

No discriminación por razón de sexo: Derecho internacional privado español

Por ALEGRIA BORRAS

Catedrática de Derecho internacional privado. Universidad de Barcelona

I. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE NO DISCRIMINACION POR RAZON DE SEXO

1. La Constitución 1978 ha incidido en todos los ámbitos de la vida española y, entre ellos, en las materias de Derecho internacional privado. Por esta razón se han producido modificaciones legislativas importantes (1). Sin embargo, la aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo no había recibido plena eficacia desde el momento que perduraba en la norma de conflicto aplicable a las relaciones personales y patrimoniales derivadas del matrimonio y la cuestión de la incidencial del matrimonio en la vecindad civil de los cónyuges. En efecto, en relación a los efectos del matrimonio, a falta de nacionalidad común, en el texto vigente antes de la Constitución, de 1974 (2), se aplicaba la ley nacional del marido al tiempo de la celebración del matrimonio. Por

(1) Ley 30/1981, de 7 de julio (*B.O.E.*, 20 de julio), que incluye un nuevo art. 107 sobre ley aplicable al divorcio y a la separación. Ver CARRILLO SALCEDO, J. A.; "La nouvelle réglementation du mariage dans le droit international privé espagnol", *Revue critique de Droit international privé*, 1983, pp. 1-35. También, Ley 51/1982, de 13 de julio (*B.O.E.* 30 de julio) sobre la nacionalidad y Ley 7/1985, de 1.º de julio (*B.O.E.* 3 de julio) sobre los derechos y libertades de los extranjeros, entre las disposiciones destacadas en el ámbito de Derecho Internacional Privado.

(2) Comentario sobre la reforma de 1974 de M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, volumen I, pp. 145-161; CARRILLO SALCEDO, J. A.: "Le nouveau Droit international privé espagnol", *Annuaire suisse de droit international*, 1976, pp. 9-35; IGLESIAS, J.L.: "Le nouveau système de règles de conflit du droit international privé espagnol", *Revue critique de droit international privé*, 1976, pp. 397-423; comentario de A. MARÍN en *Comentarios a las reformas del Código civil*, vol. I, Madrid, 1977, pp. 440-449 y, del mismo autor, "Los efectos del matrimonio en la reciente reglamentación española de Derecho internacional privado", *Anuario de Derecho civil*, vol. I, 1974, pp. 73-94.

otra parte, la vecindad civil, en cuanto conexión aplicable a los cónyuges españoles para determinar la ley aplicable dentro de las que coexisten en España, se mantenía que la mujer seguía la vecindad civil del marido (3).

Sin embargo, aquellas normas estaban derogadas por las disposiciones de los artículos 14 y 32, 1.º de la Constitución sin necesidad siquiera de declaración de inconstitucionalidad por el Tribunal constitucional (4), habiendo sido diferentes las soluciones propuestas por la doctrina para colmar el vacío así creado. Sin embargo, la situación era compleja desde el punto de vista práctico, puesto que en muchas ocasiones seguían aplicándose las normas anteriores, en cuanto su texto, aunque contrario a la Constitución, seguía apareciendo en el Código Civil.

2. De ahí que haya habido un largo proceso de modificación de estos artículos, que ha sido más largo y lento de lo deseable. La causa del retraso no se encuentra precisamente en los supuestos de tráfico privado internacional, sino ha sido, sobre todo, en relación a los conflictos de leyes de carácter interno que se producen en España como consecuencia de tratarse de un ordenamiento plurilegislativo.

Mención especial merece el proyecto de 1985 (5) de modificación del título preliminar del Código civil. La preocupación en el tema movilizó a diversos sectores y, concretamente en Cataluña, dio lugar a un informe de la Comisión Jurídica Asesora (6), en el que ya se manifestaban las dudas sobre algunos de los problemas que más adelante veremos. Otras propuestas menores fueron realizadas después (7), pero el

(3) Cuando, sin embargo, en materia de nacionalidad, ya en 1975 desapareció disposición similar, estableciéndose, como principio, que el matrimonio no afecta a la nacionalidad de los cónyuges y admitiendo que cualquiera de los cónyuges pudiera optar por la nacionalidad española del otro. Esta norma fue modificada en 1982, en el sentido de establecer que el extranjero casado con español o española, podrá adquirir la nacionalidad española por residencia, beneficiándose del plazo más breve de residencia existente, que es el de un año, disposición que se mantiene en la actual ley de 1990.

(4) Tal como siempre dijo J. D. GONZÁLEZ CAMPOS. Ver en *Derecho internacional privado. Parte especial*, 3.ª ed., Oviedo, 1990, sobre la base del art. 53 de la Constitución, de la Sentencia del Tribunal Constitucional 80/1982, de 20 de diciembre (en la que se subraya la "vinculatoriedad inmediata del art. 14") y también del *obiter dictum* del Tribunal Supremo en su sentencia de 6 de octubre de 1986, comentada por M. AMORES en *La Ley*, 1986, 4, pp. 725 y ss. y en *Revista Española de Derecho Internacional*, 1987, 1, pp. 239 y ss.

(5) Cuyo texto puede verse en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, número 1405, de 25 de diciembre de 1985.

(6) Informe 1/87, aprobado por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña el 7 de julio, sobre Ponencia de E. ROCA y A. BORRÁS. Las conclusiones publicadas en la *Memoria 1987*, pp. 35-38.

(7) Como la presentada por el grupo parlamentario del CDS con fecha 6 de junio de 1988 (*B.O. de las Cortes Generales*, Senado III Legislatura. Serie II, n.º 214 (a). de 30 de junio de 1988, comentada por A. BORRÁS en *Revista Española de Derecho Internacional*, 1989, 1, pp. 348-349.

mpulso decisivo fue más reciente, sobre la base de las reivindicaciones de diversos movimientos e institutos de defensa de los derechos de la mujer que condujeron a la presentación de un nuevo proyecto (8), que aunque limitado en sus disposiciones, tiene una enorme trascendencia en el ámbito del Derecho internacional privado.

