitta E., Aspetti di una riforma del diritto internazionale privato, en RDIPP 1986, 3; Vischer F., Observations, en Annuaire IDI 1987, 62, I, 377-380, 378; Carlier J.-Y., Autonomie de la volonté et statut personnel, avec une préface de François Rigaux, Bruylant, Bruxelles, 1992, 166-167; Ballarino T., Diritto internazionale privato, Cedam, Padova, 1999, 315.

vienen considerados como integrantes del estatuto personal, entre los cuales se encuentran, por ejemplo, el matrimonio<sup>3</sup>, el testamento<sup>4</sup> y la protección del menor o del mayor de edad<sup>5</sup>. Y lo mismo cabe decir acerca del proyecto de

3 Vid. el Convenio de 14 de marzo de 1978 sobre la ley aplicable a los regímenes matrimoniales. Vid. el texto y el estado de las ratificaciones en [www.hcch.net](http://www.hcch.net). Sobre este Convenio vid. en particular: Batiffol H., La treizième session de la Conférence de La Haye de droit international privé, en RCDIP 1977, 451; Dutoit B., La treizième session de la Conférence de La Haye de droit international privé sous le signe du droit de la famille, en RDIPP 1978, 449-479; Von Overbeck A., La Convention de La Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, en SJZ/RSJ 1977, 105; Loussouarn Y., La Convention de La Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, en JDI 1979, 5; Droz G., Regards sur le droit international privé comparé. Cours général de droit international privé, en 229 RC 1991, IV, 217-220; Id., Les nouvelles règles de conflit françaises en matière de régimes matrimoniaux (entrée en vigueur de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux), en RCDIP 1992, 631; Lequette Y., Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales, en 246 RC 1994, II, 146-176; Carella G., Autonomia della volontà e scelta di legge nel diritto internazionale privato, Cacucci, Bari, 1999, 144; Jänterä -Jareborg M., Combating child marriages and forced marriages – the prospects of the Hague Convention in the Scandinavian « multicultural » Societies, en Einhorn T. y Siehr K. (coordinado por), *Intercontinental Cooperation through Private International Law. Essays in Memory of Peter E. Nygh*, Asser Press, The Hague, 2004, 172. Vid. también el Convenio de Munich de 5 de septiembre de 1980 relativo a la concesión de un certificado de capacidad matrimonial, que ha sido ratificado por Italia con ley de 19 de noviembre 1984 n.950, en GU 22 enero 1985, 18, y ha entrado en vigor en Italia el 1.7.1985. Vid. el texto en RDIPP 1985, 898. Vid. el comentario explicativo y el estado actual de las ratificaciones en [www.ciec1.org](http://www.ciec1.org). Sobre el Convenio cfr. Scovazzi T., Il matrimonio dello straniero in Italia, en RDIPP 1984, 438; Zilioli C., La convenzione di Monaco relativa al rilascio di un certificato di capacità matrimoniale, en RDIPP 1985, 789.

4 Cfr. el Convenio de la Haya de 1 de agosto de 1989, sobre la ley aplicable a las sucesiones. Vid. el texto en RCDIP 1988, 806. Vid. el estado de las ratificaciones actualizado en [www.hcch.net/f/conventions/menu.html](http://www.hcch.net/f/conventions/menu.html). Sobre este Convenio vid. en particular: Droz G., Note introductive à la Convention de La Haye sur la loi applicable aux successions à cause de mort, en *Revue de droit uniforme* 1989, 213; Lagarde P., La nouvelle Convention de La Haye sur la loi applicable aux successions, en RCDIP 1989, 249; von Overbeck A., La Convention du 1er août 1989 sur la loi applicable aux successions pour cause de mort, en SJZ/RSJ 1989, 138; Li H., Some Recent Developments in the Conflict of Laws of Succession, en 224 RC 1990, V, 44; Picone P., La legge applicabile alle successioni, en *La riforma del diritto internazionale privato e i suoi riflessi sull'attività notarile. Atti del convegno di studi in onore di M. Marano*, Napoli 30-31 marzo 1990, Giuffrè, Milano, 1991, 57 ss.; Droz G., Regards sur le droit international privé comparé. Cours général de droit international privé, en 229 RC 1991, IV, 217-220; Lequette Y., Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales, en 246 RC 1994, II, 177-183; Borrás A., La Convention de La Haye de 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de morte et l'Espagne, en *E Pluribus Unum. Liber amicorum Georges A.L.Droz, Martinus Nijhoff*, The Hague, 1996, 7; Carella G., Autonomia cit., 196; Pirrung J., Die Haager Konferenz für IPR und ihr Übereinkommen vom 1. August 1989 über das auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen Anzuwendende Recht, n Gerrens J.-F., Vigneron R., Peter H. y Trenk-Hinterberger P. (coordinado por), *Mélanges Fritz Sturm*, II, Editions juridiques de l'Université de Liège, Liège, 1999, 1607-1627; De Cesari P., Autonomia della volontà e legge regolatrice delle successioni, Cedam, Padova, 2001, 91 ss.; Boulanger F., Codifications nationales et convention de La Haye du 1er août 1989: l'improbable unification du droit international des successions, en *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde, Le droit international privé : esprit et méthodes*, Dalloz, Paris, 2005, 155-168.

5 Vid. los Convenios de la Haya de 5 de octubre de 1961, sobre la competencia de las autoridades y sobre la ley aplicable en materia de protección de menores, de 19 de octubre de 1996, sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y sobre cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección del menor y de 13 de enero de 2000, sobre la protección internacional de los adultos. Cfr. el texto del Convenio de 1961 en RDIPP 1995, 839. Vid. el estado de las ratificaciones en [www.hcch.net/f/conventions/menu.html](http://www.hcch.net/f/conventions/menu.html). Sobre este convenio cfr. Mosconi F., La tutela dei

reglamento comunitario sobre el Derecho Internacional Privado relativo al tema del estatuto personal, esto es, los actos relativos a las «sucesiones y testamentos»<sup>6</sup>, al «divorcio» (Roma III)<sup>7</sup> y a las «obligaciones alimentarias»<sup>8</sup>.

minori in diritto internazionale privato, Giuffrè, Milano, 1965; Droz G.A.L., La protection des mineurs en droit international privé français depuis l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961, en JDI 1973, 603; Kropholler J., Das Haager Abkommen ueber den Schutz Minderjaehriger, Bielefeld, Gieseking, 1977; Beghè Loreti A., Le Convenzioni internazionali per la protezione dei minori, en AAVV., La protezione dei minori nelle convenzioni internazionali, SSI, Roma, 1982, 14; Lagarde P., La protection du mineur double-national talon d'Achille de la convention de la Haye du 5 octobre 1961, en L'unificazione del diritto internazionale privato e processuale – Studi in memoria di Mario Giuliano, Cedam, Padova, 1989, 529; Bonomi A., La convenzione dell'Aja del 1961 sulla protezione dei minori: un riesame dopo la ratifica italiana e l'avvio dei lavori di revisione, in RDIPP 1995, 607-656; Mosconi F., La protezione dei minori, en Salerno F. (coordinado por), Convenzioni internazionali e legge di riforma del diritto internazionale privato, Cedam, Padova, 1997, 59; Franchi M., Protezione dei minori e diritto internazionale privato, Giuffrè, Milano, 1997, 1 ss.; Hammje P., L'intérêt de l'enfant face aux sources internationales du droit international privé, en Mélanges Paul Lagarde, 366. Cfr. el texto del Convenio de 1996 en RDIPP 1996, 918. Vid. el estado de las ratificaciones en [www.hcch.net/f/conventions/menu.html](http://www.hcch.net/f/conventions/menu.html). Sobre el Convenio cfr. entre otros Picone P., La nuova convenzione dell'Aja sulla protezione dei minori, en RDIPP 1996, 705-748; Esteban De La Rosa G., El convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 sobre protección del niño: exclusión del acogimiento preadoptivo de su ámbito de aplicación material? Reflexiones en torno al art.4 letra B), en RDIPP 1997, 849-872; Lagarde P., La nouvelle convention de La Haye sur la protection des mineurs, en RCDIP 1997, 217; Boulanger F., De la convention de La Haye de 1961 à celle de 1996 sur la loi applicable à la responsabilité parentale et la protection des enfants. Requiem pour la loi nationale?, en Mélanges Fritz Sturm, 1399-1408; Kropholler J., Das Haager Kinderschutzzuebereinkommen von 1996 – Wesentliche Verbesserungen im Minderjaehrigenchutz, en Basedow J. y otros (coordinado por), Private law in the international Arena: from national conflict rules towards harmonization and unification, Liber amicorum Kurt Siehr, Asser, The Hague, 2000, 379-390; Silberman L., The 1996 Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children: a Perspective from the United State, in ibidem, 703-728; Del Vecchio A.M., La protezione dei minori nell'evoluzione delle convenzioni internazionali in materia, in RIDU 2000, 655; Hammje P., L'intérêt cit., 365. Vid. el texto del Convenio de 2000 en RCDIP 1999, 877. Cfr. Lagarde P., Rapport explicatif, en Conférence de la Haye de droit international privé', Actes et documents de la Commission spéciale à caractère diplomatique de septembre-octobre 1999. Protection des adultes, Editions SDU, La Haye, 2003, 88-129. Vid. el estado de las ratificaciones actualizado en [www.hcch.net/f/conventions/menu.html](http://www.hcch.net/f/conventions/menu.html). Cfr. sobre el Convenio Clive E., The new Hague Convention on the protection of Adults, en YPIL 2000, 1 y Lagarde P., La convention de la Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes, en RCDIP 2000, 159; Bucher A., La Convention de La Haye sur la protection internationale des adultes, en SZIER 2000, 37-59; Seatzu F., L'interesse del maggiorenne incapace nella nuova Convenzione dell'Aja (13 gennaio 2000) sulla protezione internazionale degli adulti, en Riv.dir.fam. 2001, 1223; Borrás A., La protección internacional del niño y del adulto como expresión de la materialización del Derecho internacional privado: similitudes y contrastes, en Pacis Arte. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos, Tomo II, Derecho internacional privado, Derecho Constitucional y varia, Editer Publicaciones, Madrid, 2005, 1287-1308.

6 Vid. el Libro Verde de la Comisión de 1 de marzo de 2005 sobre «sucesiones y testamentos», COM(2005) 65 definitivo, en [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int). Cfr. Davì A., L'autonomie de la volonté en droit international privé des successions dans la perspective d'une future réglementation européenne, en RDIPP 2004, 473-498; Id., Riflessioni sul futuro del diritto internazionale privato europeo delle successioni, en RDI 2005, 297-341; Lagarde P., Vers un règlement communautaire du droit international privé des régimes matrimoniaux et des successions, en Homenaje Julio D. González Campos, 1687-1708; Consiglio Nazionale del Notariato (coordinado por), Reponses au questionnaire en matière de successions et testaments. Libre vert de la Commission européenne [COM (2005) 65 final du 1er mars 2005], Giuffrè, Milano, 2005, pp.112.

En general, los Estados no continúan utilizando una categoría unitaria del estatuto personal, sino que utilizan categorías de D.I.Pr. que tienen un alcance menor y que se corresponden parcialmente con varios institutos que consideran parte integrante del estatuto personal, y determinan la ley reguladora de cada uno de estos institutos de modo aparentemente autónomo de los otros<sup>9</sup>. Pero, en realidad, dichos Estados suelen considerar oportuno que todos estos institutos sean regulados en vía principal<sup>10</sup> por una sola ley, que como tal pueda expresar una «*valutazione unitaria delle attitudini soggettive*» de la persona y pueda ser así «*in grado di determinare*» también (y por lo que aquí interesa) «*la capacità [...] in modo coerente rispetto alla condizione generale del soggetto*»<sup>11</sup>; así pues, utilizan la misma ley reguladora (por lo menos en vía principal) prácticamente para todos los institutos que forman parte del estatuto personal; por lo tanto, reconducen implícitamente el estatuto personal hacia una concepción unitaria. Además, existen todavía hoy algunos países que conciben el estatuto personal como categoría expresamente unitaria<sup>12</sup>.

7 Vid. el Libro Verde de la Comisión del 14 marzo 2005 «sobre el derecho aplicable y sobre la jurisdicción» COM(2005) 82 definitivo, en [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int). Cfr. Trezza M., *Il progetto «Roma III»: verso uno strumento comunitario in materia di divorzio?*, en *Familia* 2001, 221-241; Tonolo S., *Il libro verde della Commissione europea sulla giurisdizione e la legge applicabile in materia di divorzio*, in *RDI* 2005, 767-772. Vid. también AAVV., *Atti del convegno su «Lo scioglimento del matrimonio nei regolamenti europei. Da Bruxelles II a Roma III»*, Milano, 24 febrero 2006, en fase de publicación.

8 Vid. el Libro Verde de la Comisión de 15 de abril de 2004 sobre «Obligaciones alimentarias» COM(2004) 254 definitivo.

9 La ley 218/1995 no contiene ninguna norma relativa al estatuto personal, si bien prevé disposiciones particulares que conciernen, por ejemplo, a la capacidad (arts.20-23), al nombre (art.24), a la promesa de matrimonio (art.26), a las condiciones para contraer matrimonio (art.27), a la forma del matrimonio (art.28), a las relaciones personales entre los cónyuges (art.29), a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges (art.30), a la separación o la disolución del matrimonio (art.31), a la filiación (art.33), a la adopción (art.38), a la protección de los incapaces menores de edad (art.42) y mayores de edad (art.43), a las obligaciones alimentarias de la familia (art.45), a las sucesiones (art.46) y a las donaciones (art.56).

10 Los D.I.Pr. de los Estados prevén algunos criterios de conexión subsidiarios en materia de estatuto personal. Por ejemplo, en Italia el art.29 de la ley 218/1995 sobre relaciones personales entre los cónyuges determina la ley reguladora utilizando en vía principal el criterio de la nacionalidad (común) y en vía subsidiaria el de la localización principal de la vida matrimonial. Así también el art.38.1 de la ley 218/1995 sobre la adopción determina la ley reguladora utilizando en vía principal el criterio de la nacionalidad y en vía subsidiaria el de la residencia común o de la localización principal de la vida matrimonial. En España, el art.9.2 C.C. establece que «los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo: en defecto de esta ley, por la ley personal o de residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado ante de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración y, a falta de dicha residencia, por la ley del lugar de celebración del matrimonio», por tanto, utiliza en vía principal el criterio de la nacionalidad y en vía subsidiaria el criterio de la residencia.

11 Así Badiali G., *Personalità e capacità nel diritto internazionale privato e processuale*, in *Scritti degli allievi in memoria di Giuseppe Barile*, Cedam, Padova, 1995, 53.

