

EL ARTÍCULO 9 2º CC (1974) ERA INCONSTITUCIONAL (EVIDENTEMENTE); COMENTARIO A LA STC 39/2002, DE 14 DE FEBRERO DE 2002

IVÁN HEREDIA CERVANTES
Área de Derecho internacional privado
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y NORMAS DE CONFLICTO. 1. *Los límites constitucionales a las normas de conflicto: límite conflictual y límite material.* 2. *El límite material.* 3. *El límite conflictual: su concreción por el TC en la sentencia 39/2002.* III. EL CARÁCTER DISCRIMINATORIO DEL CRITERIO DE CONEXIÓN UTILIZADO POR EL ARTÍCULO 9 2º CC (1974). IV. LAS CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD.

I. INTRODUCCIÓN

1. El artículo 9 2º CC en su versión de 1974 (Decreto 1836/1974 de 31 de mayo) establecía que «las relaciones personales entre los cónyuges se registrarán por su última ley nacional durante el matrimonio y en su defecto, por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración». En el caso de las relaciones patrimoniales, la antigua redacción del artículo 9 3º CC permitía pactar mediante capitulaciones siempre que éstas se adaptaran a la ley de cualquiera de los cónyuges. Ahora bien, si éstas no existieran o fueran insuficientes, el artículo 9 3º sometía las relaciones patrimoniales entre los cónyuges a la misma ley que en aplicación del artículo 9 2º regulaba las relaciones personales entre cónyuges.

La redacción del artículo 9 2º CC no fue modificada hasta el año 1990 por medio de la Ley 11/1990 de 15 de octubre, fecha en la que se eliminó toda referencia a la ley nacional del marido, sustituyéndose

esta conexión por la residencia habitual común del matrimonio y el lugar de celebración del matrimonio. Doce años mediaron por tanto desde la entrada en vigor de la Carta Magna y la reforma del precepto, durante los cuales la inconstitucionalidad sobrevenida del precepto era asumida de forma unánime por la doctrina (1), e incluso, con carácter de *obiter dictum*, por algún pronunciamiento jurisprudencial (2). Y doce años también ha habido que esperar para que el TC declarara de forma expresa a través de la Sentencia 39/2000 la contradicción de este precepto con los principios de igualdad y no discriminación por razón de sexo, tal y como habían hecho ya en fechas más tempranas los tribunales constitucionales alemán e italiano con sus respectivas normas de conflicto reguladoras del régimen económico matrimonial que también recurrían a la conexión «ley del marido» (3).

(1) ABARCA JUNCO, A.P., «Sobre los efectos o relaciones personales entre los cónyuges en Derecho internacional privado», *R.E.D.I.*, 1983, pp. 56-57; AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., «Artículo 9 2º», en ALBADALEJO (Ed.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Madrid, p. 147; AMORES CONRADI, M.A., «Efectos del matrimonio», en *Derecho internacional privado, Parte especial*, VV.AA.; Madrid, 1995, p. 333; BOUZA VIDAL, N., en la revisión a la 10ª Ed. de MIAJA DE LA MUELA, A., *Derecho internacional privado II, Parte especial*, Madrid, 1987, GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., «Relaciones entre cónyuges y régimen económico matrimonial», en *Derecho internacional privado, Parte especial*, VV.AA., Oviedo, 1990, p. 231; MARÍN LÓPEZ, A., «Los efectos del matrimonio en la reciente reglamentación española de Derecho internacional privado», *A.D.I.*, pp. 73 y ss, p. 79.

(2) STS de 6-10-1986, (F.J. 3º), *RAJ*, 5327. En relación con esta Sentencia, *vid.* la nota de AMORES CONRADI, M.A., *R.E.D.I.*, 1987-I, pp. 239 y ss.

(3) Sentencia del BverfG, 63, 181, de 22 de febrero de 1983. Su texto íntegro puede encontrarse en: *EuGRZ*, 1984, pp. 234 y ss. con nota de BERKEMANN; *IPRax*, 1983, pp. 223 y ss, con nota de HENRICH, D.; *NJW*, 1983, pp. 1929 y ss, con nota de Von BAR, C.. Sobre las posibles conexiones sustitutivas a la declarada inconstitucional, puede consultarse: HENRICH, D., «Art. 15 EGBGB nichtig: Was nun?», *IPRax*, 1983, pp. 208 y ss; TAUPITZ, J., «Verfassungskonforme Ersatzanknüpfungen im Internationalen Ehegüterrecht und maßgeblicher Zeitpunkt», *N.J.W.*, 1986, pp. 616 y ss.

En cuanto a la resolución italiana (Sentencia de la *Corte costituzionale* n° 71, de 5 de marzo de 1987), puede consultarse en *Riv.dir.int.priv.proc.*, 1987, pp. 297 y ss. En relación con esta Sentencia resultan de interés las diferentes colaboraciones a la obra *Norme di conflitto italiane e controllo di costituzionalità*, dirigida por BAREL, B. Y CONSTANTINO, B., Padua, 1990.

Ambos tribunales constitucionales con posterioridad declararon inconstitucionales sendas normas que recurrían también a conexiones discriminatorias por razón de sexo. En el caso alemán la inconstitucionalidad se debía a la utilización de la conexión «ley del marido» en la norma de conflicto en materia de divorcio, (Sentencia del BverfG, 69, 384, de 8 de enero de 1985, con nota de BEIZKE, G., *IPRax*, 1985, pp. 268 y ss); en el italiano, la contrariedad con la Constitución tenía su origen en el recurso a la ley del padre a la hora de regular las relaciones paterno-filiales (Sentencia de la *Corte Costituzionale* n° 477, de 10 de diciembre de 1987, *Rev. Dir.int.priv.proc.*, 1998, pp. 67 y ss).