3. Es así como se llega a la ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código civil en materia de no discriminación por razón de sexo (9) que, además de la modificación de una serie de normas materiales, que no son objeto de este comentario (10), realiza modificación importante de una serie de disposiciones de Derecho internacional privado.

Las disposiciones a las que se hará referencia son los artículos 9, apartados 2 y 3, relativos a los efectos del matrimonio, y apartado 8, relativo a las sucesiones (y, específicamente, a los derechos del cónyuge superstite), y al art. 16, sobre los efectos del matrimonio en los supuestos de tráfico interno, ámbito en el que también hay que situar los artículos 14 y 15 (11), relativos a la vecindad civil, en cuanto conexión utilizada en los conflictos de carácter interno.

Las normas de referencia afectan tanto a la dimensión internacional del derecho internacional privado, es decir, a los problemas derivados del denominado tráfico privado internacional, como a su dimensión interna (el denominado derecho interregional), consecuencia de la señalada coexistencia de ordenamientos civiles distintos en España. No debe dejar de señalarse que la frecuencia con que éstos se producen, tiene como consecuencia una especial preocupación práctica en relación a esta materia. Pero, además, ambos aspectos pueden aparecer en muchas ocasiones mezclados, en cuanto que si una norma de derecho internacional privado de otro país designa como aplicable el ordenamiento español, habrá de determinarse cuál de los ordenamientos españoles que coexisten debe ser aplicado, teniendo en cuenta las peculiaridades que más adelante se indicarán.

4. Antes de pasar a examinar los aspectos más relevantes de la ley de 15 de octubre de 1990, conviene referirse a una de las disposiciones que aparece como modificada en el texto, sin que, en realidad, constituya una modificación sino una corrección de errores. Me refiero, espe-

(8) Proposición de ley, presentada por el Grupo Socialista del Congreso, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, IV Legislatura, B, n.º 13-1, de 15 de diciembre de 1989.

(9) *B.O.E.* de 18 de octubre de 1990. Comentario de esta ley de A. BORRÁS en *Revue critique de droit international privé*, 1991 y de Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS en *Iprax*, 1991.

(10) Concretamente, los arts. 93, 159, 648, 1 y 2, 754, 756, 852, 853, 1066, 1257 y 1924, 2, B.

(11) Aunque este último no fuera modificado juntamente con los anteriores sino por la ley 18/1990, de 17 de diciembre, a la que se hará referencia más adelante.

cíficamente, a la norma del art. 9, 5 relativa a las normas de Derecho internacional privado en materia de adopción. La introducción de una norma relativa a esta materia puede resultar, incluso, curiosa, en una norma dedicada a la aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo cuando esta disposición no tenía ningún problema de esta naturaleza. En efecto, la ley 21/87, de 11 de noviembre, sobre adopción (12) introdujo un texto para el art. 9, 5 que es el que ahora aquí se reproduce, pero cambiando dos palabras que, como se puso de relieve inmediatamente después de publicada la ley de adopción, claramente constituyó un error en relación a aquella norma. El problema radicaba en que, en algunos de sus extremos, utilizaba el término “adoptante” en vez del término “adoptado” y, en el inciso final de la norma, decía “conocimiento” en vez de “consentimiento”. No deja, pues, de ser curiosa la forma utilizada para tal corrección (13).

II. LA DIMENSION INTERNACIONAL DE LA REFORMA

1. Efectos personales y patrimoniales del matrimonio

A) *El problema calificativo*

1. Una cuestión tradicional en el tema de los efectos del matrimonio es el planteamiento de las dudas acerca de si determinados efectos del matrimonio, específicamente los incluidos en el denominado “régimen primario” deben ser incluidos en el ámbito de los efectos personales o de los efectos patrimoniales del matrimonio, lo cual tiene trascendencia en el ámbito del derecho internacional privado si la ley reguladora de unos y otros no es la misma, sin perjuicio de que pueda consi-

(12) Sobre los aspectos de Derecho internacional privado de la ley, BOUZA, N.: “La nueva ley 21/87, de 11 de noviembre, sobre adopción y su proyección en el Derecho internacional privado”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1987, 6, pp. 897 y ss.; BRIOSE, P.: *Constitución de la adopción en Derecho internacional privado*, Madrid, 1990; PAZ AGUERAS, J.M.: *La adopción consular*, Madrid, 1990; RODRÍGUEZ MATEOS, P.: “La nueva orientación de la adopción internacional en la ley 21/1987, de 11 de noviembre”, *La Ley*, 1987, pp. 783 y ss. y *La adopción internacional*, Oviedo, 1988.

(13) Merece destacarse, además, que esta disposición no aparecía en el Proyecto originario, sino que fue objeto de una enmienda del Grupo Parlamentario Socialista en el Senado, que se justifica en razón de la “errata mecanográfica en la publicación de el B.O.E.”. No puede dejar de recordarse los problemas que se han producido en relación a las correcciones de errores. Como ejemplo significativo baste recordar el art. 22, apartado 2, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985 y la corrección de errores aparecida en el B.O.E. de 4 de noviembre de 1985, sustituyendo el término “demandante” (que fue el aprobado por el Congreso) por “demandado”, que es el que aparecía en todo el proceso previo y era el congruente con la finalidad perseguida.

derarse como poco trascendentes determinados efectos no patrimoniales (14). La distinción se mantenía en el texto anterior, refiriéndose el apartado 2.º del art. 9 a los efectos personales y el apartado 3.º a los efectos patrimoniales.

2. De ahí que deba ser alabado el hecho de que en la actual redacción introducida por la nueva ley en el apartado 2 del art. 9 se prescindiera de tal distinción, superándose el problema sobre la base de que se establece una ley única para regular todos los efectos del matrimonio, salvo la posibilidad incluida en el apartado 3 en relación a que los cónyuges celebren capitulaciones matrimoniales.