12 En España, por ejemplo, la ley aplicable al estatuto personal es localizada por un solo artículo, el 9.2 del C.C.. Esta norma no utiliza expresamente la categoría del estatuto personal, pero determina la ley reguladora de «capacidad, estado civil, derechos y deberes de familia, adopción, sucesión por causa de muerte» y, por tanto, de todos los institutos que el legislador español ha considerado como integrantes

Por otra parte, el estatuto personal general comprende categorías diversas, por lo que tiene una extensión distinta en los Estados del civil law, en aquellos con ordenamientos plurilegislativos de base religiosa o personal<sup>13</sup> y en aquellos del common law. Los Estados del civil law incluyen en el estatuto personal la capacidad general, los institutos de protección del incapaz, el nombre y algunas relaciones de familia (y, entre estas, el régimen patrimonial y personal entre los cónyuges), la adopción, las sucesiones y las donaciones<sup>14</sup>. Los Estados plurilegislativos de base confesional y, en particular, los Estado Islámicos y los del África negra incluyen en el estatuto personal todos los institutos que constituyen el estatuto personal en los Estados del civil law y, además, las capacidades especiales y la capacidad relativa al comercio internacional<sup>15</sup>. Finalmente, los Estados del common law tan sólo incluyen en el

del estatuto personal. Del mismo modo, los Países islámicos conciben generalmente el estatuto personal como una categoría unitaria de D.I.Pr.. Por ejemplo, el art.2 del decreto tunecino de 12 de julio de 1957 sobre el estado personal de los extranjeros «comprend les contestations relatives à l'état et à la capacité des personnes, au mariage, aux régimes matrimoniaux, aux droits et devoirs réciproques des époux, au divorce, à la répudiation, à la séparation, à la filiation, à la reconnaissance et au désaveu de paternité, aux relations entre ascendants et descendants, à l'obligation alimentaire entre parents et autres alliés, à la légitimation, à l'adoption, à la tutelle, à la curatelle, à l'interdiction, aux donations aux successions, au testament et autres dispositions à cause de mort, à l'absence et à la présomption de décès». Sobre esta norma vid. Carlier J.Y., cit., 136 y 175. Vid. también Anderson J.N.D., *The Tunisian Law of Personal Status*, in ICLQ 1958, 262-279; Hachem M.E.A., *Le code tunisien de droit international privé*, en RCDIP 1999, 227-244; Mezghani A., *Les innovations du code tunisien de droit international privé*, en *RabelsZ* 2001, 78-100. Vid. la ley egipcia n.1 de 29 de enero de 2000 «organisant certaines formes et procédures du contentieux relatif au statut personnel» en Egipto, en la que se establece que el estatuto personal comprende «non seulement l'état et la capacité des personnes ainsi que le droit de la famille (mariage, divorce, filiation), mais englobe également la tutelle, la curatelle, l'interdiction, l'émancipation, l'absence et la présomption de décès ainsi que les pensions alimentaires, les testaments, les successions et autres dispositions à cause de mort». Así Bernard-Maugiron N., *Quelques développements récents dans le droit du statut personnel en Égypte*, en RIDC 2004, 354-385, 356.

13 Vid. De Nova R., *Les systèmes juridiques complexes en droit international privé*, en Rodolfo De Nova. *Scritti di diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 1977, 293-310; Pocar F., *I principi generali del diritto internazionale privato italiano nella legge di riforma*, en *La riforma del sistema di diritto internazionale privato e processuale*, Giuffrè, Milano, 1996, 18; Ricci C., *Il richiamo di ordinamenti plurilegislativi nel diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 2004, 3.

14 Vid. las referencias en Borrás A. y Gonzáles Campos J.D., *La loi nationale à l'heure de la réforme du droit international privé espagnol*, en *Mélanges Paul Lagarde*, 143. Cfr. Batiffol H., *Une évolution possible de la conception du statut personnel dans l'Europe continentale*, en Henri Batiffol. *Choix d'Article rassemblés par ses amis*, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1976, 214; Gannagé P., *Observations*, en *Annuaire IDI* 1987, 62, I, 361-369, 363; Loussouarn Y., *La dualité des principes de nationalité et le domicile en droit international privé. Rapport définitif et projet de résolution*, ibidem, 312; Audit B., *Le droit international privé en quête d'universalité. Cours général*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2004, 115; Oyarzábal M.J.A., *Observaciones generales sobre el estatuto personal en Derecho Internacional Privado*, en *Rev der.* 2004, 166.

15 Sobre los Estados con ordenamiento plurilegislativo de base personal, sobre su concepción del estatuto personal y sobre los «conflitti di civiltà» que pueden surgir entre estos Países y los Estados laicos cfr. Milliot L., *Le statut personnel des musulmans algériens. Difficultés de son application sur le territoire français de la métropole*, en *Mélanges offerts à Jacques Maury*, I, Dalloz, Paris, 1960, 309-319; Anderson J.N.D., *A Law of Personal Status for Iraq*, en ICLQ 1960, 542-563; Szász I., *Le conflit de lois*

estatuto personal la capacidad jurídica y el nombre de la persona<sup>16</sup>. Así pues, los Estados del civil law y aquellos con ordenamientos plurilegislativos de base religiosa o personal conciben el estatuto personal como una categoría de D.I.Pr. de particular relevancia y, a su vez, como la categoría principal que refleja la pertenencia del interesado a un determinado grupo étnico o religioso; por el contrario, los Países del common law lo conciben como una categoría de relevancia muy reducida.

En este contexto, los trabajos del Institut de droit international han tratado de elaborar una categoría de estatuto personal general exhaustiva y unitaria. Entre los trabajos del Institut me parece que tienen especial relevancia los de la Comisión de estudio. Esta ha elaborado el proyecto de resolución después adoptado por la Resolución del Cairo de 19 de septiembre de 1987 relativa a la «dualité des principes de nationalité et de domicile en droit international

interpersonnel dans les pays en voie de développement, en 138 RC 1973-I, 81-201 ; Bourel P., Réalités et perspectives du droit international privé de l'Afrique noire francophone dans le domaine des conflits de lois, en JDI 1975, 17-44 ; Tarazi S.El Dine, La solution des problèmes de statut personnel dans le droit des pays arabes et africains, en 159 RC 1978-I, 345-463 ; Charfi M., L'influence de la religion dans le droit international privé des pays musulmans, en 203 RC 1987-III, 321-454 ; Gannagé P., La coexistence des droits confessionnels et des droits laïcisés dans les relations privées internationales, en 164 RC 1979-III, 339-423 ; Boulanger F., Essai comparatif sur la notion de statut personnel dans les relations internationales des pays d'Afrique noire, en RCDIP 1982, 647-668 ; Gannagé P., Droit intercommunautaire et droit international privé. A propos de l'évolution du droit libanais face aux droits proche-orientaux, en JDI 1983, 479-508 ; Id., Observations sur la codification du droit international privé dans les Etats de la Ligue arabe, in Le droit international à l'heure de sa codification: études en l'honneur de Roberto Ago, Giuffrè, Milano, 1987, 105-123 ; Mayer A.E., Law and Religion in the Muslim Middle East, in AJCL 1987, 127-184 ; Charfi M., L'influence de la religion dans le droit international privé des pays musulmans, en 203 RC 1987-III, 321-454 ; Déprez J., Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques. Les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel, en 211 RC 1988-IV, 9-372 ; Tier A.M., Conflict of Laws and Legal Pluralism in the Sudan, en ICLQ 1990, 611-640 ; Nasir J.J., The Islamic Law of Personal Status, Graham, London, 2 ed., 1990, pp.358 ; Boye A.E.K., Le statut personnel dans le droit international privé des pays africains au sud du Sahara. Conceptions et solutions des conflits de lois. Le poids de la tradition négro-africaine personnaliste, en 238 RC 1993-I, 247-419 ; Aluffi Beck-Peccoz R., Cittadinanza e appartenenza religiosa nel diritto internazionale privato. Il caso dei Paesi arabi, en Teoria politica 1993, 3, 97-110 ; Gannagé P., Les Sociétés multicommunautaires face à l'évolution du droit international privé de la famille, en Trav. comité fr. 1996-1997, 297-317 ; Laroche-Gisserot F., L'échec du mariage occidental en Afrique Francophone: l'exemple de la Côte D'Ivoire, en RDIDC 1999, 53-84 ; Cilaro A., Diritto di famiglia, en Cilaro A. (coordinado por), Il diritto islamico e il sistema giuridico italiano. Le bozze di intesa tra la Repubblica italiana e le associazioni islamiche italiane, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2002, 257-294, 261 ; Audit B., ult.cit., 111 ; Siehr K., Coordination of Legal Systems in Private International Law, en Essays in Memory of Peter E. Nygh, 325-337 ; Ricci C., Il richiamo cit., 55. En particular sobre la difícil relación entre los Estados con ordenamiento legislativo con base personal e Italia y sobre los intentos de alcazar acuerdos sobre esto cfr. entre otros: Campiglio C., La famiglia islamica nel diritto internazionale privato italiano, en RDIPP 1999, 21-42 ; Cilaro A. (coordinado por), Il diritto islamico cit., passim ; Ricci C., ult.cit., 65.

<sup>16</sup> Cfr. Graveson R., Status in the common law, Athlone Press, London, 1953, passim y la doctrina indicada en la 14.

privé»<sup>17</sup>. Sin embargo, la Comisión se ha percatado de que la categoría de D.I.Pr. del estatuto personal no puede ser definida de modo unitario e inequívoco por todos los Estados: se ha limitado a concluir que debe ser delimitada «par rapport à un certain nombre de règles de conflit précises plutôt qu'à des matières très étendues (dont les limites restantes d'ailleurs incertaines en dépit de toute tentative de les fixer sur la base d'une définition scientifique)»<sup>18</sup>.

Desde este punto de vista, considero que en Italia la categoría de D.I.Pr. del estatuto personal comprende, en líneas generales, «l'insieme delle questioni che si riconnettono alla capacità e allo stato della persona»<sup>19</sup>: salvo las áreas particulares de la capacidad sujetas a la *lex substantiae actus* (y bajo ciertas condiciones, el área regulada por la *lex loci ex arts. 23.2, 23.3 e 23.4* de la ley italiana de D.i.pr.)

## 2. LOS CRITERIOS DE CONEXIÓN ADOPTADOS POR LOS CONVENIOS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

En el proceso de localización de la ley reguladora de cada uno de los institutos que forman parte del estatuto personal y (por lo que aquí interesa) la capacidad (al menos general), los convenios internacionales y los Estados siguen habitualmente uno de los siguientes criterios: el de la nacionalidad, el del domicilio o el de la residencia habitual. La delimitación del tema de este estudio me exime de profundizar en la cuestión de las ventajas y las desventajas de cada uno de estos criterios de conexión<sup>20</sup>, y me lleva a examinar única-

17 Vid. la Resolución de 19 de septiembre de 1987, la dualité des principes de nationalité et de domicile en droit international privé, en *Annuaire IDI* 1987, vol. 62, tomo I, 294-381, tomo II, 127-178 e 290-295.

18 Así Capotorti F., *Observations cit.*, 357. Vid. en este sentido en *Annuaire IDI* 1987, 62, I, las observaciones de Batiffol H., 355; Carrillo-Salcedo J., 360; Gannagé P., 363; Graveson R., 371; Jayme E., 373; Philip A., 376; Loussouarn Y., 312-313. Contra Carlier J.-Y., *ult.cit.*, 391, que propone un convenio sobre la ley aplicable al estatuto personal, cuyo art.1 debe contener un elenco detallado de los institutos que integran el estatuto. En realidad, el mismo Carlier parece contradecirse cuando mantiene aconsejable definir el estatuto personal con un «critère [...] fonctionnel» efectuando un «glissement de l'objet» de la categoría al «résultat, des matières à la loi qui les régit ; du statut personnel à la loi personnelle», en cuanto «c'est en dernière analyse, celle-ci qui définit le statut personnel, non l'inverse». *Ivi*, 180.

19 Así Ballarino T., *Diritto cit.*, 21 y 315-318.

20 Sobre las ventajas e inconvenientes de los criterios de la nacionalidad, el domicilio y la residencia cfr. entre otros: De Magalhaes B., *La doctrine du domicile en droit international privé*, en 23 *RC* 1928, 5-144; Kollelijn R.D., *Degenerazione del principio di nazionalità nel diritto internazionale privato moderno*, Traduzione di De Nova R. di Kollelijn R.D., *Ontaarding van het nationaliteitsbeginsel in het moderne internationaal privaatrecht*, Kolff G. & Co., *Wetvreden*, 1929, en *ISPI, Quaderni di diritto internazionale*, III, *Antologia di diritto internazionale privato*, Giuffrè, Milano, 1964, 77-95, 79; De Winter L.I., *Le principe de nationalité s'effrite-t-il peu à peu*, en *De conflictu legum*, N.I.L.R., 1962, 514-528; *Id.*, *Nationality or Domicile? The present state of affairs*, en 128 *RC* 1969, III, 481-486; Nadelmann K.H.,



mente los aspectos que se refieren al problema específico de la capacidad de la persona física, que constituye el objeto de este estudio.