Las reglas de conflicto contenidas en el CC son aplicables tanto en el marco de las situaciones de tráfico externo como en el de los conflictos de leyes internos, si bien en el segundo, su aplicación queda sujeta a una serie de peculiaridades; fundamentalmente la sustitución de la conexión «residencia habitual» por la de nacionalidad y la imposibilidad de aplicar, por imperativo del artículo 16 1º CC, lo preceptuado en el artículo 12 CC en cuanto a calificación, reenvío y orden público. La Sentencia 39/2002 tiene su origen en un supuesto del segundo grupo, el de los conflictos internos, y da respuesta a una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de 1º Instancia de Reus en el año 1995 en el marco de un litigio sobre la liquidación del régimen económico de un matrimonio mixto celebrado en Tarragona en el año 1984, entre una mujer de vecindad civil catalana y un hombre de vecindad civil común (4).

2. Los hechos fueron los siguientes. Durante la realización del inventario de los bienes de un matrimonio se plantea la cuestión de la identificación del régimen económico al que éstos quedan sometidos. Los cónyuges no habían otorgado capitulaciones por lo que, a través de la remisión del artículo 9 3º CC, la ley aplicable a los efectos patrimoniales del matrimonio sería la designada por el artículo 9 2º CC en su versión de 1974, que a falta de vecindad civil común durante el matrimonio, será la ley de la vecindad civil del marido, es decir, la común. En cambio, en el caso de que el precepto fuera declarado inconstitucional, el régimen sería otro, probablemente, de seguir la jurisprudencia del TS, el de separación de bienes como ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio (5). La respuesta del TC a la cuestión planteada por el Juzgado de Reus, no podía ser de otra forma, ha sido la de declarar la inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 9 2º 1974 por su incompatibilidad con los principios de igualdad y no discriminación por razón de sexo.

(4) Una completísima aportación relativa a las consecuencias de la STC 39/2002 sobre el régimen económico de los matrimonios en Cataluña puede encontrarse en LAMARCA i MARQUÉS, A., «Règim econòmic dels matrimonis catalans celebrats entre el 29.12.1978 i el 6.11.1990: Inconstitucionalitat de L'art. 9 2 CC en la redacció anterior a la Llei 11/1990, de 15 d'octubre (Comentari a la STC 39/2002 de 14.2.2002), *Rev.Jur.Cat.*, 2002, nº 3, en prensa.

(5) Sobre la forma en que la Jurisprudencia ha interpretado este precepto tras la entrada en vigor de la CE, *vid. infra* núm. 13.

Previamente, y al margen de otras objeciones propuestas por el Fiscal General del Estado sobre las que nos centraremos en breve, el TC tuvo que rechazar sendas alegaciones presentadas por la Abogacía del Estado. De un lado se señalaba que la entrada en vigor de la Constitución había supuesto la pérdida de vigencia de la norma cuestionada debido a su incompatibilidad con los artículos 14 y 32 CE, de tal forma que la modificación operada en 1990 en el CC no habría producido en puridad la derogación del artículo 9 2º CC (1974) sino simplemente la instauración de un régimen legal respetuoso con los imperativos constitucionales. Ello supondría que la única cuestión a resolver sería la integración de la laguna producida en el periodo comprendido entre la entrada en vigor de la Constitución y la entrada en vigor de la Ley 1/1990 de reforma del CC, cuestión que, en cualquier caso, no correspondería al TC sino a los jueces nacionales. El Tribunal rechaza esta argumentación señalando que pese a que en los casos de normas preconstitucionales el órgano jurisdiccional ordinario esté legitimado para examinar y apreciar la inconstitucionalidad de la norma, nada le impediría trasladar la resolución de esta cuestión al arbitrio de la Jurisprudencia constitucional.

En cuanto a la segunda alegación, se basaba en la presunta carencia de objeto de la cuestión, al haber sido posible aplicar en el proceso *a quo* el artículo 9 2º CC en su versión de 1990. De nuevo el TC rechaza esta afirmación señalando de un lado que tanto la celebración del matrimonio (3 de febrero de 1984) como la separación (18 de abril de 1989) tuvieron lugar durante la vigencia de la antigua redacción del proceso, y de otro que la norma impugnada produjo sus efectos ya al fijar el régimen económico del matrimonio, sin que el hecho de que posteriormente se haya modificado la redacción del artículo 9 2º CC suponga la alteración de éste. Tal y como se recuerda en la Sentencia «*en la cuestión de inconstitucionalidad que ahora se resuelve, el Juez (...) ha de aplicar una norma que produjo un efecto jurídico instantáneo en el pasado y que prolonga sus efectos hacia el futuro*».