B) *El papel de la autonomía de la voluntad*

1. Puede considerarse que la nueva disposición ha dado un mayor alcance a la autonomía de la voluntad en el ámbito de los efectos del matrimonio, puesto que se establece una posibilidad de actuación en relación a cualquier tipo de efectos, sean estos personales o patrimoniales. Baste al respecto recordar que en la normativa anterior sólo conexiones objetivas estaban recogidas en relación a los efectos personales, quedando limitada la autonomía al grado permitido por la ley aplicable a los efectos patrimoniales del matrimonio. Actualmente, sin embargo, la función que a la autonomía de la voluntad se concede es mayor y plenamente situado en el concepto propio del Derecho internacional privado, en cuanto autonomía conflictual.

En efecto, en la regulación actual, el nuevo art. 9, 2 dispone que, a falta de ley personal común (determinada, según sea conflicto internacional o interno, por la ley nacional o por la ley de la vecindad civil), los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio.

2. La inclusión de una norma de esta naturaleza, merece algunas observaciones relacionadas con el papel y límites de tal autonomía.

En primer lugar, debe señalarse el lugar que ocupa la autonomía de la voluntad, puesto que, si bien es ampliada en relación a su aplicación a todo tipo de efectos, y teniendo en cuenta la posibilidad de capitulaciones previstas en el apartado 3.º, su utilización respecto a los efectos en general, queda limitada a los supuestos de inexistencia de ley personal común, cuando hubiera sido más lógico, en un sistema de respeto a

(14) Como dice GONZÁLEZ CAMPOS en *Derecho internacional privado*, cit., p. 224, para quien resulta más propio referirse simplemente a "relaciones entre los cónyuges, por tratarse de consecuencias derivadas de la voluntad de quienes deciden ligarse por el vínculo matrimonial". Ver también ABARCA, P.: "Sobre los efectos o relaciones personales entre los cónyuges en Derecho internacional privado", *Revista Española de Derecho internacional*, 1983, 1, pp. 43-60.

la autonomía de los cónyuges, admitir que esta opción pudiera realizarse aunque tuvieran la misma nacionalidad o la misma vecindad civil, tal como se propuso durante el debate parlamentario (15).

En segundo lugar, en relación a las garantías formales exigidas para evitar posibilidades de fraude, se exige documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio, lo cual, además, guarda relación con el momento relevante a estos efectos y al que se hará referencia más adelante.

En tercero y último lugar, debe señalarse que no se trata de una autonomía ilimitada, sino de una autonomía de opción, de posibilidad de elegir entre unas determinadas conexiones; éstas, sin embargo, se han ampliado notablemente, ya que no queda limitada a la ley personal de uno de los contrayentes, sino que puede referirse también a la de la residencia habitual de cualquiera de ellos.

C) *Las conexiones objetivas*

1. Como ya se ha señalado, en el nuevo texto la conexión principal en materia de efectos del matrimonio es la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo. Aunque este supuesto puede aún producirse en muchos casos, no es obvio señalar que cada vez son más frecuentes los supuestos en que la ley personal es distinta, como consecuencia de la misma no discriminación en razón de sexo, que conduce a que, después del matrimonio, pueda cada uno de los cónyuges mantener su nacionalidad o su vecindad civil, debiendo, sin embargo, encontrarse una ley reguladora de sus relaciones mutuas. Teniendo en cuenta este hecho y el que la autonomía de la voluntad, tal como se ha expuesto en el apartado anterior, pocas veces se ejercerá si se tiene en cuenta la tendencia existente en relación al otorgamiento de capitulaciones o a testamentos, no cabe duda que adquieren gran importancia las conexiones subsidiarias en cascada que establece la propia norma del art. 9, 2. Así, en el caso de cónyuges de diferente nacionalidad y que no hayan hecho uso de la autonomía de la voluntad, los efectos del matrimonio se regirán, en primer lugar, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio y, en su defecto, como conexión de cierre, se aplicará la ley del lugar de celebración del matrimonio.

2. En relación a la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio, hay que considerarla como la conexión que va a actuar en la mayoría de los casos, ya que ésta se supone que existirá habitualmente. Por otra parte, merece ser bien recibida esta conexión que, por su naturaleza fáctica y su mayor vinculación a la rea-

(15) Enmienda n.º 22, presentada por el Grupo Parlamentario Catalán, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso, 26 de marzo de 1990, Serie B, n.º 13-4.

lidad, tan amplia aceptación está teniendo en los diferentes ordenamientos internos y en los convenios internacionales. Por otra parte, no puede olvidarse que en España recibió ya acogida en materia de matrimonio en el art. 107 del Código civil en la reforma introducida por la ley 30/1981, como conexión subsidiaria en defecto de nacionalidad común para los supuestos de divorcio y separación. Precisamente esta norma, junto con la del art. 9, apartado 9 (16), fueron las que sirvieron de base para proponer la utilización de la conexión "residencia habitual" para colmar el vacío legal producido por la derogación por la Constitución de los apartados 2 y 3 del art. 9 del Código civil en su redacción anterior.

3. Menos acertada resulta la conexión de cierre, puesto que, en defecto de residencia habitual común inmediatamente posterior al matrimonio, se aplicará la ley del lugar de celebración del matrimonio. Pero el lugar de celebración es, en muchos casos, fortuito, por lo que la ley designada a través de esta conexión puede no presentar vínculo alguno con la misma vida matrimonial que está destinada a regular. Aunque el supuesto sea un tanto residual, teniendo en cuenta que en la mayoría de los casos existirá la conexión anterior, es decir, residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio, podía haberse utilizado otra conexión que hubiera cubierto mejor los supuestos en que no existiera tal residencia. Para estos supuestos hubiera resultado más adecuada una conexión de carácter flexible, estableciendo para tales casos residuales que se aplicaría la ley con la que el matrimonio presentase los vínculos más estrechos. Esta solución fue propuesta en el debate parlamentario (17), pero fue rechazada por ser considerada insegura y poco utilizada, olvidando la inclusión de este tipo de conexiones no sólo en textos vigentes en otras materias, sino en el ámbito que nos ocupa, en Alemania, Portugal, Suiza o en el proyecto italiano de 1989. La incorrección y falta de utilidad de la conexión de cierre incluida en la norma tiene, además, su reflejo en la disposición contenida en el art. 16, apartado 3, que luego examinaremos, al tratar de los conflictos internos.

