

## ARTÍCULO ORIGINAL

---

### Origen de la codificación del Derecho internacional privado en España: en el bicentenario del proyecto de Código Civil de 1821

#### Origin of the codification of Private international law in Spain: in the bicentennial of the draft of the Civil Code of 1821

José Antonio Tomás Ortiz de la Torre<sup>1</sup>

Académico de Número de la Sección de Derecho de la Real Academia de Doctores de España  
j.a.tomasortiz@gmail.com

#### RESUMEN

En este artículo el autor recuerda el primer proyecto de Código Civil redactado en España en 1821, al cumplirse ahora el segundo centenario, en el que ya se incorporaron algunas reglas de Derecho internacional privado. El autor compara éstas con las que fueron incluyéndose en trabajos y proyectos posteriores a lo largo del siglo XIX, hasta llegar al texto definitivo del Código Civil de 1889 en el cual algunos de los principios básicos de Derecho internacional privado, contenidos en los artículos 8 a 11, ya figuraban en el proyecto de 1821, de ahí su gran mérito en la historia de la codificación española del Derecho internacional privado.

**PALABRAS CLAVE:** Proyectos de Código Civil español; historia legislativa del derecho internacional privado en España; derecho internacional privado español.

#### ABSTRACT

In this article the autor recalls the first draft of the Civil Code drawn up in Spain in 1821, when the second centenary is now beign fulfilled, in which some rules of private international law have already been incorporated. The autor compares these with those that were subsequently included in later works and projects throughout the 19th century, until reaching the final text of the Civil Code in 1889 in wich the basic principles of private international law contained in articles 8 to 11 already were

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho *cum laude* por la Universidad Complutense de Madrid y premio “Blasco Ramírez” del doctorado. Profesor Titular supernumerario de Derecho internacional público y privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense y Ex Secretario General de dicha Universidad. Académico de número y Ex Presidente de la Sección 3ª (Derecho) de la Real Academia de Doctores de España. Académico de número de la Real Academia Asturiana de Jurisprudencia. Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España y representante de la misma ante la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos. ExSecretario General de la International Law Association (rama española). Miembro del equipo jurídico español ante el Tribunal Internacional de Justicia en el caso *Barcelona Traction Light and Power Company Limited* (Bélgica c. España). Miembro supernumerario del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional. Delegado del Rector de la Universidad Complutense en el Colegio Universitario de Segovia (1984-2007). Miembro de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. Abogado del Ilustre Colegio de Madrid.

included in the aforementioned draft of 1821. Therefore, its great merit in the history of the Spanish codification of private international law.

**KEYWORDS:** Spanish Civil Code projects; legislative history of private international law in Spain; Spanish private international law.

*Te has ido, pero queda tu historia de jurista eminente.*

A la memoria de mi querido amigo y compañero el Doctor Luis Martínez-Calcerrada Gómez, Académico de Número y expresidente de la Sección tercera de la Real Academia de Doctores de España, Catedrático de Derecho Civil y Magistrado Emérito del Tribunal Supremo.

## 1.- ANTECEDENTES DEL PROCESO CODIFICADOR ESPAÑOL

---

El llamado “conflicto de leyes”<sup>2</sup> (*conflictu legum*) ya estaba presente en la Hélade clásica nada menos que quince siglos antes de que se plantease en Italia por el magister Aldricus, como oportunamente recordaba el profesor griego Georges Maridakis, en el curso que profesó en la Academia de Derecho Internacional de La Haya hace casi sesenta años,<sup>3</sup> y se identifica con el “Derecho internacional privado”,<sup>4</sup> así denominado desde que en 1834 propusiese ese nombre el norteamericano Joseph Story, y fuese popularizado en Europa desde 1843, a través de la obra del naturalizado francés Jean Jacques Foelix. Su historia en España, al igual que sucede en otros países del viejo continente, es larga y diversos textos del antiguo Derecho español así lo confirman. En efecto, la discusión sobre la aplicación extraterritorial (“personal”) o territorial de las leyes ya se plantea con el Código de Eurico (*circa* 480 d. C.), el Breviario de Alarico (506 d. C.) o ante la ley de Teudis (546 d. C.). En el Fuero Juzgo (654 d. C.) existe una norma en el Libro III, Título I, ley 1<sup>a</sup>, por la que se permiten los matrimonios mixtos entre godos y romanos, un caso típico de conflicto de leyes. Otras reglas sobre la personalidad o territorialidad de las leyes figuran en el Fuero Real de España (1254 o 1293), entre otros textos, hasta que el Código de las Siete Partidas se convirtió en la primera manifestación de la codificación nacional del Derecho internacional privado, demostrando con su sistema de reglas de conflicto,<sup>5</sup> aunque breve y rudimentario, que en España se plantearon las soluciones a los conflictos de leyes con más de un siglo de antelación a las doctrinas de Bartolo, un código que no sólo tiene una significación capital para nuestro sistema, sino que las Partidas, como afirmó el profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Michigan, Hessel E. Yntema,

---

<sup>2</sup> Como es sabido, siempre que en el caso planteado el juez del Estado, desde su punto de vista, aprecie la existencia de, al menos, un *elemento extranjero* (personal, real o fáctico), el supuesto queda circunscrito al sector del “conflicto de leyes” o del Derecho internacional privado, títulos indistintamente utilizados en el mundo jurídico principalmente anglosajón y en el continental, respectivamente.

<sup>3</sup> Maridakis, Georges: *Introduction au droit international privé*, en Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye (1962-I), vol. 105, pp. 375-515.

<sup>4</sup> El “contenido” del Derecho internacional privado nunca ha sido cuestión doctrinal pacífica y al lado del “conflicto de leyes” punto en el que la unanimidad existe en toda la comunidad científica, se fueron añadiendo, a partir de finales del siglo XIX, otras materias como el Derecho de nacionalidad, el Derecho de extranjería, reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, etc. Ahora bien, cuando se hace referencia al sistema “conflictual” es a las reglas de conflicto, o de colisión, las reglas indirectas que contienen un supuesto y seguidamente señalan por qué ordenamiento jurídico está éste regulado. Y, desde esta perspectiva enfocamos aquí el sistema de Derecho internacional privado del proyecto de Código Civil de 1821, a los efectos de comprobar qué reglas, en él contenidas, son de conflicto y cuáles, aunque puedan estar inmersas en el Derecho internacional privado, no lo son.

<sup>5</sup> Partida 1<sup>a</sup>, Título I, Ley XV; Partida 2<sup>a</sup>, Título XIV, Ley XV; Partida 4<sup>a</sup>, Título XI, Ley XXIV.

“han servido para marcar uno de los momentos más decisivos en la evolución general del Derecho internacional privado”,<sup>6</sup> e incluso se ha llegado a apuntar que han podido ser, en cierta medida, fuente de algún código elaborado en el siglo XVIII y en este sentido escribe De Castro que “algunos preceptos del Código Prusiano, a primera vista, pueden parecer inhábil traducción de alguna olvidada ley de las *Partidas*”.<sup>7</sup> También a mediados del siglo XIV aparecieron reglas, cuyo efecto es objeto de debate doctrinal, como en el caso del Ordenamiento de Alcalá (1348).<sup>8</sup> Durante los siglos XVI y XVII se desarrolló, aunque también no sin polémica, una escuela “estatutaria española” de la que formaron parte un nutrido grupo de juristas, procedentes de distintas regiones,<sup>9</sup> sin perjuicio de que los tribunales españoles tuviesen en cuenta, y aplicasen, doctrinas de otras escuelas europeas, como lo demuestra, no ya que determinadas reglas declarasen fuente del Derecho las opiniones de Bartolo y de otros autores<sup>10</sup>, sino las propias afirmaciones de determinados juristas como, por ejemplo, Juan Voet, de la escuela holandesa del siglo XVII, según el cual “... l’opinion professée par lui a été reconnue par la jurisprudence dans les Pays-Bas, en Allemagne, en Espagne et en France...”.<sup>11</sup> Habría que esperar, no obstante, a que, tras ciertos antecedentes que aparecen en el siglo XVIII,<sup>12</sup> se iniciase en Europa, con la llegada del siglo XIX, la codificación del Derecho civil, y con él la del Derecho internacional privado ya que sus reglas fueron generalmente incorporadas en los códigos civiles que se promulgaron a lo largo de la centuria, fenómeno

---

<sup>6</sup> Yntema, Hessel E.: *The Historic Bases of Private International Law*, en *American Journal of Comparative Law*, 1953, núm. 3, p. 302, cit. por Aguilar Navarro, Mariano, en el colectivo: Universidad de Madrid. Cátedra de Derecho Internacional Privado: *Textos y Materiales de Derecho internacional privado*, vol. I, Textos y Documentos, Facultad de Derecho. Sección de Publicaciones, Madrid, 1970, p. 15; esta compilación, en la que tuve el honor y la satisfacción de colaborar, recoge además de otros muchos textos, referentes a España y extranjeros, todos los atinentes al proceso de codificación del Derecho internacional privado español desde 1821 hasta el Código Civil (pp. 21-39), así como los posteriores de la etapa anterior a la reforma del Título Preliminar contenida en el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo (Boletín Oficial del Estado de 2 de julio de 1974).