3. El trabajo persigue dos objetivos esenciales que se afrontarán a partir del referente que nos ofrece la STC 39/2002. El primero es el estudio de las circunstancias en las que debe realizarse el control de constitucionalidad cuando esté en juego la aplicación de unas normas tan peculiares como las normas de conflicto. Como tendremos oportunidad de constatar, particularidades tales como su función meramente identificadora del marco legislativo material aplicable a una determinada relación jurídica, o el hecho de que una determinada norma de conflicto sea aplicable como consecuencia de la renuncia de las partes a elegir de forma voluntaria el derecho aplicable, *prima facie*

podrían inducir al equívoco de pensar que el control de la constitucionalidad de estas normas debería desaparecer o, al menos, operar en condiciones más laxas que en el resto de normas que integran el ordenamiento jurídico. El segundo consiste en realizar un breve análisis de las consecuencias que derivan de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 9 2º CC (1974). Dicho de otra forma, habrá que resolver dos cuestiones. De un lado será necesario analizar la forma de colmar la laguna que se genera en el sistema al eliminar el último inciso del artículo 9 2º CC (1974). De otro, habrá que determinar qué sucede con los matrimonios celebrados entre 1974 y 1990; ¿deberá operar sin restricción alguna la eficacia hacia el pasado de la declaración de inconstitucionalidad o, por el contrario, sería necesario introducir algún límite?

II. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y NORMAS DE CONFLICTO

1. *Los límites constitucionales a las normas de conflicto: límite conflictual y límite material*

4. Pese a que la cuestión fue objeto de polémica durante largo tiempo, desde la famosa Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 4 de mayo de 1971 (la *Spanierentscheidung*) (6), prácticamente nadie discute el sometimiento de las normas de conflicto a los imperativos constitucionales. Los problemas, sin embargo, se centran en las consecuencias derivadas de esta sumisión a los parámetros constitucionales y tienen su origen en la especial naturaleza de las normas de conflicto, normas que en lugar de proporcionar una solución material a una cuestión jurídica, se limitan a designar un determinado ordenamiento material con la finalidad de que sea éste el que proporcione la respuesta sustantiva. A la luz de esta circunstancia, una concepción de estas normas que únicamente tomara en consideración su carácter de normas de remisión o normas localizadoras negaría la necesidad de someter su redacción y contenido al test de constitucionalidad y propugnaría como único aspecto sometido a control constitucional el contenido del ordenamiento material al que remitieran. Dicho en otros tér-

(6) *BverfGE* 31, 58.

minos, las normas de conflicto serían normas neutras, sin componente material alguno, y por tanto eximidas de respetar las exigencias constitucionales. En consecuencia, sólo estaría sometido a los imperativos constitucionales el resultado material que derivara de su aplicación (la respuesta material ofrecida por el ordenamiento al que remite la norma de conflicto), pero no el contenido de ésta, incluido el criterio de conexión empleado.

Sin embargo, tal concepción se encuentra claramente superada en la actualidad, y a ello han colaborado, sin duda alguna, sendas sentencias de los tribunales constitucionales alemán e italiano, dictadas respectivamente en los años 1983 y 1987, en las que se declaraba, precisamente, la inconstitucionalidad de las respectivas normas sobre derecho aplicable a las relaciones entre cónyuges, de redacción similar al 9 2º CC de 1974. Tal y como señaló la Corte Costituzionale Italiana en la Sentencia de 5 de marzo de 1987 (Fundamento nº 5) las normas de conflicto, del mismo modo que el resto de normas, responden a determinados principios y valores cuya vigencia, debe ser constitucionalmente controlable (7).

El gran mérito de estas decisiones estriba, sin duda, en la superación de la visión meramente localizadora de la norma de conflicto, gracias a lo cual es posible concebir a éstas, no ya como simples normas neutras de contenido meramente instrumental, sino —exactamente igual que resto de las normas que conforman el ordenamiento jurídico— como el fruto de una **elección legislativa** y, por ello, necesariamente sometidas al control de constitucionalidad. La norma de conflicto, tal y como sucede con el resto del ordenamiento, responde a una opción del legislador guiada por unos específicos valores sustanciales. En otras palabras, el legislador establece los criterios de remisión a una ley (nacional o extranjera) en detrimento de otros y este juicio de preferencia debe enjuiciarse necesariamente de acuerdo a los imperativos constitucionales. La única diferencia entre las normas de conflicto y el resto de normas se encontraría en la forma de concretar la elección legislativa. En el caso de las segundas se trataría de una elección de carácter directo; es decir, la elección implicaría una respuesta sustancial concreta, mientras que en el caso de las normas de conflicto, en cambio, la elección poseería un carácter indirecto, y se realizaría a través de la identificación de un ordenamiento determinado, a fin de que

(7) El mismo argumento fue utilizado en la Sentencia de la *Corte Costituzionale* de 10 de diciembre de 1987 (citada en su Fundamento 5º).

sean las normas materiales de éste las que den una respuesta material a una determinada situación (8).

5. En consecuencia, son dos las dimensiones sobre las que se proyecta el alcance de los derechos fundamentales en el ámbito conflictual. De un lado, sobre la formulación y aplicación de las normas de conflicto (**límite conflictual**); de otro, sobre el Derecho material extranjero al que remite la normativa conflictual (**límite material**) (9). En el primer caso la Constitución impondría un control sobre la propia naturaleza y estructura de la norma de conflicto que impediría dotarla de un contenido contrario a los principios y reglas constitucionales (*Regelbildung*). Tal y como afirmó el TC alemán «*Die Prüfung kann sich freilich nur darauf erstrecken, ob die generelle Entscheidung des deutschen Gesetzgebers für ein bestimmtes Regelungsprinzip, besonders die Auswahl der Anknüpfungspunkte, mit den Grundrechten vereinbar ist*». En el segundo, lo que prohibiría la Constitución es que se aplique el ordenamiento material al que remita la norma de conflicto en aquellos casos en los que su contenido fuera contrario a los imperativos constitucionales (*Ergebniskontrolle*), y a diferencia del anterior, su vigencia en el Derecho comparado ha sido admitido sin prácticamente oposición.