4. Otro tema que merece señalarse y que es completamente nuevo es el relativo al momento a ser tomado en consideración para la fijación de la ley aplicable. En la nueva ley únicamente es relevante a tal fin el momento inicial de la vida matrimonial (con la excepción relativa a los pactos o capitulaciones matrimoniales) y no cualquier otro momento posterior. La solución, pues, es en este sentido, inversa a la legislación anteriormente vigente, ya que en el texto de 1974 la solución adoptada era en favor de la "última ley nacional común durante el matrimonio". Aunque la nueva solución adoptada sea, en general, digno

(16) En cuanto establece, con carácter general que la ley de la residencia habitual se considera como la ley personal para aquellos que no tienen nacionalidad o cuya nacionalidad es indeterminada.

(17) En la enmienda *cit.* del Grupo Parlamentario catalán.

de alabanza, debiera haber sido completada con una excepción (18) para los casos en que con posterioridad al momento inicial de la vida matrimonial se produzca una modificación tan notable que aconsejara tomar en consideración la vinculación existente con otro ordenamiento.

D) *Las capitulaciones matrimoniales*

1. Dentro del tema de los efectos del matrimonio, un aspecto esencial es el de la incidencia de las capitulaciones matrimoniales, en cuanto constituye la forma más habitual y conocida de ejercicio de la autonomía de la voluntad en relación al régimen de bienes en el matrimonio. Por esta razón, la cuestión está expresamente regulada en el apartado 3.º del art. 9.

2. Antes de entrar en el examen de las cuestiones a las que se refiere dicha norma, deben señalarse dos aspectos a los que la norma no se refiere, que son los relativos a la capacidad para su otorgamiento y a los requisitos formales.

En efecto, nada se establece en la norma en relación a la capacidad para su otorgamiento, por lo que puede entenderse que en Derecho internacional privado español se estará a la regla general de capacidad (19) o, por el contrario, entender que se trata de una capacidad negociada especial y que deberá estarse a lo que disponga la ley que rija su validez (20).

Tampoco se dice nada respecto a las exigencias formales y registrales de su otorgamiento, por lo que, en este caso, habrá que estar a lo dispuesto en el art. 11 del Código civil en materia de forma y, especialmente, a lo establecido en su apartado 2.º

3. En lo que se refiere al texto de la nueva disposición, establece que los pactos o capitulaciones matrimoniales “deben ser conformes” sea a la ley que rige los efectos del matrimonio, sea a la ley de la nacionalidad o de la residencia de uno cualquiera de los cónyuges. Con ello se supera el clásico debate acerca de si la ley aplicable determinaba solamente la admisibilidad misma de las capitulaciones (21) o alcanzaba también a la validez intrínseca de su contenido (22). La exigencia de que las capitulaciones sean “conforme” a la ley reguladora de los efectos conduce a entender que la ley aplicable lo es tanto a la misma posibilidad de capitulaciones como al contenido de las mismas.

(18) Como ha dicho M. AMORES en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Derecho internacional privado. Parte especial*, Madrid, 1991.

(19) Como ya dijera, en relación a la normativa anterior, AGUILAR, *cit.*, p. 149.

(20) Como hace M. AMORES, en GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Derecho internacional privado, cit.*, Madrid, 1991.

(21) Postura mantenida por GONZÁLEZ CAMPOS, *cit.*, pp. 238-239.

(22) Como sostiene PÉREZ VERA, E.: *Derecho internacional privado español. Parte especial*, Madrid, 1980, pp. 197-213.

Debe valorarse positivamente la ampliación de la autonomía de la voluntad, ya que los cónyuges pueden escoger cualquiera de las leyes enumeradas en la norma. Sin embargo, pueden plantearse problemas prácticos en algunos casos. En primer lugar, porque los cónyuges pueden, simplemente, designar una ley como aplicable, sometiéndose al régimen legal de bienes existente; en tal caso, el aplicador del derecho podría tener que llegar a examinar, en un caso límite, hasta cinco leyes. En segundo lugar, porque si se puede “estipular, modificar o sustituir” el régimen económico del matrimonio, no es imposible imaginar casos en que sólo de forma parcial el nuevo pacto modifique el precedente, sin sustituirlo completamente.

4. Aunque, en conjunto, deba recibirse bien la disposición del apartado 3.º, no debe olvidarse que ha dejado al margen una cuestión que es importante, cual es la relativa a la protección de los derechos de terceros en los supuestos de mutación del régimen económico matrimonial. En algunas de las enmiendas realizadas (23), se propuso incluir una norma que dijera que “el cambio de ley aplicable no afectará a los derechos válidamente adquiridos por terceros”, en sentido similar a la norma existente en el art. 16 de la ley alemana o en el art. 28, 3 del proyecto italiano. Sin embargo, tal propuesta fue rechazada sobre la base de entender que el art. 1.327 del Código civil (24) ya solucionaba el problema. Se olvidaba así que esta norma sólo soluciona la cuestión cuando, a través del punto de conexión resulte aplicable el Código civil, pero que sea norma no puede utilizarse en los supuestos en que sea aplicable otro de los derechos que coexisten en España o un derecho extranjero y carezcan de disposición similar al respecto.