<sup>7</sup> Castro y Bravo, Federico de: *Derecho civil de España. Parte general*, t. I, Libro preliminar. Introducción al Derecho civil, 3ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955, p. 205, nota 2.

<sup>8</sup> Vid. Tomás Ortiz de la Torre, José Antonio: *Derecho internacional privado. Parte general*, vol. I, Introducción, Historia doctrinal y Codificación, Servicio Publicaciones Facultad Derecho. Universidad Complutense Madrid, Madrid, 1992, pp. 278-288.

<sup>9</sup> Sin ánimo de exhaustividad: Plegamans, Canellas, Mieres, Ferrer y Nogués, Despujol, Ripoll, Cáncer, Rodericus Xuares, Gregorio López, Antonio Gómez, Covarrubias y Leyva, Morlá, Azevedo, Carleval, Peláes de Meres, Molina, Francisco Suárez, Soto, García de Villadiego, Palacios Rubios, Pérez de Salamanca, Menchaca, Gometius León, Villalobos, Navarro, Núñez de Avendaño, Burgos de Paz, Caldas y Castro, Gaspar Rodríguez, etc.; sobre esta escuela, vid. Tell y Lafont, Guillermo Augusto: *Notas sobre la teoría de los Estatutos en la antigua jurisprudencia catalana*, Barcelona, 1887, con reproducción en la Revista Jurídica de Cataluña, 1954; Simó Santonja, Vicente Luis: *Aportación al estudio de los estatutarios españoles*, Valencia, 1959; Tomás Ortiz de la Torre, José Antonio: *Derecho internacional privado...*, *op. cit.*, pp. 360-376.

<sup>10</sup> Vid. Tomás Ortiz de la Torre, José Antonio: *Derecho internacional privado...*, *op. cit.*, 311-314.

<sup>11</sup> Las cursivas son mías, vid. Foelix, Jean Jacques: *Traité du droit international privé ou du conflit des lois de différentes nations en matière de droit privé*, 2ª ed., París, 1847, p. 99.

<sup>12</sup> Código de Baviera (1756); Código de Prusia (1794).

éste que no sólo se produjo en Europa sino que se extendió también por América, e incluso llegó al lejano Oriente.<sup>13</sup>

A decir verdad en España el movimiento codificador se había dejado sentir, aunque muy tímidamente, antes del comienzo del siglo XIX, pues, en concreto, ya había sido solicitado a Felipe II, por Pedro Simón Abril, “un nuevo cuerpo de derechos”, y después, mediado el siglo XVIII, con la iniciativa del alcalde mayor de Murcia, Gonzalo Rioja, que dedicó a Fernando VI un *Compendio para la formación de un Código a imitación de los publicados en Nápoles y Prusia*, editado en dicha ciudad en 1753, aunque su contenido no se correspondiese, en absoluto, con el título.<sup>14</sup> Siguieron la *Nueva y la Novísima Recopilación de las Leyes de España*, no exentas de crítica e incluso de autocrítica por el mismo Reguera Valdelomar, pero el sector del conflicto de leyes no hizo acto de aparición hasta el proyecto de Código Civil de 1821 debiendo plantearse, a propósito, una circunstancia que estimamos importante en el plano del Derecho internacional privado español, a la que quizá no se ha prestado suficiente atención, y que tuvo lugar antes de esa fecha, concretamente durante la Guerra de la Independencia (1808-1814), mientras el rey intruso José I ocupaba el Palacio Real de Madrid. Cuatro años antes del comienzo de dicha guerra había sido promulgado el Código Civil francés (1804), acaso el más famoso Código Civil del mundo, que incluyó el armazón del Derecho internacional privado en un sólo artículo: el 3<sup>o</sup>.<sup>15</sup> De Castro afirma que: “Nada significan en nuestra vida jurídica la Carta de Bayona, con su referencia a un Código civil (art. 96)<sup>16</sup>, ni el Código promulgado por José Napoleón;<sup>17</sup> fueron reglas tiránicas impuestas por el invasor y sólo obedecidas a la fuerza en la zona por él esclavizada”<sup>18</sup>. El ilustre civilista no concreta de qué código se trata exactamente, pero sin duda se está refiriendo al “*Libro. Código Napoleón, ó sean las Leyes civiles que hoy gobiernan á la Francia, traducido al castellano según la edición que contiene las variaciones adoptadas por el cuerpo legislativo en 3 de septiembre de 1807*”,<sup>19</sup> que anunciaba el número 81 de la *Gazeta de Madrid*, del 22 de marzo de 1809, por lo que, tal vez, podría pensarse que el

---

<sup>13</sup> A título de ejemplo, pueden señalarse en Europa los códigos de Francia (1804); Austria (1811); Holanda (1817); Estados Pontificios (Reglamento legislativo y judicial para asuntos civiles, 10 de noviembre de 1834); Zúrich (1853); Sajonia (1863); Piamonte (1865); Alemania (1896). En América los códigos de Haití (1825); Chile (1855); Ecuador (1860); El Salvador (1860); Uruguay (1868); Argentina (1869); Colombia (1873); Costa Rica (1887) y, en fin, en Extremo Oriente el entonces Nuevo Código Civil de Japón (1898), vid. Aguilar Navarro, Mariano: *Lecciones de Derecho internacional privado*, vol. I, t. I, Introducción y Parte general, 2ª ed., Madrid, 1963, pp. 379-400; Tomás Ortiz de la Torre, José Antonio: *Legislaciones nacionales de Derecho internacional privado*, Ed. Revista de Derecho Privado (EDERSA), Madrid, 1995, pp. 974 más XXIII.

<sup>14</sup> Castro y Bravo, Federico de: *op. cit.*, p. 204, notas 5 y 6.

<sup>15</sup> Dice así: “Las leyes de policía y de seguridad obligan a todos los que habitan en el territorio. Los inmuebles, incluso los poseídos por extranjeros se rigen por la ley francesa. Las leyes concernientes al estado y capacidad de las personas rigen a los franceses, incluso cuando residan en países extranjeros”.

<sup>16</sup> El artículo 96 de la Constitución de Bayona (1808) dice así: “Las Españas y las Indias se gobernarán por un solo Código de leyes civiles y criminales”.

<sup>17</sup> Las cursivas son mías.

<sup>18</sup> Castro y Bravo, Federico de: *op. cit.*, p. 205.

<sup>19</sup> Publicado en la Imprenta de la Hija de Ibarra, Madrid, 1809, (iii)-xxiv más 426 pp.

Derecho internacional privado francés, es decir, el citado artículo 3 del *Code Napoléon* habría estado vigente, si no en toda España, al menos en la parte del territorio ocupado por los franceses, sin embargo esto no fue así pues, según las investigaciones de Petit Calvo, aunque en el proyecto A (mayo de 1808) de la Constitución de Bayona (6 de julio de 1808) figuraba un artículo 53 que decía que: “El Código Napoleón formará la ley civil del reino”, este texto no aparece en ninguno de los 146 artículos el texto definitivo, y además aunque el propio emperador se interesó por la posibilidad de poner en vigor en España el *Code Napoléon* éste fue disuadido por las instituciones españolas e inclusive por su hombre en Madrid, el mariscal Joachin Murat, aunque, independientemente de ello, en España se sintiese ya “la necesidad de un código legal y metódico”. En consecuencia, como afirma el citado catedrático de Historia del Derecho y de las Instituciones, de la Universidad de Huelva, “el *Code civil*, al fin *Code Napoléon*, no se introdujo en España como ley nacional”,<sup>20</sup> por lo que entonces resulta imposible que el Derecho internacional privado francés (es decir, el artículo 3 de dicho Código) hubiese estado vigente en nuestro país durante el período de la ocupación francesa<sup>21</sup>.

Tras los antecedentes apuntados (*nihil novum sub sole*) la formación de un sistema propiamente dicho de Derecho internacional privado español comenzó, pues, con el movimiento codificador, y se manifiesta por vez primera con el proyecto de Código Civil de 1821, al que siguieron el proyecto de 1836, los trabajos de 1844 y 1849, el proyecto de 1851, el proyecto de libro I de 1869, el anteproyecto de Código Civil (1882-1888), los dos proyectos de Ley de Bases (1881 y 1885), la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 y, por fin, las reglas incorporadas en el Código Civil, de 6 de octubre de 1888/24 de julio de 1889, reglas con las que se comparará seguidamente el articulado del proyecto de 1821, a fin de comprobar cómo evolucionó ese primer sistema de Derecho internacional privado en los proyectos posteriores y, al final, qué llegó de él al sistema del Código Civil en su primera versión.