2. El límite material

6. La posibilidad de revisar el control de constitucionalidad del derecho extranjero ha sido objeto de amplio estudio en el Derecho comparado (10). La idea sobre la que existe cierta unanimidad y a la que en su momento se adhirió el TC alemán, es el rechazo del *Grundrechtstotalitarismus* en beneficio del *Grundrechtsrelativismus*. Es decir, los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución poseen un alcance diferente en el ámbito externo y en el interno y por tanto el test de constitu-

(8) *Vid.*, MARI, L., «Valori costituzionali e valori di diritto internazionalis privato: i termini del confronto», en BAREL/COSTANTINO, *Norme ...*, *op.cit.*, pp. 47 y ss, esp., pp. 53-57.

(9) *Vid.* con mayor detalle: HOFMANN, R., *Grundrechte und grenzüberschreitende Sachverhalte*, Heidelberg, 1994, esp., p. 116; PUTTFARKEN, H.G., «Grundrechte im internationalen Rechtsraum», *RIW*, 1995, pp. 617 y ss, esp., p. 619.

(10) Cuestión distinta es la inconstitucionalidad de la norma extranjera a la luz de los parámetros constitucionales del Estado de origen de tal norma; sobre esta cuestión *vid.* el trabajo de MASEDA RODRÍGUEZ, J., *El control de la constitucionalidad de la ley extranjera*, Madrid, 1997.

cionalidad debe asumir esta nueva circunstancia. Quede claro además que la internacionalización del test de constitucionalidad, no debe suponer en modo alguno que opere con una intensidad menor, ni mucho menos que desaparezca; simplemente opera de una forma distinta porque debe acomodarse a una circunstancia que no se da en las relaciones meramente internas, cual es la internacionalidad de la situación (11).

7. Sin embargo, una vez aceptado que la contrariedad con la Constitución no debe calibrarse igual en presencia de una norma de otro ordenamiento, el problema estriba en encontrar el fundamento de este límite y en precisar sus contornos. El problema dista de ser resuelto y aunque no es este trabajo el ámbito más adecuado para intentar profundizar en esta situación, merece la pena enunciar al menos algunas de las opiniones vertidas sobre este tema.

Una alternativa propuesta desde la doctrina alemana, basada en la teoría subjetiva de los derechos fundamentales, consistiría en relativizar el juego de éstos en presencia de una norma contenida en un ordenamiento extranjero (12). Según esta construcción, es necesario internacionalizar la cláusula de orden público, permitiendo que los Estados utilicen este mecanismo de reserva únicamente cuando tuvieran una estrecha vinculación con la situación, y siempre y cuando los resultados de aplicar la norma extranjera fueran manifiestamente incompatibles con el elenco de derechos humanos protegidos por el Derecho internacional público o con el contenido esencial de los derechos fundamentales protegidos por su Constitución. La internacionalización de la cláusula de orden público, además, vendría impuesta por la propia Constitución, ya que en la medida en que cada Estado se encuentra inmerso en una comunidad de Estados con concepciones sociales, jurídicas, políticas y económica diferentes, las eventuales contradicciones con los imperativos constitucionales deberían calibrarse de forma diferente que en los supuestos internos (13).

Sin embargo, la opción más sencilla, y probablemente también más acertada, la encontremos sin necesidad de abandonar el modelo tradicionalmente utilizado para limitar los derechos fundamentales; es decir, acudiendo al clásico «balancing» entre los diferentes derechos y principios constitucionalmente relevantes. Piénsese que un derecho fundamental sólo puede ser limitado por otro derecho fundamental o

(11) PUTTFARKEN, H.G., *Grundrechte ...*, op.cit., p. 618.

(12) HOFMANN; R., *Grundrechte ...*, op.cit., p. 129 y ss.

(13) HOFMANN, R., *Grundrechte ...*, op.cit., p. 138.

por otros principios constitucionalmente relevantes, y siempre a través de una ponderación respetuosa con el principio de proporcionalidad. Pues bien, en las situaciones de tráfico externo, al margen de nuevas circunstancias económicas, religiosas, culturales, etc., entran en juego determinados principios amparados constitucionalmente que no se manifiestan en las situaciones internas (de igualdad soberana, de cooperación entre los Estados), por lo que resulta evidente que el resultado de la ponderación, necesariamente ha de arrojar también un resultado diferente.

Dentro de esta última alternativa, algún planteamiento doctrinal considera que el problema debería concebirse como un conflicto entre el principio de igualdad y el derecho fundamental vulnerado por la aplicación del Derecho extranjero. Siempre según esta concepción, el fundamento del Dipro conflictual y el motivo de que los jueces de un Estado puedan aplicar el Derecho de otro Estado reposaría en el principio de igualdad (14). Dicho de otra forma, dado que entre las situaciones de tráfico externo y las meramente internas existen grandes diferencias, resultaría manifiestamente arbitrario y contrario al principio de igualdad que unas y otras recibieran un mismo tratamiento. En consecuencia, cualquier supuesto en el que se planteara la constitucionalidad del Derecho extranjero debería verse como un conflicto entre principios constitucionales o derechos fundamentales de un mismo rango: de un lado, el principio de igualdad, que impondría la aplicación del Derecho extranjero, y de otro lado, el concreto derecho fundamental que teóricamente sería vulnerado en el caso de que se admitiera la aplicación del Derecho extranjero.