Un primer criterio, como decía, adoptado por los convenios internacionales es el de la nacionalidad. Tradicionalmente, ha sido utilizado en vía principal por los primeros convenios de La Haya, por ejemplo, el de 12 de junio de 1902 relativo a la tutela de menores y el de 17 de julio de 1905 sobre la interdicción y análogas medidas de protección<sup>21</sup>. Sin embargo, a partir del fin

Mancini's Nationality Rule and Non-Unified Legal Systems. Nationality versus Domicile, en *AJCL* 1969, 418-451; Bucher A., Staatsangehörigkeits - und wohnsitzprinzip. Eine rechtsvergleichende bersicht, en *SJZ/RSJ* 1972, 76; Mezquita del Cacho J.L., Conflictos de leyes en materia de capacidad y representación legal, en *Ilustres Colegios de Abogados y Notarial de Barcelona y Academia de jurisprudencia y legislación de Cataluña*, Ciclo de conferencias sobre el nuevo título preliminar del código civil, Pons, Barcelona, 1975, 210; Schockweiler F., Habitual Residence as a Connecting Factor in questions of Personal Status under Luxembourg Law, en *NILR* 1993, 115-128; Castangia I., Il criterio della cittadinanza nel diritto internazionale privato, *Jovene*, Napoli, 1983, 208-209; Déprez J., Droit international privé et conflits cit., 202; Collier J.C., *Conflict of laws*, 2 ed., Cambridge University Press, Cambridge, 1996, 60-61; Mosconi F., Qualche interrogativo in tema di uniformità delle soluzioni e di criterio di cittadinanza, en *RDIPP* 1999, 421-436; Id., A Few Questions on the Matter of International Uniformity of Solutions and Nationality as a Connecting Factor, en *Liber Amicorum Kurt Siehr*, 465-480; McClean D., *Morris: The conflict of laws*, 5 ed., London, Sweet and Maxwell, 2000, 22-23; Rogerson P., Habitual Residence: the new Domicile?, en *ICLQ* 2000, 86-107, 106; Bucher A., La famille en droit international privé, en *283 RC 2000-II*, 32; Calò E., L'implosione degli istituti di protezione degli incapaci, in *Corr. Giur.* 2002, 777-778; Gaudemet Tallon H., Nationalité, statut personnel et droits de l'homme, in *Festschrift für Eric Jayme*, I, Sellier. European Law Publisher, München, 2004, I, 206; Picchio Forlati M.L., Critères de rattachement et règles d'applicabilité, à l'heure de la protection des droits de l'homme, en *RDIPP* 2005, 915; Juenger F.K., The national law principle, en *Mélanges Fritz Sturm*, 1519; Oyarzábal M.J.A., Observaciones cit., 167. Vid. en *Annuaire IDI* 1987, 62, I, las observaciones de Batiffol H., 355-356; Capotorti F., 356-359; Carrillo-Salcedo J., 360-361; Gannagé P., 363; Graveson R., 370-373; Jayme E., 373-375; Philip A., 375-376; Vischer F., 377-380; Loussouarn Y., 295-354. Sobre el problema de la compatibilidad del criterio de la nacionalidad con el Derecho Comunitario vid. en particular el capítulo IV de la monografía. Vid. Drobnig U., Verstößt das Staatsangehörigkeitsprinzip gegen das Diskriminierungsverbot des EWG-Vertrages?, en *RabelZ* 1970, 636-662; Id., L'apport du droit communautaire au droit international privé, en *Cah.dr.eur.* 1970, 526-543; Ballarino T., La CEE e il diritto internazionale privato, en *Dir. com. sc. int.* 1982, 1-13; Jayme E., Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne, in *251 RC 1995-I*, 172; Juenger F.K., The national law principle, en *Mélanges Fritz Sturm*, 1536; Puljak M.P., Le droit international privé à l'épreuve du principe communautaire de non-discrimination en raison de la nationalité, Préface par Yves Lequette, Puam, Aix en Provence, 2003, passim; Kinsch M.P., Principe d'égalité et conflits de lois, en *Trav. Com. fr. dr. int. privé* 2002-2004, 125; Ballarino T. y Ubertazzi B., On Avello and other Judgments: a New Point of Departure in the Conflict of Laws, en *YPIL* 2004, 85-128; Bertoli P., Corte di giustizia, integrazione comunitaria e diritto internazionale privato e processuale, Giuffrè, Milano, 2005, 274; Borrás A. y Gonzáles Campos J.D., La loi nationale à l'heure de la réforme du droit international privé espagnol, en *Mélanges Paul Lagarde*, 141; Pustorino P., Observations sur les principes généraux opérant dans le droit international privé et procédural communautaire, en *RDUE* 2005, 120; Picchio Forlati M.L., Critères cit., 918; Davì A., Riflessioni cit., 313 y 318; Bogdan M., The Impact of the E.C. Treaty on the Surnames of Migrating European Citizens, en *Homenaje Julio D. González Campos*, 1286.1

21 Sobre los Convenios de la Haya de 1902 y de 1905 vid. en particular Kosters J. y Bellemans F., *Les Conventions de la Haye de 1902 et 1905 sur le droit international privé*, Harlem, La Haye, 1921. Sobre la relevancia de estos convenios en materia de capacidad cfr. Mosconi F., *La legge regolatrice della capacità delle persone fisiche: dalle proposte di Pasquale Stanislao Mancini alla prassi convenzionale*, en *Il diritto internazionale al tempo della sua codificazione*, en *Studi in onore di Roberto Ago*, IV, Giuffrè, Milano, 1987, 222. Estos Convenios «became the driving force behind Mancini's doctrine and [...] conso-

de la II Guerra Mundial, se han sucedido determinados acontecimientos que han provocado que, en algunos casos importantes, el criterio de la nacionalidad no sea capaz de identificar la ley reguladora del caso concreto. Entre otros motivos, porque ha aumentado el número de personas privadas de ciudadanía (apátridas, refugiados, exiliados privados de la ciudadanía anterior al exilio)<sup>22</sup>. Se han intensificado los flujos migratorios desde países que poseen un derecho material muy diferente al del civil law hacia países que poseen este derecho<sup>23</sup>. Desde hace algunos años, los Estados tienden a conservar la ciudadanía inicial de la mujer casada incluso después del matrimonio, y a transmitir la ciudadanía de la madre al hijo, lo que conduce a la existencia de ciudadanía diferentes en el seno de una misma familia<sup>24</sup>. También han aumentado los casos de doble nacionalidad, es decir, de personas que poseen más de una ciudadanía. Han aumentado las normas de aplicación necesaria del Estado del domicilio o de la residencia de la persona que prevalecen sobre las de su nacionalidad y, a su vez, la Corte Internacional de Justicia las ha legitimado a nivel internacional con la sentencia Boll<sup>25</sup>. Algunos pronunciamientos de jurisdicciones constitu-

lidedated the rule of the nationality principle between family law». Así De Winter L.I., *Nationality* cit., 377. Vid. Gutzwiller M., *Das Internationalprivatrecht der Haager Konferenzen: Vergangenheit und Zukunft*, en *SJZ/RSJ* 1945, 48-99, 97; Castangia I., *ult.cit.*, 184. Los Convenios de la Haya de 1902 y 1905 han sido sustituidos por los de la Haya de 5 de octubre de 1961, sobre la competencia de la autoridad y sobre la ley aplicable en materia de protección de menores, de 19 de octubre de 1996, sobre competencia, sobre la ley aplicable, sobre el reconocimiento, sobre la ejecución y sobre la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los menores y de 13 de enero de 200 sobre la protección de los adultos, sobre los cuales vid. la nota 5.

22 Vid. entre otros: Castangia I., *ult.cit.*, 35 nota 95.

23 Vid. Niboyet J.P., *Des modifications à apporter au statut des français en pays étrangers et des étrangers en France*, en *RCDIP* 1929, 205, que establece que «quelque triste que soit cette constatation, la France est devenue un grand pays d'immigration» y en consecuencia la ley del domicilio y no la de la ciudadanía debía regular la capacidad de los extranjeros en Francia, con excepción de la aplicación de la *lex patriae* a la capacidad matrimonial. Cfr. Castangia I., *cit.*, 27-31.

24 Cfr. entre otros: Castangia I., *cit.*, 48 ss.. Sobre el régimen precedente cfr. Makarov A.N., *La nationalité de la femme mariée*, en *60 RC* 1937, II, 118.

25 Vid. la sentencia de 28 de noviembre de 1958, en *RCDIP* 1958, 713, sobre la cual, entre otros: Batiffol H. y Francescakis Ph., *L'arrêt Boll de la Cour Internationale de Justice et sa contribution à la théorie du droit international privé*, en *RCDIP* 1959, 259-276; Mosconi F., *La tutela dei minori in diritto internazionale privato*, Giuffrè, Milano, 1964, 233; Id., *Norme di applicazione necessaria e norme di conflitto di origine convenzionale*, in *RDIPP* 1967, 730; Batiffol H., *Une évolution* cit., 217 y Ballarino T., *D.i.pr.*, 193. El caso se refería a una menor, Elisabeth Boll (de nacionalidad holandesa, hija de padre holandés y de madre sueca), residente desde su nacimiento en Suecia y afiliada a un instituto de tutela de la infancia según las normas suecas sobre el régimen de asistencia social. Por petición del padre, las autoridades holandesas constituyeron según la ley holandesa una tutela a favor del padre. El procedimiento holandés de constitución de la tutela no había sido reconocido en Suecia. Holanda solicita a la Corte Internacional de Justicia la indemnización por parte de Suecia de los daños causados por no haber aplicado la ley nacional (holandesa) de la menor en Suecia, aplicación que era, en cambio, impuesta por el Convenio de la Haya de 1902 a los Estados parte, entre los que se encontraba Suecia. La Corte calificó las disposiciones sobre el régimen de asistencia social como normas de aplicación necesaria y sostuvo, consecuentemente, que estas normas habían prevalecido legítimamente sobre la *lex patriae* holandesa, y rechazó la demanda de Holanda.

cionales nacionales, entre las cuales se encuentra la italiana<sup>26</sup>, han declarado que la utilización del criterio de la ciudadanía del marido o del padre por parte de algunas normas de D.I.Pr. es contraria al principio de no discriminación por razón de sexo y así, por ejemplo, al art.3 de la Constitución italiana. Algunos de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas han declarado que la utilización del criterio de la ciudadanía por parte de algunas normas de D.I.Pr. de los Estados miembro es contrario al principio del art.12 TCE, el cual prohíbe cualquier discriminación por razón de nacionalidad<sup>27</sup>. Del mismo modo, veremos en breve que la aplicación del

26 Sobre este pronunciamiento vid. entre otros: Carbone S.M., Sul controllo di costituzionalità della norma straniera richiamata, en RDIPP 1965, 685; Jayme E., La costituzione tedesca e il diritto internazionale privato, in RDIPP 1972, 76; Ballarino T., Costituzione e diritto internazionale privato, en DI 1970, 41; Id., Costituzione e diritto internazionale privato, Cedam, Padova, 1974, passim; Giardina A., L'uguaglianza dei coniugi in diritto internazionale privato, en RDIPP 1974, 25; Ubertazzi G.M., Règles de non-discrimination et droit international privé, in 157 RC 1977-IV, 367; Gamillscheg F., Ordine pubblico e diritti fondamentali, en Le droit international à l'heure de sa codification: études en l'honneur de Roberto Ago, Giuffrè, Milano, 1987, 89; Pisillo Mazzeschi R., La sentenza 71/1987, della Corte Costituzionale, il ruolo dell'ordine pubblico e l'attuale regime di conflitto del divorzio, en Barel B. y Costantino B. (coordinado por), Norme di conflitto italiane e controllo di costituzionalità, Cedam, Padova, 1990, 25.

27 Vid. las sentencias Walt Wilhelm (TJCE, 13 febrero 1969, 14/68, Walt Wilhelm, en Colección, I. Sobre esta sentencia cfr. Lauwaars R.H. nota a Walt Wilhelm, en C.M.L. Rev. 1969, 488-490; Catalano N., Competenze comunitarie e competenze degli Stati membri in materia di regole di concorrenza, Nota a Walt Wilhelm, en Foro it. 1969, IV, 85-89; Jeantet F.-C., JDI 1970, 447-455; Walz R., Rethinking Walt Wilhelm, or the Supremacy of Community Competition Law over National Law, en ELR 1996, 449-464), Micheletti (TJCE, 7 julio 1992, C-369/90, Micheletti, en Colección, I-4239. Sobre esta sentencia cfr. Ruzié' D., Nationalité, effectivité et droit communautaire, en Revue générale de droit internationale public 1993, 107-120. Sobre el caso Micheletti vid. las notas de Borràs Rodríguez A., en RJC 1993, 584-587; Jessurun d'Oliveira H.U., en C.M.L. Rev. 1993, 623-637; Boutard Labarde M.C., en JDI 1993, 430-431; Bouza I Vidal N., El ámbito personal de aplicación del Derecho de establecimiento en los supuestos de doble nacionalidad. Comentario a la Sentencia del TJCE de 7 de julio de 1992 en el caso Micheletti c. Delegación del Gobierno de Cantabria /As. C 369/90), en Rev. Instituciones Eur. 1993, 563-581; Iglesias Buhigues J. L., Doble nacionalidad y Derecho comunitario, en Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al profesor don Manuel Díez de Velasco, Tecnos, Madrid, 1993, 953-967), Hubbard (TJCE, 1 julio 1993, C-20/92, Hubbard, en Colección, I-3777. Sobre esta sentencia cfr. Aguilar Benítez De Lugo, La cautio iudicatum solvi a la luz de la sentencia del Tribunal de Justicia de las comunidades europeas de 1 de julio de 1993 en el caso «Hubbard/Hamburger», en BIMJ 1993, 5310-5322; Droz G., en RCDIP 1994, 637-643; Borràs Rodríguez A., Nota a Hubbard, en RJC 1994, 541-545; Boutard-Labarde M.C., en JDI 1994, 500; GonzÁles Campos J.D., La Cour de justice des Communautés européennes et le non-droit international privé, en Festschrift für Eric Jayme, I, 2004, 270), Phill Collins (TJCE, 20 octubre 1993, causas reunidas C-92/92 y C-326/92, Phill Collins, en Colección, I-5145. Sobre esta sentencia cfr. Rossi L.S., Principio di non discriminazione e diritti connessi al diritto d'autore, Nota a Phil Collins, en Foro it. 1994, IV, 316-320; Fabiani M., Divieto di discriminazioni in ambito CEE e protezione degli artisti esecutori comunitari contro i Bootlegs, Nota a Phil Collins, en Il dir. d'autore 1994, 284-288; Dworkin G. y Sterling J.A.L., Phil Collins and the Term Directive, en EIPR 1994, 187-190; Boutard-Labarde M.C., en JDI 1994, 501; Smith L.J., Rules of reciprocity and non-discrimination: national and international copyright in a European framework, Nota a Phil Collins, en ELR 1994, 405-412; Walter M., Il divieto di discriminazione nell'accordo sullo spazio economico europeo ed i suoi riflessi sulla tutela del diritto d'autore e dei diritti connessi (con particolare riferimento al diritto austriaco ed ai rapporti tra Austria e Italia), en AIDA 1994, 143-160; VerLoren van Themaat W. y Wefers Bettink W., Another Side of the Story. Why the Phil Collins Judgment does not Necessarily Mean the End of the Reciprocity Principle?, en EIPR 1995, 307-

criterio de la nacionalidad a la capacidad negocial relativa al comercio internacional es incompatible también con la disciplina de la OMC<sup>28</sup>. Algunos de los factores ahora mencionados han inducido a los convenios internacionales<sup>29</sup> a abandonar completamente la utilización del criterio de la nacionalidad en vía principal, para utilizarlo solamente en vía subsidiaria, y a adoptar el criterio de la residencia habitual o del domicilio o el así dicho de la voluntad en vía principal (a la mayor parte de las relaciones relativas al estatuto personal, entre las cuales en particular también) a algunas capacidades especiales<sup>30</sup>.