## 2.- EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1821: LOS TEXTOS Y ALGUNAS APOSTILLAS

---

Si, como se ha apuntado, el ideal codificador en España se sintió ya especialmente en el siglo XVIII, el propósito real de codificar el Derecho civil, así como algún otro sector, reapareció de nuevo en el segundo período constitucional (1820-1823),<sup>22</sup> y de hecho ya el año anterior, el 2 de diciembre de 1819, Fernando VII había ordenado al Consejo de Castilla la elaboración de

---

<sup>20</sup> Así, en el excelente estudio de Petit Calvo, Carlos: *España y el Code Napoléon*, en Anuario de Derecho Civil, t. LXI, fasc. IV, 2008, pp. 1787-1788.

<sup>21</sup> Las leyes aplicadas en la zona ocupada fueron posteriormente compiladas por Juan Miguel de los Ríos, vid. *Código español del reinado intruso de José Napoleón Bonaparte, o sea Colección de sus más importantes leyes, decretos e instituciones (compilado) por Juan Miguel de los Ríos*, Imprenta de Ignacio Boix, Madrid, 1845.

<sup>22</sup> Vid. Castro y Bravo, Federico de: *op. cit.*, p. 206.

un Código penal. Siguiendo, pues, esa directriz fue nombrada, el 22 de agosto de 1820, una Comisión redactora de un Código Civil, que estaba compuesta por los señores Cano, Cuesta, Garelly, Hinojosa, Navarro y San Miguel, la cual presentó al año siguiente un proyecto bajo el título *Proyecto de Código Civil que presenta la Comisión Especial de las Cortes nombrada en 22 de agosto de 1820*<sup>23</sup>, en el que se dedican al Derecho internacional privado, además de algunas consideraciones en su “Discurso preliminar”, nueve preceptos.<sup>24</sup> Se trata, como señala De Castro, del intento legislativo quizá más curioso y original de nuestros tiempos modernos, precedido del citado “Discurso preliminar” que él califica de “curiosísimo”,<sup>25</sup> echándose, por cierto, de menos, en su citada y colosal obra cualquier referencia al Derecho internacional privado contenido en el proyecto, sobre todo si se tiene en cuenta que De Castro regentó en la Facultad de Derecho de la Universidad Central, durante la II República Española, la cátedra de dicha disciplina aunque ciertamente fuese por poco tiempo.

En dicho “Discurso preliminar” la Comisión redactora expone lo siguiente: “La primera (división de las leyes) que se presenta al entendimiento sin violencia es la de *Código interior* y *Código exterior*. Por poco que se reflexione, es fácil comprender que el hombre que vive en una determinada sociedad tiene dos grandes puntos de contacto: primero, sus derechos y obligaciones para con esta sociedad y para con los individuos que la componen; segundo, sus derechos y obligaciones que, como miembro de dicha sociedad, tiene respecto *de las otras que están o pueden estar en relación con ella*.<sup>26</sup> En sentir de la Comisión de Código Civil *no la pertenecen*, como tampoco a ninguna de las otras (Código Penal; actuación o procedimiento; rural y mercantil), *la formación de nuestro Código exterior*. Su parte no escrita resulta de los usos y costumbres de las naciones civilizadas; y con arreglo a ellas basta para establecer el principio general de la reciprocidad, en el cual se cifran todos los derechos y todas las obligaciones. Cualesquiera desvío, o más bien modificación de este principio para con tal o tal nación, ha de fundarse en algún tratado particular, o en excepciones determinadas que haya dictado alguna nación en uso de su indisputable soberanía, para reformar los abusos del derecho de gentes comúnmente recibido; como lo han hecho las Cortes en las dos legislaturas últimas, aboliendo, por una parte, el derecho de extranjería, y por otra, ofreciendo asilo a los extranjeros perseguidos por opiniones políticas”.<sup>27</sup>

Como se ve, desde luego, ya se tiene en cuenta la necesidad de un *Código exterior*, para aquellos casos en los que una persona, perteneciente a la sociedad española (un español), establezca relaciones jurídicas con otra perteneciente a una sociedad distinta (un extranjero), con lo que,

---

<sup>23</sup> Impreso de orden de la misma en la Imprenta Nacional, año de 1821.

<sup>24</sup> Arts. 25 a 29, 31, 53, 145 y 191.

<sup>25</sup> Vid. Castro y Bravo, Federico de: *op. cit.*, p. 206.

<sup>26</sup> Las cursivas son mías.

<sup>27</sup> Vid. el texto reproducido en el colectivo: *Textos y materiales de Derecho internacional privado, op. cit.*, p. 21.

en definitiva, los redactores están planteando la existencia de un *tráfico jurídico privado externo*, que es el que responde al actual Derecho internacional privado, el cual, además de esa “parte no escrita” (¿cuál es ésta? ¿se está refiriendo acaso a, por ejemplo, la regla *locus regit actum*, o a reglas consuetudinarias de Derecho internacional público?) es claro que precisa de otras reglas escritas como lo evidencia el que la Comisión las plasme en los aludidos nueve artículos, lo que, por cierto, no deja de resultar un tanto contradictorio con la afirmación que se hace de que a la Comisión “...no la pertenece(n)... la formación de nuestro *Código exterior*”, con lo que parece estar diciéndose que el Derecho internacional privado, pese a las estrechas vinculaciones que presenta con el Derecho civil, es materia a él ajena. Esto dicho, veamos seguidamente el “sistema” que figura en el proyecto.

Artículo 25: “*Las leyes que prescriben las obligaciones de los españoles en cuanto a su estado político, civil y religioso obligan al español, aunque resida en país extranjero, a no ser que la ley disponga literalmente otra cosa*”.

Estamos aquí en presencia de una regla de conflicto unilateral, puesto que solamente se refiere a los españoles, que sigue el modelo del artículo 3 del Código Civil francés, no sólo en la técnica sino en la conexión personal: la “nacionalidad”, abandonando así el “domicilio” que era la conexión propia de las escuelas estatutarias. Esta regla desaparece en el proyecto de Código Civil de 1836, de marcada tendencia territorialista, que tiene en cuenta, principalmente, a la persona del extranjero en España, al decirse en su artículo 6 que: “Las leyes obligan a todos los individuos del Estado sin distinción alguna, y también a los extranjeros según los términos que expresan los artículos 31 y 37”. Tal como está redactada esta regla parece imponer, pues, la aplicación de la ley española en su totalidad al estatuto personal, por tanto en materia de estado, capacidad y condición, a españoles y extranjeros, ahora bien ¿podría deducirse que esa ley española, obligatoria para “todos los individuos *del Estado*”, (¿son éstos solamente los españoles o también los extranjeros que se encuentren en territorio español?, y en este último supuesto “todos” o solamente los domiciliados?); si se entiende que sólo se refiere a los españoles ¿les obliga no solamente cuando estuviesen en España sino también cuando se encontrasen fuera de ella?; y si comprende a españoles y extranjeros respecto de éstos últimos ¿les obliga solamente cuando estuviesen en España, y no cuando se hallasen en el extranjero?; la duda persiste, desde luego, sobre si también están sujetos a la ley española en el extranjero los extranjeros que estuviesen “domiciliados” en España (del “extranjero domiciliado” habla el artículo 31) y se encontrasen fuera de ella ocasionalmente, más o menos tiempo, por cualesquiera razones.

De nuevo en los trabajos preparatorios de los vocales de la Comisión, sobre los libros primero y segundo del proyecto de Código Civil de 1851, concretamente del proyecto de Código Civil que fue redactado por Cirilo Álvarez Martínez, en virtud del encargo que recibió de la Sección de lo Civil de la Comisión General de Codificación, y que fue presentado en

noviembre de 1844 a dicha Comisión para su discusión, se vuelve al modelo de 1821 al decirse en el artículo 4, párrafo segundo, que: “ Las (leyes) que arreglan el estado y condición de las personas alcanzan a los españoles, aunque residan en país extranjero”, con lo que, nuevamente, se adopta una regla de dimensión personalista y técnicamente unilateral, al no decirse nada respecto a qué ley, en estas cuestiones, están sujetos los extranjeros cuando se encuentren en España. Esa regla no varía en los proyectos posteriores, salvo en que ya se refiere a “estado y capacidad”, así en el artículo 9 del proyecto de 1849,<sup>28</sup> artículo 7 del proyecto de Código Civil de 1851, artículo 10 del proyecto de Código Civil de 1869,<sup>29</sup> artículo 8 del anteproyecto de Código Civil (1882-1888) que amplía el supuesto: “Las leyes relativas a los *derechos y deberes de familia*, o al estado, *condición* y capacidad legal de las personas, obligan a los españoles, aunque residan en país extranjero”, que es la regla de carácter “personalista” y unilateral, que figurará literalmente en el artículo 9 del Código Civil, de 6 de octubre de 1888/24 de julio de 1889, y que estará vigente con ese texto hasta la gran reforma que el Título Preliminar sufre en 1974.