3. *El límite conflictual; su concreción por el TC en la sentencia 39/2002*

8. Aunque el reconocimiento de la vigencia del límite conflictual en el Derecho español fue avanzado de forma implícita por la STC 226/93 con motivo del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Diputación General de Aragón contra determinados incisos de los artículos 14 y 16 según la redacción establecida por la Ley 11/1990 (FJ 5º), la STC 39/2002 supone su aceptación definitiva por la Jurispru-

(14) Esta es la concepción que inspira la obra de DAMM, K.D., *Die Einwirkung der Grundrechte des Grundgesetzes auf das nach deutschen Internationalen Privatrecht anwendbare ausländische Sach- und Kollisionsrecht*, Pfaffenweiler, 1993.

dencia constitucional. El FJ nº 4 de la Sentencia no deja lugar a dudas «*Todos los puntos de conexión (...) han de ajustarse a la Constitución*». Dicho en otros términos, no sólo el resultado derivado de la aplicación de la norma de conflicto, sino también el paso previo, la aplicación de la propia norma de conflicto y el criterio de conexión que ésta utilice deben quedar sometidos al canon de constitucionalidad.

El reconocimiento del límite conflictual resulta por tanto evidente y en ello reside el gran mérito de esta decisión. Sin embargo, pese a la rotundidad de los términos empleados, se echa de menos, en el TC una mayor precisión a la hora de fundamentar su respuesta. Desde luego la conclusión a la que llega la Sentencia es irrefutable y absolutamente acertada, pero la cuestión relativa al sometimiento del criterio de conexión empleado por la norma de conflicto al test constitucional, como se ha apuntado antes, no ha estado exenta de polémica y a buen seguro hubiera requerido de un tratamiento más amplio. No habría estado de más a la hora de fundamentar el sometimiento de las normas de conflicto a los imperativos constitucionales, incorporar la concepción ya descrita basada en la superación de la concepción de la norma de conflicto como una norma meramente localizadora y en la asunción de que, tal y como sucede en toda norma jurídica, tras su redacción se encuentra, una elección del legislador que necesariamente debe quedar sometida a los parámetros constitucionales.

9. Pero sea como fuere, la Sentencia 39/2002 confirma de forma definitiva la vigencia en el Derecho español del límite conflictual y además precisa sus contornos a través de la desactivación de un argumento del Fiscal General, que de prosperar limitaría considerablemente su efectividad. El argumento del Ministerio público se basaba en el hecho de que el artículo 9 2º CC en su versión de 1974 no era aplicable de forma directa, sino que únicamente reclamaba su aplicación por remisión del artículo 9 3º CC, y sólo en aquellos casos en los que los cónyuges hubieran renunciado a pactar mediante capitulaciones el régimen económico del matrimonio. Ello supondría que la aplicación de la ley del marido sería en realidad una opción tácitamente elegida por las partes y que, por tanto, debería quedar al margen del control de constitucionalidad.

El fundamento de la tesis sustentada por el Fiscal desde luego no es

(15) Sobre el papel de la elección tácita en el ámbito del régimen económico matrimonial, *vid.* con carácter general la monografía de E. RODRÍGUEZ PINEAU, *Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales*, Granada, 2002, p. 60.

nuevo (15), e incluso había gozado de cierto predicamento entre nuestra doctrina (16), pero la Sentencia 39/2002 la rechaza sin paliativos. De un lado, recuerda que el carácter dispositivo del artículo 9 2º se encuentra limitado (17); de otro, deja claro que al fin y al cabo, el legislador a través del artículo 9 2º identifica un sistema legal, realiza, en definitiva, aunque expresamente no lo señale el TC, una elección por una solución legal concreta, y precisamente por ello la norma debe quedar sometida a los imperativos constitucionales. Tal y como se sostiene en el FJ 3º, «no parece adecuado afirmar que no hacer uso del margen de autonomía reconocido en la norma implique una opción voluntaria de sometimiento a la regulación dispositivamente introducida en la norma, sino que la aplicación de la misma deriva del carácter vinculante del Derecho, por lo que las mismas exigencias de adecuación deberán entrar en juego».

El razonamiento del TC sobre esta cuestión resulta meridiano y lo cierto es que, a mi juicio, la solución resulta la única admisible. Cuando, sea por las razones que sea, en una materia sometida a normativa dispositiva las partes renuncian a diseñar el marco legal que regulará su relación —en este caso, el régimen económico del matrimonio— cabe entender que esperan del legislador una solución legal acorde con los principios que rigen el resto del sistema. Las partes «delegan» su autonomía privada en las normas dispositivas —no «claudican» ante ellas— para que sean éstas las que establezcan un marco normativo razonable, razonabilidad que, evidentemente incluye el sometimiento de la solución propuesta por el legislador a los imperativos constitucionales. Desde luego lo que de ninguna forma podrían esperar las partes es que la renuncia al ejercicio de la autonomía de la voluntad suponga el adentramiento en un «agujero negro constitucional» en el que los valores e imperativos que gobiernan el sistema jurídico pierden toda su virtualidad.

III. EL CARÁCTER DISCRIMINATORIO DEL CRITERIO DE CONEXIÓN UTILIZADO POR EL ARTÍCULO 9 2º CC (1974)

10. Una vez proclamada la necesidad de someter también el contenido y el criterio de conexión empleado por la norma de conflicto, y tras rechazar que las soluciones a las que se llegue en virtud de una

(16) AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., «Artículo 9 2º ...», *op.cit.*, p. 154.