2. Los derechos del cónyuge superstite

1. Como es bien sabido, los derechos del cónyuge superstite difieren mucho de unos ordenamientos jurídicos a otros, pero, en principio, acostumbran a guardar una cierta congruencia interna entre el régimen de bienes en el matrimonio y tales derechos sucesorios. Sin embargo, el sistema quiebra en el momento en que hay una modificación en la conexión que implica que sea diferente la ley aplicable a la sucesión de la que regula el régimen de bienes. Este problema, ya importante en la dimensión internacional del derecho internacional privado, se planteaba en el derecho español de forma especialmente grave en relación a los conflictos internos, atendidas las notables divergencias existentes entre los ordenamientos que coexisten en España. Por ello, una norma relativa a la materia se propuso ya en el Anteproyecto de la Comisión Ge-

(23) Enmienda n.º 22 *cit.* del Grupo Parlamentario Catalán.

(24) Que dispone que “para su validez las capitulaciones matrimoniales habrán de constar en escritura pública”.

neral de Codificación de 1981, en el texto de 1983 y en el de 1985, encontrándose una disposición al respecto en la norma ahora comentada, aunque poco tenga que ver con la no discriminación en razón de sexo.

2. En la ley de 15 de octubre de 1990, el texto del art. 9, 8 es el mismo que se aparecía en la reforma de 1974 (25), salvo, precisamente, que se incluye una disposición destinada a solucionar el problema de inadaptación existente, disponiendo que “los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge supérstite, se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes”. Aunque la disposición deba ser bienvenida, por dar respuesta a una cuestión planteada a menudo en la práctica y por la doctrina (26), hubiera resultado más adecuado incluir una norma similar a la del art. 16, 2 en relación a la viudedad aragonesa, que permite una compensación de derechos sucesorios para que el cónyuge supérstite no se vea ni beneficiado ni perjudicado. Por otra parte, la referencia meramente a la legítima de los descendientes, introduce un nuevo elemento de complejidad.

III. LA DIMENSION INTERNA

1. Los caracteres generales del derecho interregional

1. Como es bien sabido, España, aún antes de la Constitución, tenía un sistema plurilegislativo en materia civil, plurilegislación que, hasta el momento presente, se ha manifestado de forma especialmente amplia en materia, precisamente, de régimen de bienes en el matrimonio y de sucesiones. Este hecho ha provocado una especial atención y sensibilidad ante estas cuestiones (27), en cuanto que, hasta la fecha, ha sido mucho mayor la frecuencia de estos supuestos que la de los de tráfico jurídico internacional. Como antes se ha apuntado, la determinación de

(25) Comentario de AGUILAR, en *Comentarios*, cit., pp. 189-194, de ANGULO, M. en *Comentarios a las reformas*, cit. y de IGLESIAS, cit., p. 409.

(26) Así, por ej., en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1962. Ver BOUZA, N: *Problemas de adaptación en Derecho internacional privado e interregional*, Madrid, 1977; CALVO CARAVACA A. en GONZÁLEZ CAMPOS, *Derecho internacional privado*, cit., pp. 332-335.

(27) Sobre la estructura actual del derecho interregional, ARCE, A. *Constitución y derechos civiles forales*, Madrid, 1987; ARCE, A.: *Comunidades Autónomas y conflicto de leyes*, Madrid, 1987; BORRÁS, A.: *Calificación, reenvío y orden público en el Derecho interregional español*, Barcelona, 1984; GARAU, L.: “Comunidades Autónomas y Derecho interregional”, *Constitución, Comunidades Autónomas y Derecho internacional*, Santiago de Compostela, 1982, pp. 11 y ss.; ROCA, E: “L’estructura de l’ordenament civil espanyol”, *Revista Jurídica de Catalunya* 1983; SIMO SANTONJA, V. L.: “El derecho civil foral en la Constitución de 1978”, *Estudios en homenaje al Prof. Diego Sevilla Andrés*, Valencia, 1984, pp. 973 y ss.

cuál de los ordenamientos españoles sea el aplicable afecta también a los supuestos de tráfico internacional, en los supuestos en que sea el derecho español el aplicable. De ahí, pues, el interés que para los prácticos el tema presenta.

2. La preocupación y el riesgo en estas materias ha sido siempre el de la situación de los ordenamientos que coexisten en España, atendido que, en diversos momentos históricos ha habido una tendencia a situar uno de los ordenamientos que coexisten, el Código civil, por encima de los demás ordenamientos (28). Por ello debe actualmente tomarse en consideración el art. 14 de la Constitución, en cuanto que el principio de igualdad que consagra, también exige la no discriminación entre los ordenamientos que coexisten en España.

3. La técnica habitualmente seguida en el ordenamiento español ha sido la de regular los conflictos internos por las mismas normas que los internacionales, estableciéndose sólo algunas "particularidades" del derecho interregional. En la redacción de 1974, estas particularidades eran las contenidas en el art. 16, en el que, además de la norma ya reseñada relativa a la vitudad aragonesa, se establecían dos peculiaridades; una excluyendo las normas relativas a calificación, reenvío y orden público tal como aparecen reguladas en los apartados 1, 2 y 3 del art. 12 (29); otra, relativa a que la ley personal se determinará por la vecindad civil, atendido que la nacionalidad no sirve para identificar a los ordenamientos que coexisten en España. La ley de 15 de octubre de 1990 ha introducido modificaciones en materia de vecindad civil y ha añadido una tercera particularidad a las existentes previamente en el art. 16.

2. La conexión vecindad civil

A) *La reforma del art. 14*

1. Aunque la vecindad civil es un concepto complejo y que carece de una tradición (30), sin embargo, constituye la conexión utilizada en los conflictos internos para la determinación de la ley civil aplicable. De ahí, pues, el interés que tiene el tema y las reformas que en la materia se hayan introducido, en una materia en la que siempre ha habido una

(28) Especialmente significativa al respecto resulta la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1943. Sobre esta situación y la práctica de los tribunales, anterior a la Constitución, BORRÁS, *Calificación*, cit., pp. 77-87.