310; Flynn L., Nota a Phil Collins, en C.M.L. Rev. 1995, 997-1011), Mund & Fester (TJCE, 10 febrero 1994, C-398/92, Mund & Fester, en Colección, I-467. Sobre esta sentencia cfr. Bischoff J.-M., JDI 1994, 535-539; Gaudemet-Tallon H., en RCDIP 1994, 392-397; Garcimartín Alférez F.J. y Heredia Cervantes I., El artículo 6 del TCE y el Derecho procesal civil: a propósito de la sentencia TJCE de 10 de febrero de 1994, en D-23 GJ 1995, 39-79; Pietrobon A., en Foro it. 1995, IV, 239-241), Boukhalfa (TJCE, 30 abril 1996, C-214/94, Ingrid Boukhalfa v Bundesrepublik Deutschland, en Colección 1996, I-2253, sobre la cual cfr. Gardeñez Santiago M., La imperatividad internacional del principio comunitario de no discriminación por razón de la nacionalidad. Reflexiones en torno a la Sentencia del TJCE Boukhalfa de 30 de abril de 1996, desde la óptica del Derecho internacional privado, en RIE 1996, 863-877; Lhoest O., en C.M.L. Rev. 1998, 247-267; Gonzáles Campos J.D., La Cour cit., 274) y Avello (TJCE, 2 octubre 2003, C-148/02, Carlos Garcia Avello, en Colección, I-11613. Sobre el caso Avello cfr. Quiñones Escámez A., Derecho comunitario, derechos fundamentales y denegación del cambio de sexo y apellido: un orden público europeo armonizador? (a propósito de las SSTJCE, asuntos K.B. y Garcia Avello), en Revista de derecho comunitario Europeo 2004, 507-529; Lagarde P., en Rev.crit.dr.int.pr. 2004, 192-202; Iliopoulou A., What's in a name? Citoyenneté, égalité et droit au nom. A propos de l'arrêt Garcia Avello, en Rev. trim. dr. eur. 2004, 565-579; Lara Aguado A., Libertades comunitarias, doble nacionalidad y régimen de los apellidos, en La ley 2004, n. 6107,1-12; Reig Fabado I., en Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil 2004, 463-475; Ballarino T. y Ubertazzi B., cit., 89; Tonolo S., La legge applicabile al diritto al nome dei bipoliti nell'ordinamento comunitario, en RDIPP 2004, 957-977; Bogdan M., The Impact of the E.C. Treaty on the Surnames of Migrating European Citizens, en Homenaje Julio D. González Campos, 1277-1286; Baratta R., Verso la «comunitarizzazione dei principi fondamentali del diritto di famiglia, in RDIPP 2005, 587). Sobre la relevancia de estas sentencias para resolver el problema de la compatibilidad del criterio de la nacionalidad con el Derecho Comunitario cfr. el capítulo IV de la monografía.

28 Por razones de espacio no puedo demostrar que en Italia existe actualmente una categoría de D.I.Pr. relativa a la capacidad negocial que se refiere al comercio internacional y que se encuentra sometida a la *lex substantiae actus*. Para esta demostración reenvío al capítulo IV de la monografía.

29 Vid. los convenios OEA y de la Haya que examinaremos a continuación en este mismo punto.

30 Sobre la relevancia de la libre elección de la ley en materia de estatuto personal y, por tanto, de capacidad, cfr. en *Annuaire IDI* 1987, 62, I, las observaciones de Loussouarn Y., 341; Gannagé P., 360; Jayme E., *Considérations préliminaires pour la délimitation de l'objet des travaux*, in *Annuaire IDI* 1992, vol. 64, tomo I, 63. Cfr. Carlier J.-Y., *Autonomie cit., passim*; Gannagé P., *La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille*, en 81 RCDIP 1992, 425-454; Aluffi Beck-Peccoz R., *Cittadinanza cit.*, 109; Viarengo I., *Autonomia della volontà e rapporti patrimoniali tra coniugi*, Cedam, Padova, 1996; Droz G., *L'activité notariale internationale*, en 280 RC 1999, 96; Carella G., *Autonomia cit.*, 143-144; Bucher A., *La famille cit.*, 72; Jayme E., *Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation*, en 282 RC 2000, 31; De Cesari P., *ult. cit.*, 37 ss.; Quiñones Escámez A., *Derecho cit.*, 507-529; Lagarde P., *nota a Avello cit.*, 192-202; Iliopoulou A., *What's in a name cit.*, 565-579; Lara Aguado A., *Libertades cit.*, 1-12; Lagarde P., *Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures*, en: *RabelsZ* 2004, 236-238; Ballarino T. y Ubertazzi B., *cit.*, 99 nota 49. Sobre la relevancia del criterio de conexión de la libre elección de las partes en general cfr. Curti Gialdino A., *Il valore della volontà delle parti nel diritto internazionale privato*, Giuffrè, Milano, 1964, 453-456; von Giuliano M., *La loi d'autonomie: le principe et sa justification théorique*, en RDIPP 1979, 217; Stojanovic S., *Die Parteiautonomie und der Internationale*

Un segundo criterio de conexión adoptado por los convenios internacionales para regular el estatuto personal es el del domicilio. En particular, este es utilizado en vía principal por las convenciones de la Organización de Estados Americanos (OEA)<sup>31</sup>. Además, la OEA ha elaborado una convención que define el criterio de conexión del domicilio: la Convención de Montevideo de 8 de mayo de 1979 sobre el domicilio de la persona física<sup>32</sup>. De hecho, el art.1 de esta Convención establece que «la presente Convención regula las normas uniformes que rigen el domicilio de las personas físicas en el Derecho Internacional». El art.2 de la misma dispone que «el domicilio de una persona física será determinado, en su orden, por las siguientes: / 1.El lugar de residencia habitual; / 2. El lugar del centro principal de sus negocios; / 3. En ausencia de estas circunstancias, se reputará como domicilio el lugar de la simple residencia; / 4. En su defecto, o si no hay simple residencia, el lugar donde se encontrare». El art.3 de la Convención de Montevideo de 8 de mayo de 1979 sanciona a continuación que «el domicilio de las personas incapaces será el

Entscheidungseinklang unter Besonderer Berücksichtigung des internationalen Ehregüterrechts, Schultess, Zurich, 1983, 31; Sturm F., Parteiautonomie als bestimmender Faktor im internationalen Familien und Erbrecht, en Rechts und Rechtserkenntnis. Festschrift für Ernst Wolf, casa ed. Köln, Berlin, Bonn, Munchen, 1985, 637; Davì A., Le questioni generali del diritto internazionale privato nel progetto di riforma (1990) cit., 563-564; Forlati Picchio M.L., Contratto nel diritto internazionale privato cit., 202; Ballarino T., Codification du droit international privé italien, en Travaux du Comité français de droit international privé, 1990-1991, 103; Hay P., Flexibility versus Predictability and Uniformity in Choice of Law. Reflections on Current European and United States Conflicts Law, en 226 RC 1991-I, 281-412; Boschiero N., Norme di diritto internazionale privato facoltative?, en RDIPP 1993, 541; De Boer T., Facoltative Choice of Law – The Procedural Status of Choice of Law Rules and Foreign Law, en RC 1996, I, 225; von Overbeck A., L'irrésistible extension de l'autonomie en droit international privé, en Nouveaux itinéraires en droit: Hommage à François Rigaux, Bruylant, Bruxelles, 1993, 619-636; Bureau D., L'influence de la volonté individuelle sur les conflit de lois, en L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré, Dalloz, Paris, 1999, 285; Hartenstein H., Die Privatautonomie im Internationalen Privatrecht als Störung des europäischen Entscheidungseinklangs. Neueste Entwicklungen in Frankreich, Deutschland und Italien, Mohr Siebeck, 2000. Vid. la Resolución del Institut de droit international de 31 de agosto de 1991 de Basilea sobre l'autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personnes privées», en Annuaire IDI 1992, vol. 64, tomo I, 14-79, y tomo II, 127-213, 382-387.

31 Sobre la armonización del D.I.Pr. perseguida en América en sede de la OEA cfr. entre otros: Vallad o H., Le droit international privé des Etats Américains, en 81 RC 1952, II, 5-115; Viera M.A., Le droit international privé dans le développement de l'intégration latino-américaine, en 130 RC 1970, II, 351-454; Brigeño Berrú J.E., Los tratados latinoamericanos de derecho internacional civil y procesual civil. Su valor y vigencia actuales, en RDIPP 1980, 535-553; Parra-Aranguren G., Codificación de Derecho Internacional Privado en América, Caracas, 1982; Samtleben J., Derecho internacional privado en América latina. Teoría y práctica del código Bustamante, Depalma, Buenos Aires, 1983, pp.399; Villela A.M., L'unification du droit international privé en Amérique latine, en RCDIP 1984, 233-265; Fernández Arroyo D.P. y Kleinheisterkamp J., The VIth inter-american Specialized Conference on Private International Law (CIDIP VI) : a New Step towards Inter-american Integration, en YPIL 2002, 237-255; Parra-Aranguren G., The sixth inter-American specialized conference on private international law (CIDIP-VI, Washington D.C., 4-8 February 2002), en Festschrift für Eric Jayme, I, 2004, 661-674.

32 Sobre la noción de domicilio en los convenios internacionales en general cfr. Pocar F., Observations sur la notion de domicile dans les conventions internationales, en Annuaire de l'A.A.A. 1965, 177-194.

de sus representantes legales, excepto en el *cave de abandono* de aquellos por dichos representantes, caso en el cual seguirá rigiendo el domicilio anterior». Y, finalmente, el art. 4 de la misma Convención prevé que «el domicilio de los cónyuges será aquel en el cual estos vivan de consuno, sin perjuicio del derecho de cada cónyuge de fijar su domicilio en la forma prevista en el artículo 2». Sin embargo, también las convenciones que utilizan el criterio del domicilio introducen algunas matizaciones (entre otras) en materia de capacidad: y, en particular, adoptan el criterio subsidiario de la residencia. Así, por ejemplo, el art.6 de la Convención de Montevideo de 15 de julio de 1989 sobre Obligaciones Alimentarias, dispone que «las obligaciones alimentarias, así como las calidades de acreedor y deudor de alimentos, se regularan por aquel de los siguientes ordenes jurídicos que, a juicio de la autoridad competente, resultare mas favorable al interés del acreedor: / a) El ordenamiento jurídico del Estado del domicilio o de la residencia habitual del acreedor/ b) El ordenamiento jurídico del Estado del domicilio o de la residencia habitual del deudor». En todo caso, hasta el momento, las convenciones de la OEA no han recogido el criterio de la voluntad en materia de estatuto personal y no han todavía excluido la capacidad especial del estatuto personal.

Un tercer criterio de conexión adoptado por los convenios internacionales para regular el estatuto personal es el de la residencia habitual. Especialmente, este es utilizado en vía principal por los Convenios de La Haya de la segunda posguerra relativos a cada uno de los institutos del estatuto personal: en particular, por el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre la competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores; de 2 de octubre de 1973 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias<sup>33</sup>; de 14 de marzo de 1978 sobre la ley aplicable a los regimenes matrimoniales; de 1 de agosto de 1989 sobre ley aplicable a la sucesión por causa de muerte; de 19 de octubre de 1996 sobre competencia de las autoridades, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección del menor<sup>34</sup>; y del 13 de enero de 2000

33 Vid. el texto del Convenio y el estado de las ratificaciones en [www.hcch.net](http://www.hcch.net). Sobre el Convenio vid. entre otros: Batiffol H., La douzième session de la conférence de la Haye de droit international privé, en RCDIP 1973, 243-273; Von Overbeck A., Les nouvelles conventions de la Haye sur les obligations alimentaires, en SJIR 1973, 135-170; Biscaretti di Ruffia C., Commento alle convenzioni in materia di diritto alimentare, en NLCC 1983, 83-99; Id., Le obbligazioni alimentari nel diritto internazionale privato convenzionale, Cedam, Padova, 1989, passim; Ancel B., L'internalisation de l'obligation alimentaire envers les enfants par le droit conventionnel de la reconnaissance des décisions, en Mélanges Fritz Sturm, 1337-1353; Duncan W., The Hague Conference on Private International Law and its Current Programme of Work Concerning the International Protection of Children and other Aspects of Family Law, en YPIL 2000, 41-54.

34 Considera «eccessiva» la utilización del criterio de conexión de la residencia habitual por parte de este Convenio Boulanger F., De la convention cit., 1408.

sobre la protección internacional de los adultos. Sin embargo, la Conferencia de la Haya no ha definido nunca el criterio de conexión de la residencia habitual, a diferencia de lo que ha hecho la OEA con el domicilio. Asimismo, los convenios de La Haya que utilizan el criterio de la residencia habitual introducen algunas matizaciones en materia de capacidad. En primer lugar, estos Convenios excluyen la capacidad especial del estatuto personal y la someten a la *lex substantiae actus*: así, según el art.8.2 letra a) del Convenio de La Haya de 1 de julio de 1985 sobre la ley aplicable al trust y a su reconocimiento<sup>35</sup>, la ley que regula el trust «régit l'aptitude particulière à exercer les attributions d'un trustee». Y según el art.7.2 del Convenio de La Haya de 1 de agosto de 1989 sobre la ley aplicable a la sucesión por causa de muerte, la *lex successionis* «régit: [...] b) l'exhérédation et l'indignité successorale». En segundo lugar, los convenios aquí considerados utilizan la *lex patriae* en vía subsidiaria respecto a la ley de residencia habitual de la persona: así, por ejemplo, según el art.3 del Convenio de La Haya de 1 de agosto de 1989 sobre la ley aplicable a la sucesión por causa de muerte, «la succession est régie par la loi de l'Etat dans la quel le défunt avait sa résidence habituelle au moment de son décès, lorsque le défunt possédait alors la nationalité de cet Etat. / 2. La succession est également régie par la loi de l'Etat dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle au moment de son décès, s'il avait résidé dans cet état pendant une période d'au moins cinq ans précédant immédiatement son décès. Cependant, dans des circonstances exceptionnelles, si le défunt avait, au moment de son décès, des liens manifestement plus étroits avec l'Etat dont il possédait alors la

35 El Convenio ha sido ratificado por Italia con ley de 9 de octubre de 1989, n.364, en GU 8 noviembre 1989, supl. ord., 261. Vid. el texto del Convenio en RDIPP 1985, 194 y el estado actualizado de las ratificaciones en [www.hcch.net/f/conventions/menu.html](http://www.hcch.net/f/conventions/menu.html). Sobre este Convenio vid. entre otros: Beraudo J. - P., La convention de La Haye du 1er juillet relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, en *Trav. Com. fr. dr. int. privé* 1985-1986, 21; Dyer A., Introductory Note on the Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition, en *Uniform Law Rev.* 1985, 274; Kötz H., Die Haager Konferenz und das Kollisionsrecht der trust, en *RabelsZ* 1986, 562; Hayton D., The Hague Convention on the Law Applicable to trusts and on their Recognition, en *ICLQ* 1987, 260; Jauffret Spinosi C., La convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (1er juillet 1985), en *Clunet* 1987, 23; Lupoi M., Il trust nell'ordinamento giuridico italiano dopo la convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985, en *Vita not.* 1992, 964; Fumagalli L., La convenzione dell'Aja sul «trust» e il diritto internazionale privato italiano, en *Dir.comm.int.* 1993, 533-568; Gambaro A., Giardina A. y Ponzanelli G. (coordinado por), Convenzione relativa alla legge sui trusts ed al loro riconoscimento, en *NLCC* 1993, 1211-1349; Paton A.G. y Grosso R., The Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition: Implementation in Italy, en *Riv.not.* 1995, 561; Luzzatto R., «Legge applicabile» e «riconoscimento» di trust secondo la convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985, en *RDIPP* 1999, 5-20; Carbone S.M., Autonomia privata, scelta della legge regolatrice del trust e riconoscimento dei suoi effetti nella convenzione dell'Aja del 1985, en *RDIPP* 1999, 773-788; Contaldi G., Il trust nel diritto internazionale privato italiano, Giuffrè, Milano, 2005, *passim*; Carbone S.M., Trust interno e legge straniera, en *Dogliotti M. y Braun A.* (coordinado por), *Il trust nel diritto delle persone e della famiglia*, Giuffrè, Milano, 2003, 25; Ubertazzi B., *El trust en el Derecho internacional privado italiano y español*, de próxima publicación en *AEDipr*, Madrid, 2005.