Artículo 26: *Las leyes que regulan los contratos, y la adquisición, conservación, aprovechamiento y transmisión de la propiedad territorial obligan a los extranjeros.*

La norma es aparentemente unilateral ya que lo que destaca es a los *extranjeros*, sin embargo se refiere también tácitamente a los españoles, aunque no los mencione expresamente, cualquier duda sobre su bilateralidad habría quedado resuelta si hubiese dicho que las leyes obligan a *todos*, o si hubiese incluido el término “*también*” a los extranjeros con lo que claramente habrían quedado comprendidos los españoles. Al aludir a los contratos la pregunta es ¿a todos? ¿o solamente los que se refieren a “propiedad territorial”?, se supone, claro está, que sita en España; del texto parece deducirse que son todos (pues el principio general de Derecho afirma que *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*) los celebrados en España, aunque no se especifique, los que quedarían sujetos a la ley española, pareciendo desprenderse de la regla que la ley española sería la aplicable a los tres aspectos que presenta el contrato o, por así decir, que lo configuran: capacidad de los contratantes, sean nacionales o extranjeros, así como a la forma y al fondo del mismo. Si se trata de “propiedad territorial” en España, habría que concluir que aunque el contrato se hubiese celebrado en el extranjero quedaría igualmente sujeto a ley española, ¿también en cuanto a la forma?, la pregunta parece oportuna porque no hay en todo el articulado un reconocimiento expreso de la ya entonces secular regla *locus regit actum*. Estas superficiales consideraciones ponen de relieve lo impreciso y defectuoso de la redacción de la regla. De la norma transcrita se puede colegir que todo lo relativo a posesión y propiedad de bienes *inmuebles*, aunque no se exprese

<sup>28</sup> Trabajos preparatorios del proyecto de Código Civil de 1851, primera revisión del Código Civil por la Sección del mismo (año 1849), cuyo original manuscrito obra en el archivo de la Comisión de Códigos del Ministerio de Justicia.

<sup>29</sup> Libro primero, de 19 de mayo.

así concretamente, queda sujeto a la *lex rei sitae*, lo que ya figura así en el artículo 5 de los trabajos de 1844: “Los bienes inmuebles sitos en territorio español se rigen por las leyes españolas, aunque estén poseídos por extranjeros” texto que, con alguna variación, se repite en los trabajos de 1849, así el artículo 10: “Los derechos y obligaciones relativos a los bienes inmuebles o raíces, aunque estén poseídos por extranjeros, se regularán por leyes españolas”, pero no hace referencia expresa, aunque se deduzca, a que estén “sitos en territorio español” como en la fórmula de 1844, como tampoco lo hace el artículo 8 del proyecto de 1851: “Los bienes inmuebles, aunque estén poseídos por extranjeros, se rigen por las leyes españolas”, volviendo, en cambio, a la precisión el artículo 11 del proyecto de 1869: “Los bienes inmuebles sitos en España, aunque estén poseídos por extranjeros, se rigen por las leyes españolas”; de nuevo en el anteproyecto de 1882-1888) vuelve a desaparecer la referencia a la situación en España al decirse en el artículo 9 que: “Los bienes inmuebles están sujetos a las leyes españolas, aunque se hallen poseídos por extranjeros” y, por fin, el artículo 10, punto segundo, del Código Civil estableció que: “...los bienes inmuebles, (están sujetos) a las leyes del país en que están sitos”, texto que coincide con la edición original de dicho cuerpo legal.

Por lo demás, la referencia a la ley aplicable a los contratos no volvió a aparecer en ninguno de los proyectos posteriores, salvo en lo relativo a su forma en donde sí se siguió la regla *locus regit actum*, con referencia expresa a los contratos, en el artículo 6 de los trabajos de 1844: “Las solemnidades de los contratos...”, en el artículo 10 del proyecto de 1851: “Las formas y solemnidades de los contratos...”, que repiten literalmente el artículo 11 del anteproyecto de 1882-1888, y el precepto del mismo número del Código Civil. Solamente, pues, llegó al Código Civil, en relación a los contratos la *forma*, y si en dicho cuerpo legal se echó en falta, durante ochenta y cinco años,<sup>30</sup> una regla de conflicto fue precisamente la que debería haber regulado el *fondo* de los contratos, que no llegó hasta la reforma de 1974 con el artículo 10.5 del Código Civil.

Artículo 27: “Las leyes que regulan la policía de seguridad, salubridad y comodidad obligan a los extranjeros que residen en el territorio de la nación”.

El precepto impone la territorialidad de la ley española en los tres supuestos, un tanto curioso, por cierto, el último de ellos. De nuevo se silencia a los, sin duda alguna, destinatarios españoles para centrarse en los extranjeros que “residen” en España. El precepto no figura en el proyecto de 1836, aunque su artículo 6, fuertemente territorialista, puede decirse que lo incorpora al determinar que: “Las leyes obligan a todos los individuos

---

<sup>30</sup> Sobre el contenido, o fondo, del contrato se incluyó una regla muy completa en el artículo 20 del Dahir de 1 de junio de 1914, sobre la condición civil de los españoles y extranjeros en el Protectorado español en Marruecos, pero ninguna trascendencia tuvo en el sistema conflictual del Código Civil ya que el citado Dahir solamente era aplicable en el territorio correspondiente al Protectorado. En la actualidad los contratos están regulados por el Reglamento (CE) número 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), salvo las exclusiones contenidas en su art. 1.

del Estado sin distinción alguna, y también a los extranjeros...”. Es el antecedente del artículo 8 del Código Civil que aparece, con distintas redacciones en los proyectos posteriores, así en los trabajos de 1844 el artículo 4, párrafo segundo, determina que: “Las leyes penales y de policía obligan a todos los que se *encuentran* en territorio español”; el artículo 8 de los trabajos de 1849 dice: “Las leyes de policía y de seguridad obligan a todos los que *habitan* en el territorio del Estado”, en el que, aparte de excluir las *leyes penales* emplea el verbo *habitar* de significado distinto al de *encontrar*, pues mientras *encontrarse* en el territorio puede ser puramente accidental y por muy poco tiempo, *habitar* significa que se encuentran, sí, pero permanentemente, es decir, que se está domiciliado y, por tanto, con *animus manendi*. De nuevo el artículo 6 del proyecto de 1851 incorpora las leyes penales y persiste en el “habitar”: “Las leyes penales y de policía obligan a todos los que habitan en el territorio del Estado”, pero esta norma está ausente en el proyecto de 1869 para reaparecer en el anteproyecto de Código Civil de 1882-1888, cuyo artículo 6 fija ya la fórmula que aparecerá literalmente (salvo el “el” anterior a territorio español) en el artículo 8 del Código Civil: “Las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública, obligan a todos los que *habiten* en el territorio español”. Precisamente el término “habitar” planteó la cuestión de si eran o no aplicables a quien “estuviese” en el territorio pero no “habitase” en él, y que fue resuelta definitivamente con la nueva redacción que el artículo 8 del Código Civil recibió en la reforma de 1974, que sigue vigente, cuyo párrafo 1 dice: “Las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se *hallen* en territorio español”. Con lo que no existe ya duda de que la obligatoriedad se extiende a *todos*, españoles y extranjeros, mientras se *hallen* aunque fuere por mínimo tiempo.<sup>31</sup>

Artículo 28: “*Los extranjeros pertenecientes al Cuerpo diplomático, que residen como tales en territorio de la Nación española, gozan de la protección y preeminencias estipuladas por los respectivos tratados; y en su defecto las que se dispensen a los diplomáticos españoles por la otra nación*”.

Esta regla de ninguna manera puede ser considerada como una regla de conflicto, sino que se incardina principalmente en el campo del Derecho internacional público, concretamente en el capítulo del Derecho diplomático, que en 1821 era consuetudinario,<sup>32</sup> con alguna rara excepción como fueron el Reglamento de categorías entre los agentes diplomáticos,

---

<sup>31</sup> El legislador de 1821 no se planteó la posibilidad de aplicar las leyes penales españolas a españoles, e incluso a extranjeros, que pudiesen delinquir fuera de España, según el tipo de delito; esa dimensión personalista (extraterritorial) se incorporó en la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial, promulgada el 15 de septiembre de 1870, título VII, capítulo III, Sección primera, artículos 333-346, aspecto que pasó después a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, libro primero, título primero, artículo 23, cuyo texto actualmente vigente sufrió desde 1985 hasta hoy diversas modificaciones.