(17) El artículo 9 3º CC (1974) únicamente autorizaba las capitulaciones permitidas por la ley de cualquiera de los cónyuges, y además se remitía a la ley de las relaciones personales, determinada conforme al artículo 9 2º, en el caso de que éstas no estuvieran completas, o hubieran sido mal hechas.

norma de carácter dispositivo queden fuera del límite conflictual, el TC no tiene más que aplicar su jurisprudencia sobre el derecho de igualdad para constatar si el empleo de un criterio de conexión que atiende únicamente al sexo de uno de los cónyuges, puede considerarse una diferencia de trato amparada por la Carta Magna o, por el contrario, constituye una discriminación incompatible con los valores constitucionales que, en consecuencia, deberá ser rechazada.

La Sentencia 39/2002 dedica a esta operación los Fundamentos Jurídicos 4º y 5º. El esquema de resolución es el tradicionalmente utilizado por la jurisprudencia constitucional (18). En primer lugar deberá constatarse si la opción por la ley del marido origina realmente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas (19), siempre, claro está, que se trate de situaciones objetivas homogéneas o equiparables (20). En segundo lugar, la diferencia de trato sería admisible sólo si fuera constitucionalmente lícita, es decir, si respondiera a un fin amparado por la propia Constitución. Por último, incluso tratándose de una diferencia de trato que respondiera a un fin constitucionalmente amparable, es necesario aún superar un tercer test, el test de proporcionalidad, de tal forma que se vulneraría el principio de no discriminación en el caso de que la parte sometida a trato desigual se viera expuesta a unas consecuencias excesivamente gravosas. A todo ello hay que añadir, tal y como recuerda el propio Tribunal, que nos encontramos ante uno de los supuestos en los que entra en juego la cláusula especial de igualdad y que, en consecuencia, el canon de control a la hora de verificar la diferenciación establecida debe poseer una naturaleza más estricta tanto a la hora de valorar la legitimidad constitucional de la discriminación, como a la de ponderar su proporcionalidad. Tal y como se señala en el Fundamento 5º, reiterando lo señalado en anteriores sentencias, *«las prohibiciones de discriminación contenidas en el artículo 14 CE (...) sólo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de utilizar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto así como un mayor rigor respecto de las exigencias materiales de proporcionalidad»*.

Pues bien, el Tribunal no tuvo ni siquiera que constatar el cumplimiento del test de proporcionalidad. Tras cerciorarse de que efectivamente el artículo 9 2º CC en su versión de 1974 al optar por la ley per-

(18) El TC, en concreto, adopta como referente la STC 200/2001.

(19) STC 181/2000, FJ 10.

(20) SSTC 148/1986, FJ 6º; 29/1987, FJ 5º; 1/2001, FJ 3º.

sonal del marido en el momento de celebración del contrato ofrece un trato desigual a dos grupos, claro está, homologables, niega que con ello se esté protegiendo algún tipo de interés amparado por la Carta Magna y, por tanto, rechaza que la discriminación introducida por el precepto responda a un fin constitucionalmente lícito. Como se señala en la Sentencia, «la discriminación constitucionalmente proscrita reside en la utilización en la norma de conflicto de un punto de conexión que no sea formalmente neutro» (21).

El TC no va más allá en su argumentación —tampoco era preciso al encontrarnos ante un supuesto en el que entra en juego la cláusula especial de igualdad—. Sin embargo, para apuntalar más aún la idea de la sumisión de las normas de conflicto a los valores y principios impuestos por la Constitución, posiblemente hubiera sido deseable utilizar algunas de las afirmaciones realizadas por la *Corte Costituzionale*, que ponen claramente en evidencia la necesidad de superar la concepción meramente instrumental de la norma de conflicto, haciendo hincapié en la elección legislativa que late detrás de toda norma de conflicto. De esta forma, se podría haber apuntado, tal y como hace la tan mencionada Sentencia de la *Corte Costituzionale* de 5 de marzo de 1987, que la utilización de una conexión basada en el sexo de los cónyuges responde a principios absolutamente incompatibles con los imperativos constitucionales, al reflejar una visión predominante del hombre dentro de la concepción de la familia. O, por ejemplo, se podría haber recurrido a un argumento frecuentemente utilizado por la doctrina, al menos hasta la adopción de las decisiones alemana e italiana, que fundamentaba la existencia de discriminación en la utilización como criterio de conexión de la ley del marido, en el hecho de que para éste, en principio resultará sencillo conocer su propio ordenamiento y el círculo de derechos y obligaciones que impone, mientras que sería la mujer quien debería asumir el coste de identificar el marco legal derivado de su matrimonio (22).

(21) F J 5º.

(22) Vid. entre otros: GIARDINA, «L'eguaglianza dei coniugi nel diritto internazionale privato», *Riv.dir.int.priv.proc.*, 1974, esp. p. 17; DAVÍ, *L'adozione nel diritto internazionale privato italiano*, Milán, 1981, p. 282. No obstante, esta concepción ha sido objeto de serias críticas, que de un lado ven en ella una confusión entre los intereses de las partes y los intereses más generales del propio Derecho internacional privado, y de otro niegan que el mejor conocimiento de su propio ordenamiento suponga en la práctica un beneficio para el varón; en este sentido, vid. MARI, L., «Valori ...», *op.cit.*, pp. 49-50. Por su parte, T. BALLARINO (*Costituzione e diritto internazionale privato*, Padua, 1974, p. 80), sí aprecia en esta circunstancia un perjuicio para la mujer, pero no cree que sea de una entidad tal que permita considerarla como discriminatoria.