nationalité, la loi de cet Etat es applicable. / 3. ans les autres cas, la succession est régit par la loi de l'Etat dont le défunt possédait la nationalité au moment de son décès». En tercer lugar, los Convenios aquí considerados utilizan el criterio de la voluntad, es decir, consienten a los interesados escoger la ley aplicable (a la mayor parte de las mismas relaciones relativas al estatuto personal, entre las cuales en particular también) a algunas de las capacidades especiales: y así, por ejemplo, el art.8.2 letra a) del Convenio de La Haya de 1 de julio de 1985 sobre la ley aplicable al trust y a su reconocimiento, establece que la ley que regula el trust regula también «l'aptitude particulière à exercer les attributions d'un trustee»; la ley aplicable al trust puede ser designada por el settlor ex art.6 del Convenio; por lo tanto, la ley así designada constituye la *lex substantiae actus*; y esta ley regula también la capacidad especial para ser trustee ex art.8.2 del mismo Convenio. Asimismo, por ejemplo, el art.5.1 del Convenio de La Haya de 1 de agosto de 1989 sobre la ley aplicable a la sucesión por causa de muerte prevé que «une personne peut désigner la loi d'un Etat déterminé pour régir l'ensemble de sa succession. La désignation ne prend effet que si cette personne, au moment de la désignation possédait la nationalité de cet Etat ou y avait sa résidence habituelle»; la ley así designada constituye, por lo tanto, la *lex successioinis*; y es también esta ley la que regula la capacidad especial de recibir por testamento ex art.7.2 del mismo Convenio.

Por su parte, el Derecho Comunitario no ha introducido hasta el momento ninguna regla expresa de D.I.Pr. sobre la ley reguladora del estatuto personal y de la relativa capacidad. Tampoco los trabajos preparatorios del reglamento relativo al tema del estatuto personal han propuesto los criterios de conexión aplicables en la materia. Sin embargo, estos mismos trabajos parecen ser favorables al uso combinado del criterio de la nacionalidad, del domicilio, de la residencia y de la elección de la ley.

### 3. LOS CRITERIOS ADOPTADOS POR LOS SISTEMAS DEL CIVIL LAW, POR LOS DEL COMMON LAW Y POR LOS ESTADOS PLURILEGISLATIVOS

En el proceso de regulación del estatuto personal y (por lo que aquí interesa) la capacidad (al menos general), también los distintos Estados siguen habitualmente uno de los siguientes criterios: el de la nacionalidad, el de pertenencia a una comunidad religiosa, el del domicilio o el de la residencia habitual.

Un primer criterio, como decía, es el de la nacionalidad. Tradicionalmente, este criterio ha sido utilizado en especial por los Estados del civil law, entre



ellos España, Portugal, Bélgica, y Francia<sup>36</sup>. Ya se ha dicho que, después de la II Guerra Mundial se han sucedido determinados acontecimientos que han provocado que, en algunos casos importantes, el criterio de la nacionalidad no sea capaz de identificar la ley reguladora del caso concreto. En consecuencia, algunos Estados del civil law han abandonado el criterio de la nacionalidad<sup>37</sup>. De todos modos, los Estados del civil law que continúan utilizando este criterio han introducido algunas matizaciones (entre otras) en materia de capacidad. En primer lugar, algunos Estados del civil law, entre ellos Italia, han introducido la técnica del así dicho reenvío de D.I.Pr.: y así, por ejemplo, en Francia la capacidad de un inglés domiciliado en Suiza se encuentra regulada por el derecho suizo en virtud del reenvío que el ordenamiento inglés efectúa al suizo y que este último acepta. En segundo lugar, alguno de los Estados del civil law ha excluido las capacidades especiales del estatuto personal y, por lo tanto, del ámbito de aplicación de la *lex patriae* y lo ha sometido a la *lex substantiae actus*. Y así, por ejemplo, en Bélgica el art.34.2 del Código de D.I.Pr. de 16 de julio de 2004 establece que «les incapacités propres à un rapport juridique sont régies par le droit applicable à ce rapport»<sup>38</sup>. En tercer lugar, alguno de los Estados del civil law han establecido la *lex domicilii* o la ley del Estado de residencia como subsidiaria de la *lex patriae*. Y así, por ejemplo, en España el art.9.10 del C.C. español establece que en caso de apatridia se aplica la ley de la residencia habitual del interesado<sup>39</sup>. En cuarto lugar, alguno de los Estados del civil law han adoptado el así dicho criterio de la voluntad, es decir, han consentido a los interesados escoger la ley aplicable (a la mayor parte de las propias relaciones relativas al estatuto personal, entre las cuales en particular también) a algunas de las capacidades especiales. Y así, por ejemplo, en España el art. 9.2 del C.C. establece que los efectos del matrimonio están regulados por la ley de la residencia habitual de los esposos cuando estos no posean la misma nacionalidad.

Un segundo criterio de conexión adoptado por los Estados para regular el estatuto personal es el de la pertenencia a una determinada comunidad religiosa. Este es utilizado por los Estados plurilegislativos de base personal, como

36 Vid. las referencias en Borrás A. y González Campos J.D., cit., 143; Fallon M., *Le droit international privé belge dans les traces de la loi italienne dix ans après*, en RDIPP 2005, 321 ; Carlier J-Y., *Le code belge de droit international privé*, en RCDIP 2005, 30.

37 Vid. por ejemplo, los Países de Sudamérica, sobre los cuales cfr. entre otros: Calò E., *Diritto internazionale privato. Regimi patrimoniali della famiglia*, I America latina, Giuffrè, Milano, 2002, passim; Oyarzábal M.J.A., *Observaciones cit.*, 167.

38 Vid. el código en RDIPP 2005, 231. Sobre la norma en cuestión cfr. Fallon M., *Le droit cit.*, 321. Análogamente, en Francia la doctrina y la jurisprudencia someten las capacidades especiales a la *lex substantiae actus*. Cfr. Audit B., *Droit international privé*, Economica, Paris, 4 ed., 2006, 486.

39 Según este artículo «se considerará como ley personal de los que carecieren de nacionalidad o la tuvieren indeterminada, la ley del lugar de su residencia habitual».

los del África negra, los países musulmanes y la India. Este criterio atribuye relevancia no a la relación existente entre la persona y el Estado, sino a aquella que se da entre la persona y la comunidad religiosa a la que pertenece: y así, por ejemplo, en el islámico la comunidad islámica (o Umma). En realidad, en estos países, la ciudadanía desempeña también un papel esencial. En primer lugar, el criterio de la ciudadanía permite identificar a los musulmanes dentro de los países islámicos, porque los Estados islámicos presumen *iuris tantum* que son tales los ciudadanos de un Estado islámico o los hijos de un ciudadano musulmán<sup>40</sup>. En segundo lugar, el criterio de la ciudadanía permite identificar el Estado cuyo derecho islámico se aplica al estatuto personal del individuo, lo cual es particularmente necesario porque no existe un único Derecho igual para todos los Estados miembros de la Umma, sino que cada País islámico dispone de un propio Derecho codificado en materia de estatuto personal<sup>41</sup>. En tercer lugar, el criterio de la ciudadanía permite determinar la ley aplicable a las relaciones de estatuto personal de los extranjeros no musulmanes, porque el Derecho islámico es aplicado solamente a los musulmanes<sup>42</sup>. En síntesis, el criterio de la «cittadinanza penetra ed è accolto nel mondo arabo sulla scia dell'idea di Stato»<sup>43</sup>. Los Países con ordenamientos plurilegislativos de base confesional aquí considerados no han todavía introducido matizaciones análogas a aquellas utilizadas por los Países del civil law para el criterio de la ciudadanía<sup>44</sup>. Sin embargo, han matizado el criterio de la pertenencia a una comunidad religiosa adoptando el criterio de la voluntad, aunque conciben este criterio de modo parcialmente diverso a los Estados del civil law. Los primeros lo entienden como un método de conflicto que consiente al particular escoger la comunidad de la que se siente originario, mientras que los segundos lo entienden como un método de conflicto que consiente a la persona seleccionar la ley mas idónea para regular el instituto en cuestión en el caso concreto<sup>45</sup>.

Un tercer criterio de conexión adoptado por los Estados para regular el estatuto personal es el del domicilio. El criterio domiciliario es utilizado especialmente por los Países del common law<sup>46</sup>. En realidad, los Estados de com-

40 Cfr. Aluffi Beck-Peccoz R., *Cittadinanza cit.*, 102; De Angelo C., *Il concetto di higrá nel diritto islamico*, en Cilardo A. (coordinado por), *Il diritto islamico cit.*, 111.

41 Cfr. Aluffi Beck-Peccoz R., *Cittadinanza cit.*, 104; De Angelo C., *cit.*, 113; Mezghani A., *Le juge cit.*, 728-729.

42 Cfr. Mezghani A., *Le juge cit.*, 726; Cilardo A., *Diritto di famiglia cit.*, 267.

43 Así Aluffi Beck-Peccoz R., *Cittadinanza cit.*, 97. V. anche Mezghani A., *Le juge cit.*, 733.

44 Cfr. Gannagé L., *La hiérarchie cit.*, 166-174.

45 Cfr. Audit B., *Droit international privé cit.*, 131.

46 El criterio del domicilio se utiliza como criterio de conexión para el estatuto personal también en los Países de América Latina y en Suiza, aunque en el pasado estos Países utilizaban el criterio de la nacionalidad. Sobre el uso del criterio del domicilio en materia de estatuto personal en los Países de América Latina vid. La nota 37. Sobre su uso en Suiza cfr. entre otros: Bucher A., *Staatsangehörigkeits cit.*,

mon law conciben el domicilio de un modo particular<sup>47</sup>. De hecho, en estos Estados, una persona de cualquier nacionalidad recibe en el momento de su nacimiento un domicile of origin que subsiste en relación a un law district y no a un Estado, por ejemplo, un domicilio de origen referido a Inglaterra y no al Reino Unido. Este domicilio de origen será el del padre al momento del nacimiento del hijo o el de la madre cuando el hijo no sea reconocido por el padre o este haya premuerto. Por otro lado, la persona puede cambiar de domicilio y adquirir un domicile of choice en el law district donde reside y donde tiene la intención de establecerse permanentemente. El domicilio de origen revive después de que el domicile of choice es abandonado sin que sea fijado uno nuevo. Finalmente, la mujer casada adquiere el domicilio del marido y, por lo tanto, posee un domicile of dependency. Igualmente, los incapaces poseen un domicile of dependency, coincidente con el domicilio de su representante legal. Según algunos, el concepto de domicilio de los Estados de common law se aproxima más al «continental» de ciudadanía que al de domicilio<sup>48</sup>. En realidad, la asimilación del domicilio de los Países de common law a la ciudadanía de los del civil law constituye un «common misunderstanding»<sup>49</sup>: (i) porque «nationality is a matter of public law whereas domicile is one of private law, essentially subject to the will of the person concerned, as is most if not all of the subject-matter of personal law»<sup>50</sup>; (ii) porque «il domicilio è risultato dell'applicazione di norme giuridiche che possono essere accertate anche dal giudice di un diverso Paese —il quale probabilmente stabilirà l'esistenza del domicilio in base ai propri criteri, e quindi con un metodo non dissimile da quello delle norme di conflitto 'bilaterali', salvo che la conseguenza non sarà l'applicazione di una legge straniera ma l'esistenza del collegamento richiesto per la cittadinanza bisogna rimettersi a quanto stabilisce l'ordinamento che la conferisce senza indagare sulle norme da esso seguite. Quindi è come se si avesse il funzionamento di tante norme unilaterali davanti alle quali l'ordinamento del foro si ritrae in posizione di rispetto»<sup>51</sup>; y, finalmente (iii)

76; Schawander I., *Persone e matrimonio*, en Broggin G. (coordinado por), *Il nuovo diritto internazionale privato in Svizzera*, Giuffrè, Milano, 1990, 37-56; Bucher A. y Bonomi A., *Droit international privé*, Helbing & Lichtenhahn, Basilea-Genève-Munich, 2001, 160.

47 Cfr. entre otros: Bentwich N., *Recent developments of the principle of domicile in English law*, en 87 RC 1955, I, 121-190; Malaurie P., *Domicile*, en Enc. Juridique Dalloz, I, 1968, 636-645; Graveson R., *Observations*, en *Annuaire IDI* 1987, 62, I, 370; Heldrich A. y Steiner A.F., *Legal Personality*, en Glendon M.A. (coordinado por), *Persons and Family*. Chapter 2: *Persons*, en *Int. Enc. Comp. Law*, Mohr-Nijhoff, Tübingen - Dordrecht - Boston - Lancaster, 1995, 96-107; Ricci C., *Il richiamo cit.*, 107; Picchio Forlati M.L., *Critères cit.*, 925.

48 Cfr. Rabel E., *The Conflict of Laws. A Comparative Study*. Introduction: *Family Law*, I, Ann Arbor, University of Michigan Law School, 1958, 118.

49 Cfr. Graveson R., *op.ult.cit.*, 370.

50 Así Graveson R., *op.ult.cit.*, 370.

51 Así Ballarino T., *D.i.pr.*, *cit.*, 316.

porque una persona puede tener más de una nacionalidad, pero solamente un domicilio<sup>52</sup>.

Sin embargo, también los Países que utilizan el criterio del domicilio introducen algunas matizaciones. En primer lugar, algunos Estados del common law han introducido el reenvío: y así, por ejemplo, el art.8 del «Restatement of the Law Second: Conflict of Laws 2d» adoptado por el American law Institute en Washington el 23 de mayo de 1969, establece que «when directed by its own choice-of-law rule to apply ‘the law’ of another state, the forum applies the local of the other state, except as stated in Subsections 2 and 3. / 2. When the objective of the particular choice-of-law rule is that the forum reach the same result on the very facts involved as would the courts of another state, the forum will apply the choice-of-law rules of the other state, subject to considerations of practicability and feasibility. / 3. When the state of the forum has no substantial relationship to the particular issue or the parties and the courts of all interested states would concur in selecting the local law rule applicable to this issue, the forum will usually apply this rule»<sup>53</sup>.