<sup>32</sup> Recogido por los textos sobre derecho de gentes de la época; así, por ejemplo, en 1817 apareció la obra de Theodor Anton Heinrich von Schmalz titulada *Das europäische Völkerrecht in acht Büchern*, que fue vertida al francés por el conde Léopold de Bohm con el título de *Le droit des gens européen*, Chez N. Maze, libraire, rue Gît-le-Coeur, nº 4, París, 1823.

adoptado en el Congreso de Viena el 9 de junio de 1815, y el Protocolo de 21 de noviembre de 1818, adoptado en el Congreso de Aquisgrán, que creó una nueva clase de agentes diplomáticos.<sup>33</sup> Salvo esto las normas de Derecho diplomático eran entonces consuetudinarias regulando el rango de los agentes diplomáticos, sus funciones, sus derechos como la inviolabilidad y la inmunidad de jurisdicción penal y civil, la finalización de la misión, etc.<sup>34</sup> La regla alude a lo que pudieren establecer “los respectivos tratados”, y en su defecto apela al principio de reciprocidad. Al respecto cabe señalar dos instrumentos recogidos por el *Censo de tratados internacionales suscritos por España (16 septiembre 1125 a 20 noviembre 1975)*, el primero, de fecha 26 de marzo de 1662, titulado “Declaración de España concediendo la precedencia a todos los embajadores o ministros franceses sobre todos los embajadores o ministros españoles en todas partes y para siempre”, y el segundo el Arreglo, de 15 de marzo de 1737, con Portugal, “del conflicto producido entre ambas cortes por la detención de los embajadores respectivos”,<sup>35</sup> lo que evidencia que no se respetó la inviolabilidad de tales diplomáticos, a la que tenían derecho conforme a las normas consuetudinarias del Derecho internacional. Esos son los textos existentes en 1821 en relación a otros Estados. Pero en cuanto al trato a diplomáticos extranjeros en España, en relación a ciertas cuestiones, nuestra historia cuenta con algunas otras decisiones adoptadas por la corona española.<sup>36</sup> El texto del proyecto pasó con ligeras modificaciones

---

<sup>33</sup> Vid. los textos en Raventós, M.-Oyarzábal, I.: *Colección de textos internacionales*, tomo I, Ed. Bosch, Barcelona, 1936, pp. 280-281.

<sup>34</sup> Vid. la citada edición francesa del libro de Schmalz, libro III, pp. 81-135.

<sup>35</sup> Vid. Ministerio de Asuntos Exteriores. Secretaría General Técnica, t. III, 2, Índice KWOC, Madrid, 1976, p. 642; por lo demás, en el tomo III, 1, Índice KWOC, solamente se citan, además del Reglamento de Viena antes aludido, el Convenio con Francia, de 7 de enero de 1862, fijando los derechos civiles de los respectivos súbditos y las atribuciones de los agentes consulares destinados a protegerlos, y el Convenio, de idéntico título, con Portugal de 21 de febrero de 1870, p. 53, estos dos últimos, por tanto, muy posteriores al proyecto de Código Civil de 1821.

<sup>36</sup> Así, por ejemplo, la disposición que Carlos I da en Valladolid en 1523, renovada en Toledo en 1525 y en Madrid en 1528, relativa a que sus embajadores no serían extranjeros, sino siempre naturales de “estos nuestros Reynos” (Novísima Recopilación de las Leyes de España, libro 3, título 9, ley 1); la prohibición (que sigue afectando a los embajadores extranjeros (Novísima Recopilación de las Leyes de España, libro 7, título 17, ley 8); la orden del mismo monarca dada en Buen-Retiro, el 28 de febrero de 1653, sobre que el Nuncio y los embajadores de Alemania, Inglaterra, Polonia y Venecia cierren sus despensas “y en ellas no se venda a nadie cosas de comer ni de beber” (Novísima Recopilación de las Leyes de España, libro 3, título, 9, ley 2), una disposición que se repetiría por el mismo Felipe IV el 26 de agosto de 1662, por la reina gobernadora el 1 de octubre de 1675, y por Carlos II el 28 de junio de 1683; por su parte el Consejo ordenó, el 23 de enero de 1698, a la Sala de Alcaldes de Corte ejecutar la ley, y Felipe V, a consulta de 16 de noviembre de 1702, ordenó cerrar las botillerías y dependencias de los embajadores (vid. *Los Códigos Españoles concordados y anotados*, t. 7, Madrid, 1850, p. 299, nota 1). También Felipe IV dispuso en Madrid, el 4 de julio de 1663, los criados de los embajadores no molestasen a los ministros de Justicia en su ejercicio por lo que éstos “delante de las casas de Embaxadores y otros Ministros públicos han de poder pasar con las varas levantadas” (Novísima Recopilación de las Leyes de España, libro 3, título 9, ley 3); el 20 de junio de 1692, insistiendo el 21 de abril de 1697, dispuso Carlos II que no se practicasen diligencias judiciales con los criados de los embajadores y otros ministros públicos sin dar cuenta al presidente de la Sala y su real persona (Novísima Recopilación de las Leyes de España, libro 3, título 9, ley 4); pero, quizá, la norma de mayor impacto fue la de Felipe II que ante un conflicto por la detención del embajador de Venecia en Madrid intentó sancionar a los embajadores extranjeros conforme al derecho territorial y, en consecuencia, dispuso que: “... el día que sus Embaxadores cometiesen delito indino, i apartado de su profession, no gozasen de los privilegios i franquezas de su oficio, sino que fuesen juzgados por las leies del Reino donde assistiessen” (vid. Vera y Zúñiga, Juan Antonio de: *El embaxador*, reimpresión facsimilar de la 1ª ed. del año 1620, Madrid, 1847, folios 51 vto. y 52).

de redacción<sup>37</sup> a ser el artículo 33 del proyecto de Código Civil de 1836, pero desapareció de los trabajos posteriores y no se incluyó en el articulado definitivo del Código Civil. Fue la citada Ley Provisional sobre la Organización del Poder Judicial la inmunidad de jurisdicción penal en el artículo 334, la que se ocupó de la cuestión exceptuando de la posibilidad de ser juzgados a “... los Embajadores, los Ministros plenipotenciarios y los Ministros residentes, los Encargados de Negocios y los extranjeros empleados de planta en las Legaciones, los cuales, cuando delinquieren, serán puestos a disposición de sus Gobiernos respectivos”; y, posteriormente, la también citada Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, modificada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, cuyo artículo 21. 2 determina que los tribunales civiles “...no conocerán de la pretensiones formuladas respecto de sujetos o bienes que gocen de inmunidad de jurisdicción y de ejecución de conformidad con la legislación española y las normas de Derecho Internacional Público”, normas que no son otras que las contenidas en los artículos 29 a 31 de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 18 de abril de 1961, y en los artículos 41 y 43 de la Convención de Viena sobre relaciones consulares, de 24 de abril de 1963, ambas vigentes para España.<sup>38</sup>

*Artículo 29: “Las leyes dispensan a las personas y a la propiedad de los extranjeros, en tiempo de paz o de guerra, la misma protección que a las personas y a la propiedad de los españoles, con tal de que dichos extranjeros respeten la constitución política de la Monarquía, y las demás leyes que gobiernan a los súbditos de ésta.*

*Esta protección, en cuanto a las personas, se entiende sin perjuicio de los tratados existentes con otras potencias.*

*En ellos no se consideran comprendidas las opiniones políticas”.*

Este precepto tampoco es una regla de conflicto de leyes sino propia del Derecho de extranjería. En ella la “protección” a la persona del extranjero, en pie de igualdad con los españoles vuelve a repetirse en los artículos 29 y 31 del proyecto de 1836, pero no vuelve a aparecer hasta el proyecto de 1851 cuyo artículo 12 establece el principio de reciprocidad en estos términos: “Los extranjeros (*sic*) gozarán en España de los mismos derechos civiles que gocen en su país los españoles, salvo lo dispuesto o que se dispusiere por los tratados y leyes especiales”; tal precepto, o similar, no figura en el proyecto de 1869 pero sí en el anteproyecto de 1882-1888 cuyo artículo 25 es el antecedente del artículo 27 que entrará en vigor con el Código Civil; los dos textos son idénticos y dicen así: “Los extranjeros gozan en España de los derechos que las leyes civiles conceden a los españoles, salvo lo dispuesto

---

<sup>37</sup> Así, en vez de “en territorio de la Nación española” se dice “en España”; en vez de “por los respectivos tratados” se dice “en los respectivos tratados”; en fin, en vez de “por la otra nación” se dice “por las demás naciones”.

<sup>38</sup> La primera desde el 21 de diciembre de 1967, y la segunda desde el 5 de marzo de 1970.

en el artículo 2º de la Constitución del Estado<sup>39</sup> o en Tratados internacionales”<sup>40</sup>. Con posterioridad, la Ley de 15 de julio 1954 dará al artículo 27 del Código Civil la redacción que desde entonces está vigente: “Los extranjeros gozan en España de los mismos derechos civiles que los españoles, salvo lo dispuesto en las Leyes especiales y en los Tratados”.

Artículo 31: “*Son nulos los actos en que por renuncia o convenios se intente dejar sin vigor las leyes que regulan el orden público, las que apoyan la moralidad de las acciones y las que protegen los derechos de los individuos en razón de su edad, sexo u otra consideración general que reclama el amparo de la ley*”.