11. Lo que sí procura la Sentencia 39/2002 es encontrar alguna causa que pudiera justificar la diferencia de trato, algo desde luego innecesario de haberse mencionado alguno de los dos argumentos anteriores que convertían en irrazonable y arbitraria la discriminación introducida por el precepto. De esta forma, se analiza en primer lugar si estaría justificada la discriminación introducida por el criterio de conexión en el caso de que la solución material que ofreciera el ordenamiento al que remitiera la norma de conflicto discriminatoria fuera más favorable para la mujer, y la respuesta del TC es negativa, tal y como previamente había proclamado el Tribunal Constitucional alemán en su Sentencia de 22 de febrero de 1983. De esta forma, (FJ 5º), *«el desajuste de la norma cuestionada con la Constitución tiene lugar con independencia de si el resultado de su aplicación en cada caso concreto es más o menos favorable a la mujer»*. O dicho en otros términos, el hecho de que el ordenamiento material designado por la norma de conflicto discriminatoria pudiera ofrecer un trato favorable para la parte conflictualmente discriminada no puede justificar en modo alguno el trato desigual, por lo que a la hora de juzgar la compatibilidad con la Constitución del contenido de una norma de conflicto, debe carecer de relevancia alguna la solución material que ofrezca el ordenamiento al que ésta se remita. Con ello el TC proclama en definitiva, la absoluta independencia entre el límite conflictual y el material.

Tampoco encuentra justificación el Tribunal a la discriminación introducida por el artículo 9 2º CC (1974) en el hecho de que el criterio discriminatorio pudiera garantizar un mayor nivel de certeza a la hora de determinar la ley aplicable a los efectos del matrimonio. La Sentencia 39/2002 toma nuevamente como referente a la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 22 de febrero de 1983 en la que se había planteado esta posibilidad a la luz del hecho de que la ley del marido generalmente fuera menos variable que la de la mujer, dado que ésta generalmente perdía su nacionalidad por el hecho de contraer matrimonio con un extranjero.

En cambio, no se menciona una idea que en alguna otra ocasión ha manejado nuestra jurisprudencia menor a la hora de intentar buscar una justificación razonable a la discriminación introducida por una norma de conflicto, como es la necesidad de proporcionar una cláusula de cierre al sistema que impida la existencia de una laguna a la hora de identificar el Derecho aplicable a las relaciones entre cónyuges, pese a

(23) SAP de Barcelona de 21 de octubre de 1988, AC 1988/8952; SAP de Tarragona de 17 de febrero de 2000, JUR 2000/305876 y SAP de Barcelona de 20 de noviembre de 2001, JUR 2002/21531.

que tal cláusula sea discriminatoria (23). La idea consiste en asumir que pese al carácter discriminatorio de la conexión, su presencia en el sistema sería necesaria para garantizar la aplicación de al menos un derecho en aquellos casos en los que el resto de las conexiones no garantizaran la aplicación de otro ordenamiento (24).

12. En definitiva, para el TC «no existe ninguna justificación constitucionalmente aceptable que justifique la preferencia por la normativa relacionada con el varón» y considera que la redacción del precepto se opone, no sólo al artículo 14 CE sino también al artículo 32 CE en el que se contiene el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio en plena igualdad. En su apoyo cita además jurisprudencia, tanto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (25) como las ya mencionadas Sentencias de los Tribunales constitucionales alemán e italiano en las que se declara la inconstitucionalidad de los preceptos equivalentes al antiguo artículo 9 4º.

Aunque la Sentencia no haga referencia alguna al problema, merece la pena plantearse qué sucedería en el caso de que una norma de conflicto contenida en el ordenamiento extranjero remitiera de nuevo al Derecho español como consecuencia de la aplicación del artículo 12 2º CC y se diera la circunstancia de que tal norma de conflicto utilizara un criterio discriminatorio. Supongamos, por ejemplo, que se tratara de una norma de conflicto extranjera que, al igual que el artículo 9 2º CC (1974) utilizara como criterio de conexión la nacionalidad del marido.

Pues bien, en casos como éste, aunque se trate de normas de conflicto, nos encontramos al fin y al cabo ante normas extranjeras y por tanto, tal y como ya hemos visto que sucede con la aplicación de las normas materiales extranjeras, deberá tenerse en cuenta que el juego de los derechos fundamentales ha de gozar de un alcance diferente en el ámbito interno y en el internacional (aunque, ya hemos visto las dificultades existentes a la hora de concretar tales diferencias). Dicho de otro modo, en estos supuestos se deberá realizar una internacionalización del test conflictual que obligaría a modificar sus contornos y que podría suponer —aunque en la práctica se trataría de casos muy aislados— que un criterio de conexión que sería inconstitucional en el caso de haber sido adoptado por nuestro propio legislador,

(24) *Vid.* con mayor amplitud RODRÍGUEZ PINEAU E., «La inconstitucionalidad del artículo 9 2 CC de 1974 (Comentario a la S.TC 39/2002 de 14 de febrero)», *REDI* 2002 (en prensa).

(25) Sentencia de 22 de febrero de 1994, caso *Burghartz*.

podría llegar a ser admisible en el caso de que fuera utilizado por un legislador extranjero (26).

IV. LAS CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

13. Una vez contrastada la incompatibilidad del artículo 9 2º en su versión de 1974 con los artículos 14 y 32 CE, el TC declara la inconstitucionalidad sobrevenida de la conexión relativa a la ley nacional del marido al tiempo de la celebración, pero ni resuelve la laguna que queda en el sistema tras la expulsión del último inciso del artículo 9 2º ni delimita las consecuencias *ex tunc* derivadas de la inconstitucionalidad del precepto.