(29) Aunque puedan señalarse diferencias y problemas en relación a estas cuestiones, BORRÁS, *Calificación*, cit.

(30) Ver DOMÍNGUEZ, P.: *Las circunstancias personales determinantes de la vinculación en el Derecho local*, Madrid, 1988; RIBAS, I.: *La vecindad civil: problemática en torno a su régimen jurídico y a su prueba*, Barcelona, 1984.

especial sensibilidad política, que ha dificultado la introducción de cualquier modificación.

Establece el art. 14 del Código civil la normativa básica en la materia, radicando el problema de inconstitucionalidad en que el apartado 4 del art. 14 en su redacción anterior establecía que la mujer adquiriría, por el hecho del matrimonio, la vecindad civil del marido, vecindad que luego adquirirían los hijos. La cuestión provocaba reacciones ya antes de la Constitución, puesto que, con la reforma en materia de nacionalidad introducida en 1975, el matrimonio no afectaba a la nacionalidad de los cónyuges, con lo que cabía estar casado con extranjero o extranjera, mientras el matrimonio con varón de otra vecindad civil implicaba para la mujer el cambio automático de vecindad civil. Aunque derogada la norma por efecto del principio de igualdad contenido en la Constitución, quedaba el problema mismo de su presencia en el texto del art. 14 y el de que no se establecía ninguna norma que facilitara la adquisición por uno de los cónyuges de la vecindad civil del otro, del mismo modo que el matrimonio con español o española significa para el cónyuge extranjero beneficiarse del plazo más breve para adquirir la nacionalidad española por residencia. Sin embargo, la norma ahora comentada ha ido más allá y se refiere también a otros supuestos que son consecuencia de la nueva situación en la que ya no hay una ley única de la familia, como consecuencia, precisamente, de esta posibilidad de mantenimiento por cada uno de los cónyuges de su respectiva ley personal.

2. La norma esencial, pues, desde el punto de vista de la reforma es la que establece que el matrimonio no altera la vecindad, pero concediéndose a ambos cónyuges la posibilidad de optar por la del otro en cualquier momento. La solución es lógica, si se piensa en la regulación de matrimonio y nacionalidad a que se ha hecho referencia, adoptándose, en el caso de la vecindad civil, una solución más flexible, sin necesidad de residencia. Como complemento de esta disposición, para solucionar la situación de aquellas mujeres que, por razón de matrimonio, hubieran perdido su vecindad civil con anterioridad, se establece en la disposición transitoria que pueda recuperarla, mediante simple declaración de voluntad, en el plazo de un año a contar desde la publicación de la ley.

3. Por lo demás, en el art. 14 el principio de atribución de la vecindad civil continúa siendo, como en el sistema anterior, el del *ius sanguinis* (apartado 1), estableciéndose en el apartado 6 que “en caso de duda prevalecerá la vecindad civil que corresponda al lugar de nacimiento”. Ahora bien, es posible que como consecuencia del mantenimiento por los cónyuges de su respectiva vecindad civil, los padres ostenten distinta vecindad civil, debiendo entonces determinarse cuál será la vecindad que corresponda al hijo. Para este supuesto se dispone (apartado 2) que “el hijo tendrá la vecindad civil que corresponda a aquel de los padres respecto del cual la filiación haya sido determinada antes; en su defecto,

tendrá la vecindad civil del lugar de nacimiento y, en último término, la vecindad de derecho común”, sin perjuicio de la posibilidad de los padres de atribuir al hijo la vecindad civil de cualquiera de ellos en los seis meses siguientes al nacimiento o a la adopción. Dado que esta declaración de voluntad se dará sólo excepcionalmente (ya que por desconocimiento del tema o por desinterés no acostumbran a realizarse este tipo de declaraciones), las conexiones que se utilizarán son las objetivas y ello conduce a examinar lo que puede constituir un supuesto bastante común; me refiero al de españoles (por ej. emigrantes) de distinta vecindad civil, casados en el extranjero, donde residen y nace su hijo. No realizando la declaración prevista, resultará que, por ejemplo, el hijo de un aragonés y una gallega no tendrá la vecindad civil de ninguno de ellos y, en vez de quedar sometido al derecho aragonés o gallego, lo estará al sistema contenido en el Código civil, que no es el de ninguno de sus progenitores y con el que no tiene vínculo jurídico alguno. Pero lo más grave es que, para evitar la discriminación entre los cónyuges, establece una discriminación entre los ordenamientos jurídicos que coexisten en España, atribuyéndole la “vecindad común”. Precisamente, la inclusión de este término ha dado lugar al recurso de inconstitucionalidad planteado por Aragón (31).

B) *Vecindad civil y nacionalidad*

1. Un tema íntimamente ligado con el anterior es el relativo a la vecindad civil que adquiere el extranjero naturalizado. Sobre esta materia, aparte de los problemas tradicionales, en los Estatutos de Autonomía se incluyeron normas al respecto, como el art. 7, 2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña o el art. 6, 2 del Estatuto de Autonomía de Baleares, que no contribuyeron especialmente a clarificar el tema (32). En la reforma del Título preliminar en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, también se pretendió modificar el art. 15 (33), entendiéndose que “la modificación de las normas relativas a vecindad civil es una ocasión propicia para modificar también el artículo 15, que en la redacción actual da prioridad a la vecindad del Código civil, eliminando con ello la discriminación existente entre ordenamientos civiles”. Se trataba, pues, de dar aplicación al art. 14 de la Constitución,

(31) Mediante acuerdo del Consejo de Gobierno de la Diputación General de Aragón de 28 de diciembre de 1990, *Boletín Oficial de Aragón*, de 21 de enero de 1991, entendiéndose que la ley menoscaba las competencias de la Comunidad Autónoma de Aragón para la conservación de su derecho civil e infringe el principio constitucional de reciprocidad e igualdad entre todos los derechos civiles coexistentes en España.