En segundo lugar, algunos de los Estados del common law han adoptado el criterio subsidiario de la nacionalidad. Y así, por ejemplo, en Inglaterra la ley reguladora de la capacidad matrimonial es la del domicilio de cada cónyuge, sin embargo, esta será regulada por la ley inglesa cada vez que la *lex domicilii* del interesado sea contraria al orden público inglés, el matrimonio se haya celebrado en Inglaterra o uno de los cónyuges sea ciudadano inglés<sup>54</sup>.

En tercer lugar, algunos de los Estados del common law han acogido el criterio de la voluntad (el cual es entendido de modo análogo a los Países de civil law). Y así, por ejemplo, el trust puede constituir también un instrumento

52 Cfr. entre otros : Loussouarn Y., *La dualité cit.*, 325.

53 Sobre el Restatement II cfr. entre otros: De Nova R., *Il «Restatement, Second, Conflict of Laws», en RDIPP 1974, 424-439.*

54 Cfr. Aldeeb Abu-Sahlieh Sami A. y Bonomi A. (coordinado por), *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux. Étude de droit comparé sur les aspects de droit international privé liés à l'immigration des musulmans en Allemagne, en Angleterre, en France, en Espagne, en Italie et en Suisse*, Schulthess, Zürich, 1999, 54-58; Romano G.P., *Is Multilateral Rule on Capacity to Marry in line with the Constitution? Some Observations Suggested by Two Recent Conflicts Cases Submitted to the Italian Constitutional Court*, en fase de publicación en *YPIL 2005*, 12 y nota 36 para las referencias jurisprudenciales. Asimismo, otros Estados que utilizan el criterio del domicilio como criterio de conexión principal en materia de estatuto personal se remiten en vía subsidiaria a la ley nacional. Vid., por ejemplo, el art.44 ley D.I.Pr. suiza «i presupposti materiali della celebrazione del matrimonio in Svizzera sono regolati dal diritto svizzero. / 2. Se i presupposti giusta il diritto svizzero non sono adempiuti, il matrimonio tra stranieri può essere celebrato in Svizzera se conforme al diritto nazionale di uno degli sposi». Vid. entre otros Bucher A. y Bonomi A., *op.cit.*, 172; Romano G.P., *ult.cit.*, 11.

de protección del incapaz<sup>55</sup> o puede ser de tipo testamentario<sup>56</sup>; el art.6 del Convenio de La Haya de 1 de julio de 1985 sobre la ley aplicable al trust y su reconocimiento, establece que «a trust shall be governed by the law chosen by the settlor»; el Reino Unido ha ratificado este convenio; en consecuencia, el Reino Unido acepta la libre elección de la ley en materia de trusts (entre otros) relativos a la protección de los incapaces y testamentarios y, así pues, en materias (esto es, protección del incapaz y sucesiones) que para la mayor parte de los Estados forman parte del estatuto personal. Finalmente, los Estados del common law no han necesitado excluir las capacidades especiales del estatuto personal (como ocurre en los Países del civil law) porque, de todos modos, en el Derecho del common law las capacidades especiales no forman parte del estatuto personal.

Un cuarto criterio de conexión utilizado por los Estados para regular el estatuto personal es el de la residencia habitual<sup>57</sup>. El criterio de la residencia habitual es utilizado, por ejemplo, por Luxemburgo<sup>58</sup>. Sin embargo, también los países que utilizan el criterio de la residencia introducen algunas matizaciones. Y así, entre otras, en primer lugar, algunos Estados han adoptado el criterio subsidiario de la nacionalidad. De hecho, por ejemplo, el art.171 del Código Civil luxemburgués establece que la normativa interna sustancial de Luxemburgo regula las condiciones de fondo del matrimonio cuando el matrimonio se celebra en Luxemburgo<sup>59</sup> y, al menos uno de los dos cónyuges, tiene la residencia o la nacionalidad luxemburguesa<sup>60</sup>. En segundo lugar, algunos de estos Estados han introducido el criterio de la voluntad (el cual es entendido de modo análogo a los Países de civil law): y así, por ejemplo, Luxemburgo ha

55 Cfr. Spallarossa M.R., Trust e soggetti deboli, en Dogliotti M. y Braun A. (coordinado por), Il trust nel diritto delle persone e della famiglia, Giuffrè, Milano, 2003, 144-150; Martinelli P., Limiti della protezione dei soggetti deboli, en Dogliotti M. e Braun A. (coordinado por), cit., 155-161 según el cual «il trust irrompe sulla scena dell'infirmità mentale con le caratteristiche dell'abito su misura»; Mazza Galanti F., Trust con disponente minorenne, en Dogliotti M. y Braun A. (coordinado por), cit., 201. Cfr. Lupoi M., La legittima funzione «protettiva» dei trust interni, en Contratto e impresa 2004, 236-246, 239.

56 Vid. entre otros: Seatzu F., Il trust testamentario e la Convenzione dell'Aja del 1985 relativa alla legge sui trusts ed al loro riconoscimento: il caso Burton, en Dir.com.int.2004, 269-295.

57 Sobre el criterio de la residencia habitual en general cfr. Schockweiler F., cit., 115; Castangia I., cit., 208-209; Batiffol H., Observations cit., 322; Loussouarn Y., ult.cit., 322; Capotorti F., ult.cit., 358; Carrillo Salcedo J., ult.cit., 361; Gannagé P., ult.cit., 365; Graveson R., ult.cit., 372; Ziccardi P., ult.cit., 381; Visher F., ult.cit., 378; Collier J.C., Conflict cit., 60-61; McClean D., Morris cit., 22-23; Rogerson P., Habitual cit., 106; Calò E., L'implosione cit., 777-778; Picchio Forlati M.L., ult.cit., 920.

58 Cfr. Schockweiler F., cit., 115-128.

59 Según el art.165 del C.C. luxemburgués «le mariage sera célébré publiquement devant l'officier d'Etat Civil de la commune ou l'un des époux aura son domicile ou sa résidence a la date de la publication prévue par l'article 63».

60 De hecho, el art.171 del C.C. luxemburgués establece que «le mariage doit être célébré» en Luxemburgo «I. dans le cas ou un des futurs conjoints est de nationalité luxembourgeoise ou réside habituellement au Luxembourg, lors que les deux futurs époux satisfont aux conditions de fond de la loi luxembourgeoise». Sobre esta norma cfr. Schockweiler F., cit., 121.

ratificado el Convenio de La Haya sobre trust y, por tanto, consiente la libre elección de la ley en materia de trusts (entre otros) relativos a la protección de los incapaces y testamentarios y, así pues, en materias (esto es, protección del incapaz y sucesiones) que forman parte del estatuto personal.

#### 4. LOS INTENTOS DE ARMONIZACIÓN Y, EN PARTICULAR, EL CONVENIO DE LA HAYA DE 1955 Y LOS TRABAJOS DEL INSTITUT

En esta situación, la Conferencia de La Haya primero y el Institut de droit international después, han tratado de armonizar y, respectivamente, de proponer una armonización de los criterios de conexión relativos al estatuto personal. En particular, la Conferencia de La Haya lo ha hecho con el Convenio de La Haya de 15 de junio de 1955 «pour régler les conflits entre la loi nationale et la loi du domicile»<sup>61</sup>. Este Convenio quiere no sólo armonizar los criterios de conexión relativos al estatuto personas, sino también resolver el problema del reenvío del D.I.Pr. y, por lo tanto, ha sido definido como convenio «sul rinvio»<sup>62</sup>. Y, de hecho, el Convenio de La Haya de 15 de junio de 1955 prevé que «lorsque l'Etat, où la personne intéressée est domiciliée, prescrit l'application de la loi nationale, mais que l'Etat, dont cette personne est ressortissante, prescrit l'application du domicile, tout Etat contractant appliquera les dispositions du droit interne de la loi interne de la loi du domicile» (art.1). A continuación, el art.2 del Convenio de 1955 prevé que «lorsque l'Etat, où la personne intéressée est domiciliée, et l'Etat, dont cette personne est ressortissante, prescrivent tous les deux l'application de la loi du domicile, tout Etat contractant appliquera les dispositions du droit interne de la loi du domicile». El art. 3 del mismo Convenio dispone además que «lorsque l'Etat, où la personne intéressée est domiciliée, et l'Etat, dont cette personne est ressortissante, prescrivent tous les deux l'application de la loi nationale, tout Etat contractant appliquera les dispositions du droit interne de la loi nationale». Finalmente, el Convenio establece que, en todo caso, «le domicile, au sens de la présente Convention, est le lieu où une personne réside habituellement, à moins qu'il ne dépende de celui d'une autre

61 Sobre este Convenio vid. en general Dölle H., Die 7 Haager Konferenz, en *RebelsZ* 1952, 161; Borum O.A., Quelques observations sur le projet de Convention de La Haye (1951) pour régler les conflits entre la loi nationale et la loi du domicile, en *Liber amicorum of congratulations to Algot Bagge, The Swedish Branch of the International Law Association, Stockholm, 1956*, 16- 21; Francescakis Ph., La Convention de La Haye de 1955 pour régler les conflits entre la loi nationale et la loi du domicile (communication suivie de discussion), en *Trav.Com.fr.dr.int.privé 1958/59*, 151 ; Laube J., Wohnsitz und Staatsangehörigkeit als Anknüpfungsbegriffe im internationalen Privatrecht (Wandel in ihrem gegenseitigen Verhältnis), XX, Zürich, 1961, 164; Bucher A., Staatsangehörigkeits cit., 76; Ballarino T., D.i.pr., 86.

62 Cfr. Castangia I., cit., 187.

personne ou du siège d'une autorité» (art.5). Por consiguiente, el Convenio no escoge ni el criterio de la nacionalidad ni el del domicilio, sino que adopta una «soluzione conciliativa»<sup>63</sup> del problema del contraste entre estos criterios. Esta solución ha sido valorada positivamente tanto por la doctrina de aquel entonces<sup>64</sup> como por el Consejo de Europa, que ha recomendado la adopción de este Convenio por parte de todos los Estados miembros<sup>65</sup>. A pesar de esto, sólo dos Estados han ratificado el Convenio y, en consecuencia, este no ha entrado todavía en vigor<sup>66</sup>. El fracaso del Convenio es debido principalmente al recelo que muchos Estados tenían en el pasado<sup>67</sup>, y que algunos continúan teniendo hoy<sup>68</sup>, hacia el reenvío y, por tanto, es consecuencia de la voluntad de los Estados mismos de no ratificar convenios (como el de La Haya de 1955) que les habrían obligado a seguir tal reenvío<sup>69</sup>.

Posteriormente, el Institut de droit international también ha propuesto una armonización de los criterios de conexión relativos al estatuto personal. Sin embargo, el Institut no se ha ocupado justamente del reenvío por lo que sus trabajos han alcanzado un éxito mayor que el Convenio de La Haya de 1955<sup>70</sup>. Una vez más, aquí resultan especialmente interesantes los trabajos

63 Así Ballarino T., ult.cit., 86. Vid. asimismo Castangia I., cit., 188-189.

64 Cfr. De Nova R., Accettabilità della convenzione dell'Aja sul rinvio, en Studi in onore di G.M. De Francesco, I, Giuffrè, Milano, 1957, 171-181; Batiffol H., Principes de droit international privé, en 97 RCDIP 1959, II, 435-574, 570. Vid. finalmente en Annuaire IDI 1987, 62, I, las observaciones de Batiffol H., 355-356; Capotorti F., 356-359; Carrillo-Salcedo J., 360-361; Gannagé P., 363; Graveson R., 370-373; Jayme E., 373-375; Philip A., 375-376; Vischer F., 377-380; y Loussouarn Y., 295-354.

65 Vid. Conseil d'Europe, Raccomandation 269 (1960) relative à la Convention de La Haye pour régler les conflits entre la loi nationale et la loi du domicile, Assemblée consultative, Douzième session ordinaire (Deuxième partie), Textes adoptés par l'Assemblée, Strasbourg, 1960.

66 El Convenio ha sido firmado por Bélgica, los Países Bajos, España, Francia y Luxemburgo, pero solo ha sido ratificada por Bélgica y los Países Bajos.

67 En Italia no se aceptaba el reenvío antes de la ley 218/1995, que lo ha aceptado bajo determinadas condiciones codificadas en el art.13 de esta ley, sobre las cuales vid. Pocar F., I principi cit., 8; Munari F., Sub art.13 l.d.i.pr., en Commentario Bariatti, 1018-1035; Mosconi F., Sub art.13 l.d.i.pr., en Commentario RDIPP, 54-58; Ballarino T., D.i.pr., 254; Pocar F., Il nuovo cit., 35; Conetti G., Sub art.13 l.d.i.pr., en Commentario Conetti-Tonolo-Vismara, 41-45; Barel B., Sub art.13 l.d.i.pr., en Commentario breve Cian-Trabucchi, 26-29. Sobre el debate acerca del reenvío antes de la ley 218/1995 cfr. entre otros: Ballarino T., Rinvio, en Enc.dir., 1989, 1005-1013; Id., D.i.pr., 255.

68 El reenvío es acogido en España solo en primer grado. Vid. entre otros: Fernández Rozas J.C. e Sánchez Lorenzo S., Derecho Internacional privado, 3 ed., Thomson Civitas, Madrid, 2004, 149.

69 Ballarino T., ult.cit., 86.

70 Según Loussouarn, rapporteur de los trabajos de la Comisión de estudio que ha elaborado el proyecto de resolución después adoptado con la resolución del Cairo de 19 de septiembre de 1987 relativa a la «dualité des principes de nationalité et de domicile en droit international privé», sobre la cual vid. la nota 20, la resolución que la Comisión de estudio estaba a punto de redactar tenía varios puntos en común con el Convenio de la Haya de 1955. Sin embargo, según Loussouarn «l'échec qu'a connu au plan des ratifications la Convention de La Haye de 1955 n'implique nullement qu'une approche différente du problème» de la combinación de los criterios del domicilio y de la nacionalidad «ne pourrait connaitre une issue favorable». Así Loussouarn Y., op.ult.cit., 300. En consecuencia, según Loussouarn, la Comisión de estudio debía examinar y tener en consideración los trabajos preparatorios del Convenio de la Haya

de la Comisión de estudio, la cual ha elaborado el proyecto de resolución más tarde adoptado por la Resolución del Cairo de 19 de septiembre de 1987 relativa a la «dualité des principes de nationalité et de domicile en droit international privé»<sup>71</sup>. En este punto, debo decir que los trabajos y los resultados de la Comisión me parecen particularmente exhaustivos y, en líneas generales, aceptables<sup>72</sup>.