No olvidaron los redactores del proyecto de 1821 una referencia al “problema general” más antiguo del Derecho internacional privado: el orden público;<sup>41</sup> y aunque quedase limitada a actos unilaterales y convencionales, lo que evidentemente destaca es que en todo ordenamiento jurídico nacional existen unas leyes de “orden público internacional”, cuyo contenido de ninguna manera puede quedar sin efecto por causa alguna, porque constituyen, precisamente, los cimientos, el armazón estructural y fundamental del ordenamiento jurídico en cada país y en cada época determinada, por lo que esa norma, con mejor o peor redacción, está presente en la totalidad de los ordenamientos jurídicos del mundo. La defensa de esas leyes, aunque si referirse expresamente al orden público, se mantuvo en el artículo 11 del proyecto de 1836: “Es nulo cualquier acto en que se intente dejar sin efecto las disposiciones prohibitivas<sup>42</sup> de las

---

<sup>39</sup> Dicho artículo, de la Constitución de 30 de junio de 1876, decía: “Los extranjeros podrán establecerse libremente en territorio español, ejercer en él su industria o dedicarse a cualquiera profesión para cuyo desempeño no exijan las leyes títulos de aptitud expedidos por las autoridades españolas. Los que no estuvieren naturalizados, no podrán ejercer en España cargo alguno que tenga aneja autoridad o jurisdicción”.

<sup>40</sup> Vid. *El Código Civil. Debates parlamentarios, 1885-1889*, II, Senado, Madrid, 1989, p. 2073. La jurisprudencia del Tribunal Supremo dejó claro, en su Sentencia de 1 de julio de 1897 relativa al caso “Esclús c. Schierbeck”, que: “... la consecuencia, reconocida y sancionada por el derecho internacional, de que todas las demás medidas de seguridad y de amparo o protección establecidas por la ley en favor de los nacionales son extensivas a los extranjeros que residan, accidental o habitualmente, en el país, ora se refieran a la libertad o integridad de sus personas, ora a la garantía de sus derechos...”, vid. Puente Egido, José: *Derecho internacional privado español: doctrina legal del Tribunal Supremo*, Ed. Eunibar, Barcelona, 1981, p. 1042.

<sup>41</sup> En efecto, la remota noción de lo que después se denominará “orden público”, se halla en el concepto de “estatutos prohibitivos odiosos” que Bartolo de Sassoferrato formuló en la primera mitad del siglo XIV, vid. Tomás Ortiz de la Torre, José Antonio: *Derecho internacional privado...*, *op. cit.*, p. 308.

<sup>42</sup> El vocablo “prohibitivas” no tiene por qué comprender todas las leyes que son de “orden público”. En todos los ordenamientos jurídicos existen leyes prohibitivas que no afectan a la “estructura” intocable del ordenamiento jurídico. Para que una ley extranjera, una sentencia extranjera o un acto realizado en el extranjero resulten contrarios al orden público internacional del Estado, no basta, sin más, que sean contrarios a leyes prohibitivas, sino que se precisa, como modernamente figura en convenios internacionales y Reglamentos comunitarios, que sean *manifiestamente incompatibles* con el orden público de ese Estado; por ejemplo, en España el Código Civil prohíbe otorgar testamento mancomunado a los españoles de vecindad civil común (art. 669), sin embargo, esta prohibición no afecta a otros españoles de otras vecindades civiles cuyas leyes forales o especiales sí se lo permiten (Aragón, Navarra, País Vasco, Galicia), o a españoles, con independencia de su vecindad civil, en razón a una determinada condición (Ley 49/1981, de 24 de diciembre, del Estatuto de la explotación agraria y de los agricultores jóvenes); he aquí, pues, una norma prohibitiva que no es de “orden público internacional”, sino de “orden público interno” (sólo afecta a los españoles) (vid. Tomás Ortiz de la Torre, José Antonio: *De conflictu legum diversarum: el pluriverso jurídico-político español*, discurso de ingreso como Académico de Número en la Real Academia de Doctores de España, Madrid, 2014, pp. 79-83); en cambio, sí es de “orden público internacional” (porque afecta a todos: españoles y extranjeros) el que un musulmán

leyes...”, y en los trabajos de 1844 artículo 8: “Las leyes prohibitivas no pueden renunciarse, y lo hecho contra ellas es nulo, excepto el caso especial en que se establezca lo contrario”, mientras que en los trabajos de 1849, en el artículo 13, vuelve a aparecer la expresión “orden público”: “No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres”, lo que reproduce el artículo 7 del proyecto de 1869, salvo que en vez de “no podrán” se dice “no pueden”; sorprendentemente no existe tal regla en el anteproyecto de 1882-1888, pero sí aparece en el texto del Código Civil, artículo 11, párrafo tercero, el cual se agregó por el Real Decreto de 24 de julio de 1889 a la edición reformada, y que es del siguiente tenor: “No obstante lo dispuesto en este artículo y en el anterior, las leyes prohibitivas concernientes a las personas, sus actos o sus bienes, y las que tienen por objeto el orden público y las buenas costumbres, no quedarán sin efecto por leyes o sentencias dictadas, ni por disposiciones o convenciones acordadas en país extranjero”, texto que estuvo vigente hasta la reforma del Título Preliminar de 1974 que incorporó un fórmula incompleta, si se compara con la que se acaba de transcribir, así el nuevo artículo 12.3 del Código Civil dice: “En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público”, norma incompleta, como se ha dicho, porque contraria al orden público no solamente puede ser una “ley extranjera”, sino igualmente una “sentencia extranjera” que pretenda ser reconocida en España, incluso aunque en ella se haya aplicado el Derecho español, porque lo contrario al orden público puede radicar en el procedimiento seguido por el juez extranjero y, por último, cualquier “acuerdo”, celebrado en el extranjero, cuyo contenido y consecuencias se pretende que tenga efectos en España. Las tres vías que tiene ante sí el juez español por las que puede penetrar algo contrario al orden público internacional de España, estaban contempladas en el artículo 11, párrafo tercero del Código Civil, pero dos de ellas, como se puede comprobar, han desaparecido del nuevo texto del artículo 12.3, de dicho cuerpo legal, vigente desde 1974.

---

extranjero pretenda, conforme a su ley nacional que se lo permite (Emiratos Árabes Unidos, Marruecos, Benín, etc.) contraer (o lo contraiga consular) en España matrimonio con dos, tres o hasta cuatro esposas, ya en el mismo acto o en actos sucesivos, es decir, matrimonio poligámico, pues, aparte de que el Código Civil habla, en singular, de “el marido y la mujer” (art. 66), el artículo 46 lo deja claro en el párrafo 2º: “No pueden contraer matrimonio... 2º Los que estén ligados con vínculo matrimonial”, y respecto del ejemplo puesto de matrimonio poligámico, baste recordar que el artículo 217 del Código penal castiga, como delito que es, a: “El que contrajere segundo o ulterior matrimonio, a sabiendas de que subsiste legalmente el anterior” el cual, caso de celebrarse, resulta nulo conforme al artículo 73.2º del Código Civil. Desde la aprobación del Acuerdo entre el Estado español y la Comunidad Islámica de España por Ley 26/1992, de 10 de noviembre, aunque su artículo 7 no alude a la necesidad de matrimonio monogámico, ello se consideró, sin dudas, que así era, vid. Alenda Salinas, Manuel: *Poligamia musulmana y ordenamiento español: aproximación al estudio de cuestiones problemáticas*, en Anales de la Universidad de Alicante, Facultad de Derecho, núm. 8, 1993, quien afirma que “...puede decirse que en el artículo 7 del Acuerdo con la CIE no se autoriza la poligamia ni en el momento (constitutivo) de celebrar el matrimonio ni en la fase de constancia registral del mismo”, p. 155; en el mismo sentido, vid. Tomás Ortiz de la Torre, José Antonio: *Celebración del matrimonio*, en Aguilar Benítez de Lugo, Mariano, et al.: *Lecciones de Derecho civil internacional*, ed. Tecnos, Madrid, 1996, p. 107. Por tanto, contraviene el orden público internacional español un matrimonio poligámico que se pretenda celebrar, o celebre, en España, cualquiera que sea su forma, entre más de dos contrayentes, ya sea heterosexual o entre personas del mismo sexo, éste a partir de la Ley de 2 de julio de 2005. Y, en fin, ahí están las palabras del Tribunal Supremo, absolutamente terminantes, en su Sentencia de 14 de julio de 2009: “la poligamia no es simplemente algo contrario a la legislación española, sino algo que repugna al orden público español”.

Artículo 53: *“Para el goce de los derechos y para el cumplimiento de las obligaciones que concede o impone la ley, basta la calidad de español, o la de extranjero en los casos de los artículos 26, 27 y 29”.*

El precepto resulta inútil y un tanto absurdo porque lo que expresa está ya contenido explícitamente en otras normas. Resulta obvio que para gozar de los derechos que las leyes garantizan, y el cumplimiento de las obligaciones que imponen, a *españoles* es indiscutible que el interesado ha de poseer la nacionalidad española, y respecto de las leyes que se refieren expresamente a *extranjeros* resulta claro que los destinatarios son quienes no tienen la calidad de español, por lo que ante algo tan evidente es extraña esta regla repetitiva y, por tanto, innecesaria. Quizá por esa razón la norma desapareció de los trabajos y proyectos posteriores y, por supuesto, no figuró en el Código Civil.