(32) FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.: “Nacionalidad, vecindad civil y vecindad administrativa: consideraciones sobre el desarrollo constitucional”, *Revista Española de Derecho internacional*, 1981, pp. 141 y ss.

(33) Enmienda n.º 29 del Grupo parlamentario catalán.

porque el principio de igualdad debe ser aplicado en todos los ámbitos y parecía oportuno introducirlo en el momento en que se modificaban diversas disposiciones relativas a la aplicación de los derechos territoriales. Esta proposición no fue, sin embargo, aceptada y, por esta razón, se volvió a realizar la misma propuesta en relación a la modificación de las normas del código civil en materia de nacionalidad (34), que ha tenido lugar por Ley 18/1990, de 17 de diciembre de 1990 (35), introduciéndose un nuevo texto en el art. 15, aunque no sea en el sentido propuesto en la enmienda.

2. El nuevo texto del art. 15 se presenta como algo consensuado, cuando en realidad, aunque presentado como un texto transaccional, no es sino reproducción de la propuesta de 1985 y, aunque elimina la discriminación entre los ordenamientos, conduce a resultados absurdos. En efecto, la norma dispone que al adquirir la nacionalidad española, se puede optar por cualquier de las vecindades que enumera (la del lugar de residencia, la del lugar de nacimiento, la de cualquiera de sus progenitores o adoptantes o la de su cónyuge) (36). Ello es absurdo porque permite que, por eje., una persona que adquiere nacionalidad española como consecuencia de su matrimonio con español o española, pueda adquirir la vecindad del lugar de su residencia o que una persona que adquiere la nacionalidad por residencia, adquiera la del cónyuge. Mucho más lógico hubiera sido decir que se adquiriría la vecindad civil correspondiente a la causa de adquisición de la nacionalidad, de lo cual resultaría que si la nacionalidad se adquirió por residencia, adquiriera la vecindad civil de ese lugar o si se adquiriera la nacionalidad por matrimonio con español o española, fuera la vecindad civil del cónyuge de nacionalidad española la que le correspondiera.

Dado el contenido de la norma actual, tampoco se recogió la propuesta realizada en el sentido de que, para el supuesto de que la residencia en territorio español no hubiera tenido lugar completamente en un solo territorio, se adquiriera la vecindad civil correspondiente a la última residencia habitual.

En relación a la vecindad civil del que recupera la nacionalidad española, se mantiene la clásica norma de recuperación, también de la ve-

(34) En la enmienda n.º 59 del Grupo Parlamentario Catalán, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, IV Legislatura, B, n.º 14-6, 9 mayo 1990.

(35) B.O.E. de 18 de diciembre de 1990.

(36) En el debate en el Senado (*Diario de Sesiones del Senado*, Sesión del Pleno de 17 de octubre de 1990), el Senador Lizón Giner justificaba el texto que ahora aparece en el art. 14, diciendo que "hay que dar, a efectos de fijar la vecindad, preeminencia a la voluntad de quien adquiere la nacionalidad y que, como consecuencia de ella, va a adquirir la vecindad. Por lo tanto, en ese aspecto estamos en contra de definir legalmente cuál es la voluntad de cualquiera respecto a la nacionalidad. Creemos que es más correcto dejarle libertad de elección, como al mismo tiempo la ha tenido para el deseo de adquirir la nacionalidad española".

ciudad civil que se tuviera con anterioridad, sin que se incluya ninguna excepción a esta regla, contrastando esta rigidez con las opciones que se ofrecen al que adquiere la nacionalidad española, cuando podía haberse establecido una solución abierta, que manteniendo la solución de base, permitiera adquirir otra cuando se mantuvieran lazos más estrechos con un territorio de diferente legislación civil (37).

Atendida la existencia de normas en la materia en los Estatutos de Autonomía, debían dejarse a salvo las normas contenidas en disposiciones de superior rango, aún sin entrar en la valoración que el contenido de las normas en cuestión merezca.

Sin embargo, tampoco esta propuesta fue aceptada (38).

3. Los efectos del matrimonio

1. Como se ha indicado, las normas contenidas en el Código civil en relación a los supuestos de tráfico privado internacional son también aplicables a los supuestos de tráfico interno, de lo que resulta que las reglas antes comentadas, contenidas en los apartados 2 y 3 del artículo 9, resultan también aplicables para los supuestos de cónyuges de distinta vecindad civil. Pero la misma incorrección de la conexión de cierre contenida en el apartado 3, ha conducido a otra disposición, incluida en el art. 16, como nuevo apartado 3, que se añade a las particularidades del derecho interregional anteriormente existentes. Como regla general se establece que los efectos del matrimonio entre españoles se regulará por la ley española que resulte aplicable según los criterios contenidos en el art. 9, apartados 2 y 3. Pero estas normas son aplicables sólo cuando el resultado sea la aplicación de “una ley española”, con lo cual resulta que la regla no es aplicable en los supuestos en que a través de

(37) En relación a este tema, se oponía el Senador Lizón Giner (en la intervención *cit.*) diciendo “¿cómo se va a definir eso de los lazos más estrechos legalmente? ¿Qué hay que hacer para definirlos? Los lazos más estrechos ya los definirá él cuando decida por qué vecindad quiere optar; es cuando lo considerará. No dejemos a la Administración que defina cuáles son los lazos más estrechos”.