En primer lugar, la Comisión se ha dado cuenta de que (i) los Estados favorables al criterio de la ciudadanía están dispuestos a introducir el criterio del domicilio sólo en vía subsidiaria respecto al de la ciudadanía y no en vía principal; (ii) los Países favorables al criterio del domicilio están dispuestos a introducir el criterio de la ciudadanía sólo en vía subsidiaria con respecto a la ciudadanía y no en vía principal; (iii) la elección definitiva por un solo de los criterios de la nacionalidad, de la ciudadanía o de la residencia habitual comportaría una «renunciation à tirer parti des qualités»<sup>73</sup> propias de criterios tradicionales eventualmente abandonados; y (iv) la elección de uno solo de los criterios tradicionales habría llevado al rechazo de la propuesta de la Comisión de estudio ya por parte de los órganos deliberativos del Institut<sup>74</sup>.

Posteriormente, la Comisión de estudio ha establecido los posibles criterios de conexión, que aparecen como «nuevos» respecto a nacionalidad, domicilio y residencia y, en particular, ha considerado el de la «coupure dans le temps» y el de la «répartition géographique». El criterio de la «coupure dans le temps» divide las relaciones del estatuto personal en dos grupos, según estas surjan antes o después del traslado de una persona de un Estado a otro; sostiene que el Estado de ciudadanía conserva el interés en regular las relaciones anteriores a la expatriación pero no tiene ningún interés en regular las posteriores, mientras que el Estado de domicilio no tiene interés alguno en regular las relaciones anteriores a la expatriación, mientras que tiene interés en regular las posteriores; y, por lo tanto, somete las relaciones anteriores a la

de 1955 para la redacción de la resolución del Institut que estaba a punto de redactar «dans la mesure où certaines des combinaisons de la loi nationale et de la loi du domicile qui y sont proposées pourraient être transposées en dehors du renvoi». Sin embargo, la Comisión debería haber dejado a parte el estudio del problema del reenvío que, como vimos, había constituido el punto débil del Convenio de la Haya. En este sentido vid. Philip A., *Observations*, ult.cit., 376.

<sup>71</sup> Vid. la nota 17.

<sup>72</sup> Cfr. Monaco R., *La tradizione manciniana nella codificazione del diritto internazionale privato*, en Panebianco M. y Martino G. (coordinado por), *La riforma del diritto internazionale privato fra attualità e storia (Italia-Europa-América)*, Elea Press, Salerno, 1992, 93; Mosconi F., *Qualche interrogativo in tema di uniformità delle soluzioni e di criterio di cittadinanza*, en RDIPP 1999, 421-436.

<sup>73</sup> Así Loussouarn Y., *op.ult.cit.*, 297.

<sup>74</sup> Cfr. Loussouarn Y., *La dualité cit.*, 295-354. En este sentido vid. en *Annuaire IDI* 1987, 62, I, las observaciones de Batiffol H., 355-356; Capotorti F., 356-359; Carrillo-Salcedo J., 360-361; Gannagé P., 363; Graveson R., 370-373; Jayme E., 373-375; Philip A., 375-376; Vischer F., 377-380; y Loussouarn Y., 295-354. Contra, a favor de la elección de uno o del otro criterio de conexión cfr. Ziccardi P., *ibidem*, 380-381.



expatriación a la ley nacional de la persona, mientras que sujeta las posteriores a la expatriación a la ley del domicilio. A su vez, el criterio e la «répartition géographique» diferencia dentro de las relaciones del estatuto personal dos grupos, según estas surjan en los Estados que pertenezcan a la misma civilización del Estado del domicilio o tengan una civilización profundamente diversa; sostiene que el Estado del domicilio no tiene interés en regular las relaciones que surgen en los Estados de civilización diversa de la del Estado del domicilio; y, por lo tanto, somete a la *lex domicilii* las relaciones del estatuto personal surgidas en un Estado que pertenece a una cultura homogénea respecto a la del Estado del domicilio, mientras que sujeta a la ley nacional las relaciones surgidas en un País de cultura diversa al Estado de domicilio. Sin embargo, la Comisión ha decidido no proponer los dos criterios de conexión «nuevos» ahora recordados: (i) porque los inmigrantes vuelven frecuentemente al País de origen, que, consecuentemente, tiene interés en regular también las relaciones de los ciudadanos posteriores a la expatriación; (ii) porque a menudo es imposible individualizar el momento exacto de la *coupure dans le temps*; (iii) finalmente, porque es «*extrêmement délicat*»<sup>75</sup> establecer, por ejemplo, que grado de diferencia entre las culturas de los Estados interesados llevaría a descartar la aplicación de la *lex domicilii* y reclamar, en cambio, la aplicación de la *lex patriae*<sup>76</sup>.

En este punto, la Comisión ha decidido proponer no un sólo criterio de conexión, sino «*une combinaison des deux principes (nationalité et domicile) conduisant à une application distributive, alternative ou cumulative permettant d'éviter les conflits grâce à une partition conférant à chacun l'empire qui lui convient le mieux*»<sup>77</sup>; por tanto, ha recomendado a los Estados que consientan la libre elección de la ley entre la de la nacionalidad, la del domicilio y la de residencia; con esto, ha seguido una tendencia moderna de los sistemas de D.I.Pr. que combina los criterios de conexión de la nacionalidad y del domicilio y, además, somete al criterio de la voluntad el estatuto personal. En este sentido, el art.3 de la Resolución recomienda a los Estados «*d'offrir aux époux, en matière des régimes matrimoniaux, une option entre la loi de la nationalité et la loi de domicile de l'un d'entre eux*». Seguidamente, el art.4 recomienda a los Estados «*de permettre que, en matière de successions, tout personne puisse, dans ses dispositions de dernière volonté, soumettre la dévolution de ses biens soit à sa loi nationale, soit à la loi de son domicile*». Además, el art. 5 establece que en materia de efectos personales del matrimonio, del divorcio y de la separación «*il est recommandé aux Etats d'offrir aux époux une option entre la loi*

<sup>75</sup> Así Loussouarn Y., op.ult.cit., 340.

<sup>76</sup> Cfr. Loussouarn Y., op.ult.cit., 340.

<sup>77</sup> Así Loussouarn Y., op.ult.cit., 340.

nationale et la loi du domicile, lorsqu'ils ont une nationalité commun, dans les cas où l'Etat national est différent de l'Etat où est situé le domicile». Finalmente, el art.7 recomienda «a) aux Etats dont la règle de conflit donne compétence a la loi nationale, d'appliquer la loi du domicile commun lorsque les différentes personnes impliquées dans le rapport de droit considéré sont de nationalité différente et qu'il n'existe pas de raison valable de faire prévaloir l'une des lois nationales»; y aconseja «b) aux Etats dont la règle de conflit donne compétence à loi du domicile, d'appliquer la loi nationale commune lorsque les différentes personnes impliquées dans le rapport de droit considéré n'ont pas de domicile commun et qu'il n'existe pas de raison valable de faire prévaloir la loi de l'un des domiciles»<sup>78</sup>.

##### 5. LOS CRITERIOS DE CONEXIÓN ADOPTADOS POR EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ITALIANO

En este contexto, queda recordar la línea seguida por el Derecho Internacional Privado aplicable en Italia en materia de estatuto personal.

La categoría de D.I.Pr. del estatuto personal comprende ciertamente, como mínimo, el tema de la capacidad general. En relación con este tema, ya se ha dicho que el D.I.Pr. vigente en Italia adopta, en líneas generales, el criterio de conexión de la nacionalidad. Esta elección continúa una antigua tradición análoga a la que había sido la tradición propia del *dépeçage* en materia de capacidad<sup>79</sup>. Aquí me limitaré a recordar muy sintéticamente los puntos principales de este tema y, en concreto, me gustaría señalar que el criterio de la ciudadanía en materia de capacidad general tiene su origen en la teoría estatutaria<sup>80</sup>, que han influido en los autores franceses de los siglos

<sup>78</sup> Se adhiere a esta línea la resolución del Institut de droit international del 20-28 agosto 2005 adoptada en la sesión de Cracovia sobre «différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille», en RDIPP 2005, 1224, cuyo art. A establece que «des Etats doivent éviter d'utiliser la religion comme critère de rattachement pour déterminer le droit applicable au statut personnel des étrangers. Ils devraient aménager pour ceux-ci une faculté d'option entre leur loi nationale et la loi de leur domicile dans le cas où l'Etat national est différent de l'Etat où est situé le domicile».

<sup>79</sup> Por razones de espacio no puedo en esta sede referirme a la tradición italiana del *dépeçage* en materia de capacidad. Reenvío por tanto al capítulo I de la monografía.

<sup>80</sup> Sobre los glosadores cfr. Buscemi S., *Le vicende del diritto internazionale privato nella storia dell'umanità*, en Arch.giur.Serafini 1871, 341; Morpurgo L., *Sulla condizione giuridica dei forestieri in Italia nei secoli di mezzo*, en Arch.giur.Serafini 1872, 283; Lainé A., *Introduction au droit international privé. Contenant une étude historique et critique de la Théorie des statuts et des rapports de cette théorie avec le Code civil, I: Objet et caractère du Droit international privé. Origine et empire de la Théorie des statuts. La Théorie des statuts italienne. La Théorie des statuts française. (Précédents, fondation, développement externe)*, Pichon, Paris, 1888, 118; Calasso F., *I glossatori e la teoria della sovranità*, Giuffrè, Milano, 1957,

XVII y XVIII e inspirado el art.3 pár.3 del Código de Napoleón de 1804<sup>81</sup>, cuya formulación, a su vez, ha influido primero en el proyecto Mancini<sup>82</sup>, que

passim; De Nova R., Historical and Comparative Introduction to Conflict of Laws, en 118 RC 1966-II, 445; Breschi B., Alcune osservazioni sul contributo recato da Bartolo alla teoria degli statuti, en AAVV, Bartolo da Sassoferrato. Studi e documenti per il VI centenario, Giuffrè, Milano, 1962, II, 52; Ballarino T., D.i.pr., 18. Sobre Bartolo cfr. Meili F., Die theoretischen Abhandlungen von Bartolus und Baldus über das internationale Privat- und Strafrecht, en Niemeyers Zeitschrift für internationales Privatrecht 1894, IV, Leipzig, 258-269, 340-346, 446-455; Beale J.H., Bartolus on the Conflict of Laws, Harvard University Press, Cambridge, 1914, pp.86; Van Kamp J., Bartolo da Sassoferrato, Stabilimento Tipografico Ed. Urbinate, Urbino, 1935, passim; AAVV, Bartolo da Sassoferrato. Studi e documenti per il VI centenario, Giuffrè, Milano, 1962, II, passim; Luther G., Der Einfluss von Bartolus auf das Deutsche internationale Privat- und Strafrecht, en AAVV., Bartolo da Sassoferrato. Studi e documenti per il VI centenario, Giuffrè, Milano, 1962, II, 311-312; Schwind F., L'influsso di Bartolo sulla evoluzione del diritto internazionale privato, en AAVV., Bartolo cit., 512. Checchini A., Presupposti giuridici dell'evoluzione storica della «bartoliana» teoria degli statuti al moderno diritto internazionale privato, en AAVV., Bartolo cit., 66. Sobre Baldo cfr. Laine' A., Introduction au droit cit., 199; Meili F., Die theoretischen cit., 455-473; Pillet A., Traité pratique de droit international privé, Sirey, Paris, 1923, 490; Meijers E.M., Introduction à la publication d'ouvrages inédites de Balde et de Van der Keesser, en RCDIP 1940-1946, 203-219. Sobre Dumoulin cfr. Laine' A., Introduction au droit international privé cit., 115; Laborde P., Un précurseur du droit international privé, Dumoulin et les conflits des lois, en JDI 1912, 79; Surville F., Théorie des statuts d'après Bartole et Dumoulin, en JDI 1921, 5; Thireau J.L., Charles Du Mulin: 1500-1566: étude sur les sources, la méthode, les idées politiques et économiques d'un juriste de la Renaissance, Droz, Genève, 1980. Sobre d'Argentré cfr. Barbey J., La sort du système de d'Argentré, en Revue historique de droit français et Etranger 1940-41, 397-411.

81 Según el art.3.3 del Código de Napoleón de 1804 «les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les français même résidant en pays étrangers». Sobre esta norma y su bilateralización cfr. Foelix M., Traité de droit international privé ou du conflits de lois des différentes nations en matière de droit privé, Maresq Ainé, Paris, 1866, 67; Catellani E., Il diritto internazionale privato e i suoi recenti progressi, Utet, Torino, I, 1885, 245; Despagnet F., Précis de droit international privé, Larose, Paris, 2 ed. Complétée et mise au courant de la loi et de la jurisprudence, 1891, 367; Laurent F., Le droit civil international, Bruylant- Maresq, Bruxelles-Paris, II, 1881, 79; Brocher C., Cours de droit international privé suivant les principes consacrés par le droit positif français, Thorin, Paris, 1882, 93; Rolin A., Principes du droit international privé et d'application aux diverses matières du Code civil, Ainé, Paris, 1897, I, 236; Lainé A., La rédaction du code civil et le sens de ses dispositions en matière de droit international privé, en RCDIP 1905, 51; Duboris J.M., De l'article 3 du code civil (conflit des lois) et de la place à accorder au droit international dans le nouveau code civil. Rapport préliminaire, en RCDIP 1906, 429-445; Glasson E., Divers aspects de la codification civile des étrangers en France, en JDI 1907, 593-602; Batiffol H., La capacité civile cit., 76. Cfr. l'arrêt di App. Parigi 13.7.1814, Busqueta, en Ancel B. e Lequette I., de la jurisprudence française de droit international privé, Sirey, Paris, 4 ed., 2001, 3. Sobre la relevancia actual y sobre el destino del art.3.3 Código de Napoleón cfr. Ancel B., Destinée de l'article 3 du code civil, en Mélanges Paul Lagarde, 1-18. Ya antes del art.3.3 C.C francés, la jurisprudencia belga aplicaba la *lex patriae* a la capacidad por razones de respeto a la soberanía nacional de los otros Países. Cfr. Fallon M., L'application de l'article 3, alinéa 3, du Code civil par la jurisprudence belge du XIX siècle, en Liber Memorialis François Laurent, Story-Scientia, Bruxelles, 1989, 765-782; Ancel B., Destinée cit., 7.