Artículo 145: *“(La ley exige que se extienda instrumento público para la comprobación de todos los actos de nacimiento, matrimonio y muerte: artículo 134). Si dichos actos pasaren fuera del territorio español, las partes interesadas cuidarán de acreditar su existencia en forma legal y presentarán el documento justificativo al agente diplomático español más cercano, quien lo remitirá a la Secretaría de Estado y ésta los pasará a la de Gobernación”.*

Dejando a un lado que el nacimiento y la defunción son “hechos”, a diferencia del matrimonio que ciertamente es un “acto”, el precepto hace referencia a una cuestión puramente registral y, aunque se pueda inscribir en el sector del Derecho internacional privado, en su más amplio sentido, puesto que contempla la “extranjería” existente cuando el nacimiento, el matrimonio y la muerte de españoles se produzcan fuera de España, en realidad su inclusión en el sistema “conflictual” de Derecho internacional privado no parece totalmente adecuado. No obstante, en el proyecto de 1851 figura el artículo 355 que se refiere a la inscripción de nacidos “en campaña” fuera de España: “Respecto de los nacidos en campaña fuera del territorio español, el párroco castrense estenderá (*sic*) la partida de nacimiento por duplicado, y remitirá en el término de quince días, un ejemplar al Ministerio de la Guerra, y el otro a la Inspección del arma respectiva, donde se depositará”, y en el Anteproyecto de 1882-1888 el artículo 315 hace referencia a la inscripción a los fallecimientos: “Los fallecimientos ocurridos en el extranjero, en buques del Estado o mercantes, y en los ejércitos de campaña, se inscribirán en la forma dispuesta para los nacimientos”, lo cual en esa fecha no es de extrañar puesto que ya estaba en vigor la Ley Provisional del Registro Civil de 17 de junio de 1870, la cual juntamente con su Reglamento de 13 de diciembre del mismo año, entró en vigor el 1 de enero de 1871, conforme al Decreto de 15 de diciembre de 1870; de la inscripción de españoles nacidos en el extranjero se ocupaba el artículo 58 de dicha ley, del matrimonio con elemento extranjero los artículos 69 y 70, y de las defunciones el artículo 91. Por lo demás, con la Ley de 1870 ya vigente, el Anteproyecto de 1882-1888 se ocupó de la inscripción de los matrimonios

celebrados en el extranjero en el artículo 313, y de los fallecimientos ocurridos fuera del territorio nacional en el artículo 325, consecuencia de la regla general prevista en el artículo 291, según la cual: “Cuando los actos sujetos al registro tengan lugar en el extranjero, desempeñarán las funciones de jueces municipales los agentes diplomáticos y consulares de España”. En fin, el Código Civil determinó en su artículo 325 que: “El Registro del estado civil comprenderá las inscripciones o anotaciones de nacimientos, matrimonios..., defunciones..., y estará a cargo... de los agentes consulares o diplomáticos en el extranjero”. Por lo demás, La vigencia de la citada ley de 1870, a la que durante muchos años se refirió el artículo 332 del Código Civil, y su Reglamento, finalizó con la Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil, y el Reglamento para su aplicación contenido en el Decreto de 14 de noviembre de 1958. Como es sabido la ley de 1957 ha sido sustituida por la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil <sup>43</sup>, que ha entrado en vigor el 30 de abril de 2021<sup>44</sup> y cuya Disposición derogatoria 3ª deja sin vigor los artículos 325 a 332 del Código Civil.

Artículo 191: *La ley no reconoce fuero alguno especial respecto de los extranjeros, así en lo contencioso, civil o criminal como en lo gubernativo”.*

Esta regla no volvió a aparecer en los trabajos posteriores a 1821. Su intención no era otra que establecer la total igualdad en el acceso a la justicia entre españoles y extranjeros, habida cuenta de que en España desde el siglo XVII existió el Fuero de Extranjería<sup>45</sup>, que debió constituir, casi con toda certeza, como escribe Puente Egido, “el único modo de enfrentar el problema de la regulación de los derechos civiles de los extranjeros en el sistema jurídico español”, hasta que quedó suprimido definitivamente por el Decreto sobre Unificación de Fueros, de 6 de diciembre de 1868. Durante dos siglos y medio estuvo

---

<sup>43</sup> Boletín Oficial del Estado núm. 175, de 22 de julio de 2011.

<sup>44</sup> Vid. Garau Juaneda, Luis: *La Ley 20/2011, del Registro Civil, y sus efectos en el Derecho internacional privado español*, en Revista Española de Derecho Internacional (REDI), vol. 69, núm. 2, 2017, pp. 19-44.

<sup>45</sup> En la Novísima Recopilación de las Leyes de España, libro 6, título 11, ley 5, puede verse la cédula que Felipe V dicta en 1716 sobre el modelo para nombramiento de jueces conservadores a ingleses, franceses y holandeses, en la que se ordena que: “...únicamente habéis de conocer y conozcáis de los litigios que hubiere y resultaren entre sujetos de la propia Nación (de tal parte), siendo comerciantes transeúntes, que habitan, van y vienen a estos Reynos a comerciar por mayor, y no de los avecindados y arraigados en España; porque el privilegio que concede a aquellos no ha de trascender a estos por ningún motivo, causa o razón que se ofrezcan, respecto de las dependencias y litigios de los que están avecindados y arraygados en mis dominios tienen otra naturaleza, y deben seguir precisamente las mismas reglas que mis vasallos y súbditos sin diferencia alguna...”; sobre este fuero, vid. Pecourt García, Enrique: *Una institución singular en la Historia del Derecho Internacional Privado español: el “Fuero de extranjería”*, en Estudios de Derecho Internacional Público y Privado. Homenaje al profesor Luis Sela Sampil, Secretariado de Publicaciones. Universidad de Oviedo, Oviedo, 1970, p. 883 y ss.; Blanco Ande, Joaquín: *El Fuero de Extranjería en España*, tesis, leída en la Universidad Complutense de Madrid en 1975; Recondo Porrúa, Rodrigo: *El Sistema del Fuero de Extranjería (Contribución al estudio histórico de la competencia internacional de los tribunales españoles)*, en Estudios de Deusto, XXVI a XXVIII, 1978, 1979 y 1980; Puente Egido, José: *Derecho internacional privado español: doctrina legal del Tribunal Supremo*, Editorial Universitaria de Barcelona, Barcelona, 1981, pp. 3-18; Álvarez-Valdés y Valdés, Manuel: *Evolución del estatuto del extranjero en el Derecho histórico español*, tesis leída en la Universidad Complutense de Madrid, 1990, pp. 377-388, (de cuyo Tribunal calificador tuve la satisfacción y el honor de formar parte), con posterioridad fue publicada bajo el título *La extranjería en la historia del Derecho español*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1992.

presente en España esta peculiar institución por la que los extranjeros contaban con un juez especial, el juez conservador, que fue visto por algún internacionalista como equivalente al *praetor peregrinus* romano.<sup>46</sup> Y habría que añadir también el antecedente medieval en Inglaterra de los *pie-powders court*, tribunales que eran creados por un municipio con motivo de una feria o mercado, con jurisdicción ilimitada sobre acciones personales para casos que se suscitaban en el mercado, discordias entre comerciantes y delitos, y además los *staple courts*, tribunales creados por el rey “... para conocer de los juicios intentados por aquellas personas que había invitado a Inglaterra, y quienes, por tanto, gozaban de su protección; los “staple courts” y los “pie-powder courts”<sup>47</sup> resolvían controversias entre comerciantes; pero en tales casos se decidía de acuerdo con el Derecho mercantil que, al menos en teoría, era considerado un sistema de validez universal. En consecuencia, no se planteaba el problema de aplicar una legislación distinta de la inglesa”.<sup>48</sup>

El artículo 1 del citado Decreto de Unificación de Fueros determinó que: “Desde la publicación del presente Decreto, la jurisdicción ordinaria será la única competente para conocer...; 6º. De los negocios civiles y causas criminales de los extranjeros domiciliados o transeúntes”. Tras esto, y como no podría ser de otro modo, sólo existió, y existe, una jurisdicción para enjuiciar los asuntos de españoles y extranjeros. Así lo repitió la Ley provisional del Poder Judicial de 1870, y el artículo 51 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de 3 de febrero de 1881, referido a materia civil es claro: “La jurisdicción ordinaria será la única competente para conocer de los negocios civiles que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros”. Actualmente, los artículos 21 a 25 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, con las modificaciones sufridas desde entonces, señalan la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles, sin distinguir entre nacionales y extranjeros, y teniendo en cuenta siempre lo dispuesto en los tratados internacionales vigentes para España, en las normas de la Unión Europea y en leyes especiales, así como los supuestos de inmunidad de jurisdicción y ejecución, de acuerdo a las leyes españolas y a las normas del Derecho internacional público, según determina el citado artículo 21.

---

<sup>46</sup> Así, Bonfils, Henri: *De la compétence des tribunaux français a l'égard des étrangers en matière civile, commerciale et criminelle*, París, 1865, p. 207; sobre esa figura del Derecho romano, vid. Sohm, Rudolf: *Instituciones de Derecho Privado Romano*, trad. esp., Madrid, 1928, p. 54 y ss.