(38) Y realizándose, además, unas curiosas consideraciones en torno a la nacionalidad por el Senador Lizón Giner (en la intervención *cit.*), diciendo que “en absoluto estamos de acuerdo con ese apartado adicional porque, en primer lugar, estamos tratando temas de Derecho privado, la nacionalidad y los efectos que trae consigo. Todos los tratadistas así lo establecen; adquirir la nacionalidad es meterse dentro del derecho privado del país, cuya nacionalidad se adquiere, porque la nacionalidad tiene una serie de consecuencias. Figura en el Código civil y por eso está regulado como principio que comprende el Derecho privado. La nacionalidad tampoco la dan los estatutos de autonomía, sino el Estado español. Por tanto, ningún estatuto de autonomía tiene por qué regular los efectos de esa nacionalidad, salvo lo que ya consta en un Código general y en las excepciones oportunas que están reflejadas en el artículo”, ignorando, pues, además que en los Estatutos de Autonomía ya se encuentran normas relativas a la vecindad civil del extranjero naturalizado.

tales conexiones no resulte aplicable ninguna de las leyes que coexisten en España. Resultaría así que cónyuges españoles, de distinta vecindad civil, que no establezcan una residencia común (por ej. por razones laborales), pueden así ver sometidos los efectos del matrimonio a una legislación con la que no tengan vinculación alguna, precisamente por ser algo tan aleatorio y contingente como el lugar de celebración del matrimonio. En el caso, por ejemplo, de matrimonio de un catalán y una mallorquina (ambos pertenecientes a ordenamientos en que el régimen legal de bienes es el de separación) que contraen matrimonio en Madrid, sin establecer una residencia común, tendrían como régimen de bienes el de gananciales, previsto en el Código civil. Ello demuestra la incorrección de la conexión de cierre contenida en el art. 9, apartado 2. Mejor hubiera sido incluir, en vez de la conexión "lugar de celebración", una conexión flexible, de la que resultara aplicable el ordenamiento con que presente la vida matrimonial vínculos más estrechos. Una solución de cierre moderna y más correcta en el art. 9, apartado 3, como la propuesta, hubiera evitado el planteamiento de este problema en relación a los conflictos internos.

2. Pero la cuestión no termina aquí. En efecto, si en aplicación de los criterios del art. 9 no resulta aplicable ninguna "ley española", dice el apartado 3.º del art. 16 que se aplicará el "Código civil". De ahí resultaría que si los cónyuges de distinta vecindad civil y que no establecen una residencia común contraen matrimonio en el extranjero (donde se encuentran, por ejemplo, por razones laborales) se encontrarían sometidos a las normas del Código civil, en supuestos en que esta no fuera la ley personal de ninguno de ellos. Lo más grave es, sin embargo, que el resultado es discriminatorio entre los ordenamientos que coexisten en España y siendo otra de las razones del recurso de inconstitucionalidad planteado desde Aragón, a que antes me refería.

3. Pero no terminan ahí los problemas de la nueva disposición. Quiriendo paliar, sin duda, los resultados a que podía llegarse con la regla que se acaba de mencionar, en la segunda parte de la norma se dice que para los supuestos en que deba aplicarse el Código civil: "se aplicará el régimen de separación de bienes del Código civil si conforme a una y otra ley personal de los contrayentes hubiera de regir un sistema de separación", lo cual puede conducir al siguiente resultado, igualmente absurdo: en caso de matrimonio de un catalán y una mallorquina, pertenecientes, pues, a ordenamientos jurídicos en los que el régimen legal de bienes en el matrimonio es el de separación, que no establezcan residencia común y contraigan matrimonio en el extranjero, tendrían como régimen de bienes el de separación, pero no el regulado en ninguna de sus respectivas leyes personales, sino el régimen de separación contenido en el Código civil, es decir, un sistema de separación que no es el de ninguno de ellos.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

A pesar de todos los problemas que se han planteado, muy especialmente en relación a los conflictos internos, la modificación debe ser valorada positivamente, en cuanto no podían persistir, aunque sólo fuera formalmente, las discriminaciones por razón de sexo preexistentes. Además, tales normas eran especialmente necesarias teniendo en cuenta la frecuencia en que estos supuestos se presentan en la práctica. El resultado no es, sin embargo, satisfactorio desde el punto de vista técnico, cuando podían haberse tomado en consideración tanto las observaciones realizadas por la doctrina como algunas de las serias enmiendas presentadas durante la discusión de la ley. Demuestra, en definitiva, la poca atención que en muchas ocasiones se presta a las cuestiones incluidas en el ámbito del Derecho internacional privado.

De ahí las críticas que en relación a la nueva ley se han ido levantando, porque plantea dudas y dificultades para su aplicación, tanto para los supuestos de tráfico privado internacional como para los conflictos internos, debiendo destacarse muy especialmente la posible incidencia de estos últimos en los primeros para los supuestos en que, resultando aplicable el ordenamiento español, deba decidirse cuál de los ordenamientos españoles que coexisten debe ser aplicable. De ahí la preocupación sentida en diversos sectores, como entre los notarios.

Pero si ya desde este punto de vista pueden cuestionarse los resultados, mucho más criticable resulta el que, para evitar la discriminación entre los cónyuges se introduzca una discriminación entre los ordenamientos jurídicos, resultado igualmente rechazable a la vista del art. 14 de la Constitución. Bien es verdad que a veces es difícil encontrar una solución que no discrimine ni entre los sexos ni entre los ordenamientos. También es cierto que los supuestos a los que la norma se aplica pueden considerarse un tanto residuales. Pero ni así puede admitirse la discriminación introducida. El texto constitucional permite a las diferentes Comunidades Autónomas que coexisten en España un desarrollo legislativo propio y reconoce tal igualdad. El resultado de la actual disposición parece recordar posturas que se creían ya ampliamente superadas.

Si criticada fue la reforma de 1974 desde el punto de vista técnico, se ha aprovechado ahora el momento de hacer desaparecer la discriminación por razón de sexo para discriminar entre los ordenamientos, pareciendo volver a la consideración del Código civil como "derecho común".

Todo ello, en definitiva, no demuestra sino que la vía seguida es mala y que no puede proseguirse por la vía de las reformas parciales, siendo necesaria una reforma global, total y meditada de la normativa de derecho internacional privado en su dimensión externa y en su dimensión interna o de derecho interregional, para lo que, además de las consideraciones realizadas en España en diferentes ámbitos, tan excelentes modelos pueden encontrarse en el derecho comparado, como las recientes leyes suiza o alemana.