82 Cfr. Mancini P.S., Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti. Prelazione al corso di diritto internazionale e marittimo pronunciata nella R. Università di Torino dal professore Pasquale Stanislao Mancini nel 22 gennaio 1851, Utet, Torino, 1851, 7-71; Id., Vocazione del nostro secolo per la riforma e la codificazione del diritto delle genti e per l'ordinamento di una giustizia internazionale. Discorso per la inaugurazione degli studi nella R. Università di Roma pronunciato nel 2 novembre 1874, Stabilimento Civelli, Roma, 1874, 45; Id., Quistioni di diritto dell'avvocato prof. Pasquale Stanislao Mancini, II, Marghieri, Napoli, 1880, 232 ss.; Id., Il principio di nazionalità e il progresso umano, in Zanotti Bianco U., Pasquale Stanislao Mancini, La Voce, Roma, 1920, 59-65; Id., Utilità di rendere obbligatorie per tutti gli Stati sotto la forma di uno o più Trattati internazionali alcune regole generali del diritto internazionale privato per assicurare la decisione uniforme tra le differenti legislazioni civili e criminali, en ISPI, Quaderni

ha sido codificado en el Código Civil de 1865<sup>83</sup>, después en las disposiciones preliminares del Código Civil de 1942<sup>84</sup> y, finalmente, en las reglas generales sobre la capacidad general jurídica y de obrar prevista en los arts.20 frase 1 y 23.1 frase 1 de la ley italiana de Derecho internacional privado 218/1995<sup>85</sup>.

di diritto internazionale, III, Antologia di diritto internazionale privato, Giuffrè, Milano, 1964, 57. Sobre Mancini vid. entre otros: De Nova R., Pasquale Stanislao Mancini, en Institut de Droit International, Livre du Centenaire 1873-1973: Evolution et Perspectives du droit International, Bâle, 1973, pp.3-10; Jayme E., P.S.Mancini. Internationales Privatrecht zwischen Risorgimento und praktischer Jurisprudenz, Edelsbach, 1980; Id., Pasquale Stanislao Mancini. Il diritto internazionale privato tra Risorgimento ed attività forense, Cedam, Padova, 1988, 20; Nishitani Y., Mancini und die Parteiautonomie im Internationalen Privatrecht. Eine Untersuchung auf der Grundlage der neu zutage gekommenen kollisionsrechtlichen Vorlesungen Mancinis, Winter-Verlag, Heidelberg, 2000; Id., Mancini e l'autonomia della volontà nel diritto internazionale privato, en RDIPP 2001, 23; Id., Mancini and the Principle of Nationality in Japanese Private International Law, en Festschrift für Eric Jayme, I, 2004, 627-642.

83 Vid. el art.6 de las disposiciones preliminares al C.C. de 1865 italiano, en el que se establece que «lo stato e la capacità delle persone, ed i rapporti di famiglia, sono regolati dalla legge della nazione a cui essi appartengono», sobre el cual Contuzzi F.P., Sub art.6 preleggi, en Contuzzi F.P., Il codice civile nei rapporti del diritto internazionale privato, Jovene, Napoli, 1897, XVII. Sobre la influencia de Mancini en la codificación del art.6 cfr. Gabba C.F., Studi di legislazione civile comparata in servizio della nuova codificazione italiana. Fascicolo primo cui va unita un'appendice intorno alla quistione del matrimonio dettata da Pasquale Stanislao Mancini, Lombardi, Milano, 1862, 34; Catellani E., Il diritto cit., 118; Esperson P., Le droit international privé dans la législation italienne, Marchall Billard, Paris, 1880, 36-37; Diena G., La conception du d.i.pr. d'après la doctrine et la pratique en Italie, en 17 RC 1927 II, 357; Cavaglieri A., Les règles de droit international privé de l'école italienne, en RCDIP 1930, 400-401; Gemma S., Notes de droit international privé relatives aux reformes législatives italiennes, en RDCIP 1930, 47-49; Batiffol H., Aspects philosophiques du droit international privé, Dalloz, Paris, 1956, 200; De Nova R., Esistenza e capacità del soggetto in diritto internazionale privato italiano, en Scritti di diritto internazionale in onore di Tomaso Perassi, I, Giuffrè, Milano, 1957, 381; Mosconi F., La legge regolatrice della capacità delle persone fisiche: dalle proposte di Pasquale Stanislao Mancini alla prassi convenzionale, en Il diritto internazionale al tempo della sua codificazione, en Studi in onore di Roberto Ago, IV, Giuffrè, Milano, 1987, 189; Monaco R., La tradizione manciniana nella codificazione del diritto internazionale privato, en Panebianco M. y Martino G., La riforma del diritto internazionale privato fra attualità e storia (Italia-Europa-America), Elea Press, Salerno, 1992, 102.

84 Según el art.17.1 disp. prel. C.C. «lo stato e la capacità delle persone e i rapporti di famiglia sono regolati dalla legge dello Stato al quale esse appartengono». Subraya que la línea de Mancini se recogió en el art.17.1 d'ips. prel. C.C. Ballarino T., Codification du droit international privé italien, en Travaux du Comité français de droit international privé, 1990-1991, 95 según el cual Mancini habría no solo inspirado las disposiciones preliminares al Código de 1942, sino que también habría redactado de propia mano el texto. Vid. Monaco R., ult.cit., 102. Sobre el art.17.1 disp.prel. C.C. cfr. Ziccardi P., Note esegetiche agli art.16-31 (diritto internazionale privato) delle «disposizioni sulla legge in generale», Principato, Milano-Messina, 1943, 10 y la doctrina en la nota sucesiva.

85 Sobre el cual vid. entre otros: Daniele L., Capacità e diritti delle persone (artt.20-25), en Capotorti F. (coordinado por), Il nuovo sistema italiano di diritto internazionale privato, en Il Corr. giur. 1995, 1239-1243; Badiali G., cit., passim; Di Blase A., Sub art.20 l.218/1995, en Commentario RDIPP, 105-110; Id., Sub art.23 l.218/1995, ibidem, 115-123; Barel B., Sub art.20 l.d.i.pr., en Commentario breve Cian-Trabucchi, 41-42; Id., Sub art.23 l.d.i.pr., ibidem 44-46; Cafari Panico R., Sub art. 20 l.218/1995, en Commentario Bariatti, 1085-1092; Baruffi M., Sub art. 23 legge 1995/218, en Commentario Bariatti, 1096-1104; Mosconi F. y Campiglio C., Capacità nel diritto internazionale privato, en Dig.civ., Aggiornamento, Utet, Torino, 2000, 125-129; Tonolo S., Sub art.20 l.d.i.pr., en Commentario Conetti-Tonolo-Vismara, 65-72; Id., Sub art.23 l.d.i.pr., ibidem, 82-92; Villani U., Capacità e diritti delle persone fisiche (dir.int. privato), en Enc. Dir. Aggiornamento, IV, Giuffrè, Milano, 2001, 173-195. Vid. también el capítulo I de la monografía.

Análogamente, cada uno de los estatutos personales particulares relativos a cada categoría de persona comprende, en líneas generales, las capacidades pertenecientes a la misma categoría. Entre los estatutos personales particulares se encuentran, por lo que aquí interesa, el estatuto personal relativo al nasciturus<sup>86</sup>, al menor<sup>87</sup>, al emancipado<sup>88</sup>, al enfermo mental<sup>89</sup>, a la mujer casada<sup>90</sup> (y otros). Por las mismas razones que sugieren sujetar al estatuto personal general a la misma ley reguladora, parece oportuno que cada uno de los estatutos personales particulares sea regulado del mismo modo unitario y sea, por lo tanto, sujeto a una única ley reguladora que, como tal, pueda expresar una «*valutazione unitaria della attitudini soggettive*» de la persona y pueda así ser «*in grado di determinare la capacità [...] in modo coerente rispetto alla condizione generale del soggetto*»<sup>91</sup>. Por otra parte, el estatuto particular del nasciturus, del menor, del enfermo mental ha sido pensado para «*soddisfare*» algunas «*delle più intime aspirazioni dell'animo umano*»<sup>92</sup>, para reconocer en la medida más

86 Cfr. entre otros Busnelli F.D., Lo statuto del concepito, en *Dem. dir.* 1988, 213; Zatti P. Quale statuto per l'embrione umano?, en *Riv. crit. dir. priv.* 1990, 458; Espinoza Espinoza J., Sullo statuto giuridico del concepito, en *Dir. fam. pers.* 1994, 1, 371; Casol I., Statuto giuridico dell'embrione e status personale del nato, en *Giust. civ.* 1994, II, 13-23; Barra R.C., Lo statuto giuridico dell'embrione umano, en *Ius* 2000, 1, 157-165; Casini C., Lo statuto giuridico dell'embrione umano, en *Iustitia* 2001, 4, 557-572; Casini C., Casini M. y Di Pietro M.L. (coordinado por), La legge 19 febbraio 2004, n.40: «norme in materia di procreazione medicalmente assistita», comentario, Giappichelli, Torino, 2004, 33 ss.. Cfr. Saied N., Lo statut juridique de l'embryon en droit tunisien, en Tarantino A. (coordinado por), *Culture giuridiche e diritti del nascituro*, Giuffrè, Milano, 1997, 257-268.

87 Cfr. Pocar F., Verso lo statuto del minore, en *III Dir.uomo* 1992-2, II, 40-41; Stanzione P., Interesse del minore e «statuto» dei suoi diritti, en *Studi in memoria di Gino Gorla, II: dialogo tra ordinamenti, diritto dei commerci e diritto europeo, iura naturalia e diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1994, 1747-1769; Spallarossa M.R., Fanciulli (statuto dei diritti dei), en *Digesto disc. Pubbl. Aggiornamento*, Utet, Torino, 2000, 262; Zatti P., Le icone linguistiche: discrezionalità interpretative e garanzia procedimentale, en *Giustizia minorile? La tutela giurisdizionale dei minori e dei «giovani adulti». Seminario di studi organizzato dal Gruppo di ricerca «statuto del minore e strumenti giurisdizionali: verso un diritto uniforme europeo»* Università di Padova, Catanzaro, Pavia, Verona, en *NGCC* 2004, 1-10.

88 Cfr. Ballarino T., *Diritto internazionale privato* 1999, cit., 333-334 que se refiere al estatuto del emancipado.

89 Vid. por ejemplo Ferrando G. y Visintini G. (coordinado por), *Follia e diritto. Atti del convegno Follia e diritto. Verso uno statuto dei soggetti deboli*, desarrollado en Gardone Riviera el 5 julio 2002, Con introducción de Rescigno P., Bollati Boringhieri, Torino, 2003, pp.287.

90 Cfr. Diena G., La capacité de la femme mariée d'après la nouvelle législation italienne et les conflits de lois éventuels, en *Journal de droit international privé*, 1920, 74; Ehr-Soon Tay A., The Status of Women in the Soviet Union, en *AJCL* 1972, 662-692; Heffermehl K.B., The Status of Women in Norway, *ibidem*, 630-646; Stone O.M., The Status of Women in Great Britain, en *AJCL* 1972, 592-621; Wallin G., The Status of Women in Sweden, *ibidem*, 622-629; Albeck P., The Status of Women in Israel, *ibidem*, 693-715; Alexandre D., The Status of Women in France, *ibidem*, 647-661; Joubertjean G., La condition juridique de la femme au Brésil, en *RDIDC* 1993, 303-350; Kane M., The Status of Married Women Under Customary Law in Senegal, en *AJCL* 1972, 716-723. Vid. Carasso M., *Des conflits de lois en matière de capacité civile spécialement en droit Suisse*, Roth & C., Lausanne, 1938, 11; Capotorti F., *Lezioni di diritto internazionale privato. Parte speciale: la capacità*, Cacucci, Bari, 1966, 144-145; Barman I., *La condition juridique de la femme mariée en droit international privé suisse*, Thèse de doctorat, Léman, Lausanne, 1982, pp.192, 45.

91 Así Badiali G., cit., 53.

92 Así Badiali G., cit., 53.

amplia posible la titularidad y el goce de los derechos fundamentales del hombre. Me parece que Italia ha elegido tener en cuenta todo esto, incluyendo la capacidad relativa a las relaciones que integran estos estatutos particulares en la capacidad general jurídica y de obrar ex arts.20 frase 1 y 23.1 frase 1 y sometiéndola a la ley nacional.

Italia continúa utilizando el criterio de la nacionalidad, pero ha introducido algunas matizaciones (entre otras) en materia de estatuto personal y de capacidad. En primer lugar, ha introducido la técnica del reenvío de D.I.Pr.. Y así, por ejemplo, la capacidad de un inglés domiciliado en Suiza se encuentra regulada ex art.13 ley D.I.Pr. por el derecho suizo, en virtud del reenvío que el ordenamiento inglés efectúa al suizo y que este último acepta. En segundo lugar, Italia ha extraído algunas capacidades de las categorías del estatuto personal general y de los estatutos personales particulares. Y, precisamente, ha extraído (i) las capacidades especiales sujetas a la *lex substantiae actus*, (ii) la capacidad sometida a la *lex loci* ex arts.23.2, 23.3 y 23.4, y (iii) la capacidad comercial relativa al comercio internacional y sometida una vez más a la *lex substantiae actus*<sup>93</sup>. En tercer lugar, Italia se ha remitido a la *lex domicilii* o a la ley del Estado de residencia en vía subsidiaria respecto a la *lex patriae*. Y así, por ejemplo, el art.19.1 ley D.I.Pr. establece que «nei casi in cui le disposizioni della presente legge richiamano la legge nazionale di una persona, se questa è apolide o rifugiata si applica la legge dello Stato del domicilio o, in mancanza, la legge dello Stato di residenza»<sup>94</sup>. Finalmente, Italia ha elegido utilizar el criterio de la voluntad, es decir, ha consentido a los interesados escoger la ley aplicable (a la mayor parte de las relaciones relativas al estatuto personal, entre las cuales en particular también) a algunas capacidades especiales. Y así, por ejemplo, el art.46 ley D.I.Pr. dispone que «la successione per causa di morte è regolata dalla legge nazionale del soggetto della cui eredità si tratta, al momento della morte. / 2. Il soggetto della cui eredità si tratta può sottoporre, con dichiarazione espressa in forma testamentaria, l'intera successione alla legge dello Stato in cui risiede». La ley así designada constituye, por lo tanto, la *lex successionis* y, además, esta ley regula la capacidad especial de recibir por testamento ex art.23 frase 2 ley D.I.Pr..

Benedetta Ubertazzi

93 Vid el capítulo IV de la monografía.

94 Cfr. Barel B., Sub art.19 l.d.i.pr., en *Commentario Bariatti*, 1075-1085; Clerici R., Sub art.19 l.d.i.pr., en *Commentario RDIPP*, 95-105; Ballarino T., D.i.pr., 274; Pocar F., *Il nuovo cit.*, 48; Conetti G., Sub art.19 l.d.i.pr., en *Commentario Conetti-Tonolo-Vismara*, 60-62; Barel B., Sub art.19 l.d.i.pr., en *Commentario breve Cian-Trabucchi*, 38-40.