<sup>47</sup> Vid. Alderson Foote, J.: *Pie Powder being dust from the law courts collected and recollected on Western circuit*, 1911. El “piepowder court” fue calificado por sir William Blackstone en sus *Commentaries on the Laws of England*, obra publicada originalmente por Clarendon Press, Oxford, 1765, como “el más bajo y al mismo tiempo el más expeditivo tribunal de justicia conocido en el derecho de Inglaterra”.

<sup>48</sup> Parra Aranguren, Gonzalo: *Origen y evolución del sistema anglo-americano de Derecho internacional privado*, separata de la Revista de Derecho y Legislación, ed. Empresa El Cojo, S. A., Caracas, 1966, p. 5; vid. también, Henrich, Dieter: *Einführung in das englische Privatrecht*, ed. Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1971, p. 19 y ss.

### 3.- EPÍLOGO

---

Desde el proyecto de Código Civil de 1821 en los trabajos y proyectos que se sucedieron, a lo largo de casi setenta años, hasta la publicación del Código Civil se fue gestando un sistema de Derecho internacional privado con la redacción de normas de conflicto que tuvo como modelo, principalmente, el Código Civil francés de 1804 y el Código Civil de Piamonte de 1865, pero, en definitiva, fue la Base 2ª de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 la que fijó las directrices para la redacción de las reglas conflictuales que habían de figurar en el Código Civil. En el proyecto de Ley de Bases, fechado el 12 de enero de 1885, ya se establecía que: “Los efectos de las leyes y de los estatutos...” habrían de ajustarse “...a los preceptos constitucionales y legales hoy vigentes... inspirándose hasta donde sea prácticamente posible en el principio y doctrina de la personalidad de los estatutos”, texto que, con ligeras modificaciones, pasó a ser el contenido de la citada Base 2ª. En consecuencia, siguiendo el mandato, el legislador dedicó los artículos 9, 10 y 11 a cada uno de los “estatutos” que se formaron durante seiscientos años en las distintas escuelas estatutarias: estatuto personal (leyes que, como dice algún clásico, “miran” a las personas); estatuto real (leyes que se refieren a las cosas); y, estatuto formal (leyes que regulan la forma en que cristalizan los actos jurídicos), siendo de los tres éste último el más “moderno” ya que fue así formulado en el siglo XVII por Paulo Voet, miembro de la escuela estatutaria holandesa. Ese sistema estuvo vigente desde 1889 hasta 1974.<sup>49</sup> El primer intento de reforma del mismo constituido por el Anteproyecto que aprobó el pleno de la Comisión General de Codificación el 25 de enero de 1944, redactado por Yanguas Messía no prosperó, y un nuevo intento llegó con el proyecto de 14 de noviembre de 1962, redactado en este caso por Trías de Bes, pero tampoco tuvo efecto inmediato ya que hubo de esperar al proyecto de una ley de bases para modificar el Título Preliminar del Código Civil, de 4 de octubre de 1966. Tras unos años de silencio el proceso se activó en 1972 aprobándose la Ley de Bases, de 17 de marzo de 1973 que, tras el dictamen del Consejo de Estado, de 4 de abril de 1974, desembocó en el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, que sancionó con fuerza de ley el nuevo articulado del citado Título Preliminar. Desde esa fecha el nuevo sistema de Derecho internacional privado, contenido en el Código Civil, vino sufriendo numerosas modificaciones por leyes posteriores, convenios internacionales de aplicación *erga omnes* que fueron ratificados, o a los que España prestó su adhesión, y desde la entrada de España en la actualmente denominada Unión Europea por diversos Reglamentos comunitarios, todo lo cual ha supuesto una fuerte “crisis” en el sistema de reglas conflictuales introducidas en la reforma de 1974. En consecuencia, el sistema español de Derecho internacional privado aparece hoy absolutamente disperso y, por ello, sería precisa una ley, o código, de Derecho internacional privado que contenga las reglas conflictuales de fuente interna y las de remisión a los

---

<sup>49</sup> Sobre la codificación del Derecho internacional privado en España, vid. Tomás Ortiz de la Torre, José Antonio: *Derecho internacional privado...*, *op. cit.*, pp. 613-627.

tratados internacionales y Reglamentos comunitarios aplicables a los distintos supuestos de hecho al estilo de lo que han llevado a cabo otros legisladores en lo que va de siglo.<sup>50</sup>

El tiempo y la historia han seguido su curso y las normas se han ido adaptando a las necesidades de cada momento y a los avances tecnológicos, como no podría ser de otro modo. Lo virtual ha puesto fin a los soportes papel en favor de técnicas auténticamente revolucionarias, a consecuencia, si se me permite una licencia, de que, como en la famosa zarzuela *“La verbena de la Paloma”* afirmaba don Hilarión “hoy las ciencias adelantan que es una barbaridad”. Nada más cierto. Lo dicho en el castizo Teatro Apolo en 1894 fue válido entonces y lo sigue siendo hoy. No hace falta recordar la ingente cantidad de avances tecnológicos, en múltiples campos, que vienen produciéndose en estos últimos tiempos, baste el ejemplo de las recientísimas misiones espaciales y de haber podido seguir también este año en directo por televisión, el aterrizaje en Marte, situado a una distancia mínima de algo más de unos cincuenta y cinco millones de kilómetros, del rover “Perseverance” y después el despegue y vuelo del “Mars Helicopter Ingenuity” por la atmósfera marciana, hechos, por cierto, de enorme interés en cuanto a la proyección, una vez más, del Derecho internacional público sobre el espacio exterior y cuerpos celestes del sistema solar, desde el histórico 4 de octubre de 1957 fecha en la que tuvo lugar el lanzamiento del “Sputnik”, por la extinta Unión Soviética, con lo que comenzaba una ininterrumpida carrera espacial que cuenta ya con un alto número de misiones enviadas al espacio exterior con distintas finalidades. Después de todo esto no puede extrañar en absoluto que el Boletín Oficial del Estado haya abandonado su publicación en papel y que el artículo 3.2 de la nueva Ley del Registro Civil de 2011, entrada en vigor cuando se están redactando estas breves páginas, a modo de recordatorio, establezca que: “El Registro Civil es electrónico”, y el Preámbulo diga que: “... se prescindirá del Libro de Familia- que pierde su sentido dentro del modelo moderno que se ha configurado en la presente Ley-...”, con lo que desaparece un documento que desde 1915 ha estado presente en el archivo de todas las familias.

En la historia legislativa del Derecho internacional privado español desde 1821 hasta el sistema hoy vigente en 2021, el primer proyecto de Código Civil tiene el mérito de haber sido su base, semilla y germen, con independencia de las críticas que, visto desde hoy, sin duda puedan formularse. Las escasas reglas que en él se incluyen son origen del actual sistema de Derecho internacional privado español. En ocasiones el motivo de que, en la actualidad, una regla jurídica suscite extrañeza se debe simplemente a que no se conoce con exactitud la historia, a veces larga, que existe tras ella. Si se tiene en cuenta el grado de desarrollo en que el Derecho internacional privado se encontraba en Europa en 1821, y que como disciplina

---

<sup>50</sup> Por ejemplo: en Bélgica la ley, de 16 de julio de 2004, conteniendo el Código de Derecho Internacional Privado; en Panamá las leyes 7, de 8 de mayo de 2014, y 26, de 28 de octubre de 2014, conteniendo el Código de Derecho Internacional Privado, etc.

científica tuvo entrada por vez primera en España, en los estudios únicamente del doctorado en la Universidad Central, en el año 1866, y que no pasó a ser asignatura de enseñanza obligatoria en la licenciatura en Derecho hasta 1883, con el Real Decreto de 2 de septiembre de dicho año,<sup>51</sup> habrá que concluir, necesariamente, que a los miembros de la Comisión redactora de las nueve reglas atinentes al Derecho internacional privado insertas en ese primer proyecto de Código Civil, tampoco se les habría podido, ni se les puede, pedir mucho más. Pero con todo, sesenta y ocho años después, en el Código Civil aparecieron insertas la extraterritorialidad de las leyes rectoras del “estatuto personal”, la aplicación territorial de la ley en materia de policía y seguridad, la sujeción de los bienes inmuebles a la *lex rei sitae*, incluso también la igualdad de españoles y extranjeros ante la ley, sin olvidar la mención del “orden público” o sea, por así decir, los “principios” básicos que hoy son un lugar común en el Derecho internacional privado comparado. Pues bien, todo ello ya se encontraba, con mayor o menor precisión, en el texto del proyecto de Código Civil de 1821.

---

<sup>51</sup> Vid. Tomás Ortiz de la Torre, José Antonio: *La disciplina del “Derecho internacional privado” en España*, en Liber Amicorum. Estudios Jurídicos en homenaje al Prof. Dr. Antonio Rodríguez Sastre, International Law Association, Sección Española, Madrid, 1985, pp. 459-488.