En cuanto a la primera cuestión, evidentemente su resolución no corresponde al TC sino a los órganos jurisdiccionales, al inscribirse en la mera legalidad ordinaria. Se trata además de un problema menor. La inconstitucionalidad sobrevenida del último inciso del artículo 9 2º CC (1974) supuso que la única prescripción de la anterior redacción del precepto que permanecía en vigor era la que declaraba la aplicación de la «última ley nacional durante el matrimonio», abriéndose una laguna para todos aquellos matrimonios en los que no pudiera identificarse una ley nacional común. La laguna sin embargo no ha planteado mayores problemas para la doctrina, que habitualmente ha propuesto la aplicación de la ley del lugar de la última residencia habitual común de los cónyuges, tomando como referente el papel supletorio de la residencia habitual en el sistema establecido por el Título preliminar del CC y realizando una aplicación analógica de la norma de conflicto en materia de separación y divorcio contenida en el artículo 107 CC (27).

(26) Vid. con mayor detalle DAMM, K.D., «Die Einwirkung ...», *op.cit.*, p. 196.

(27) AMORES CONRADI, M.A., «Efectos ...», *op.cit.*, p. 344-345; BORRÁS RODRÍGUEZ, A., «Comentario al artículo 9 2 CC», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R. (coord.); CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Comentario al artículo 9 2º CC», en LIAÑO, P. (coord.), *Jurisprudencia Civil comentada. Código Civil*, T. I, pp. 132 y ss; GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., «Relaciones ...», *op.cit.*, p. 231. En términos similares, AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., «Artículo 9 2º ...», *op.cit.*, p. 147; MARÍN LÓPEZ, A., «Los efectos ...», *op.cit.*, p. 79; ROMERO HERRERO, H., «Determinación del régimen económico matrimonial. Conflictos interregionales», *Revista Jurídica del Notariado*, abril-junio, 1995, pp. 91 y ss.

14. Mayores complicaciones presenta, sin embargo, la segunda cuestión planteada. En principio todas las normas preconstitucionales de contenido inconstitucional han quedado derogadas tras la entrada en vigor de la Constitución (apartado 3º de la Disposición Derogatoria). Ahora bien, en estos casos la existencia de una incompatibilidad con la Carta Magna no se repara con la mera derogación, ya que con ella no se impide la aplicación de la norma para aquellos actos que se produjeron durante su vigencia. En los supuestos de normas preconstitucionales, el TC no sólo ha de constatar la derogación de la norma sino que debe declarar también la inconstitucionalidad, en este caso sobrevenida. A través de tal declaración es como se consigue impedir cualquier tipo de ultraactividad de la norma y también por medio de esta declaración se logran efectos equivalentes a los de la declaración de nulidad, declaración que en puridad no resulta procedente en los casos de normas preconstitucionales dado que la norma era perfectamente válida hasta la entrada en vigor de la Constitución (28). Una vez asumida esta solución, el TC actúa sobre las normas preconstitucionales, con las mismas herramientas que utiliza con las normas promulgadas después de la entrada en vigor de la CE.

El problema estriba, no obstante, en que la Jurisprudencia del TC no resulta especialmente clara a la hora de precisar los efectos *ex tunc* de la declaración de inconstitucionalidad de una norma sobre las situaciones jurídicas nacidas al amparo de ésta. En principio, la LOTC ha optado por el trinomio «declaración de inconstitucionalidad-nulidad-efectos *ex tunc*». Es decir, como regla general, toda norma declarada inconstitucional es nula —con las peculiaridades apuntadas en relación con las normas preconstitucionales— y las consecuencias de la nulidad deben proyectarse con carácter retroactivo, con el límite de los procesos finalizados por medio de una sentencia con fuerza de cosa juzgada (29). La excepción a este límite a la retroactividad se encontraría, según el art. 40 LOTC, en los procesos penales y contencioso-administrativo referentes a un procedimiento sancionador en los que como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad se lograra una reducción

(28) *Vid.* con mayor detalle GÓMEZ MONTORO, A., «Artículo 39», en *Comentarios a la LOTC*, Madrid, 2001, nº 20 y ss. Con carácter general, sobre las consecuencias derivadas de la inconstitucionalidad de una ley, *vid.*, JIMÉNEZ CAMPO, J., «Qué hacer con la ley inconstitucional», en *La sentencia sobre inconstitucionalidad de la ley*, Cuadernos y debates, núm. 66, 1997, pp. 15 y ss.

(29) *Vid.* ALONSO GARCÍA, R., «El Tribunal Constitucional y la eficacia temporal de sus sentencias anulatorias», *RAP* 119 (1989), pp. 255-268, esp. pp. 263-264.

de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de responsabilidad. A la luz de lo señalado, y a salvo de los efectos ya agotados, la eficacia *ex tunc* de la STC 39/2002 debería proyectarse, en principio sin restricción alguna, tanto sobre los matrimonios contraídos con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución y antes de la reforma del artículo 9 2º CC, como sobre los celebrados con anterioridad a la promulgación de la Carta Magna que perduren tras su entrada en vigor. En ambos casos, los efectos del matrimonio deberían ser regulados por los artículos 9 2º CC (y 9 3º) adaptados a los imperativos constitucionales en los términos ya expuestos.

15. Ahora bien, en ocasiones el TC ha roto el trinomio descrito, separando la declaración de inconstitucionalidad de la afirmación de la nulidad y a ambas del reconocimiento a las sentencias de eficacia *ex tunc*, con la finalidad de proteger la seguridad jurídica y salvaguardar los intereses de aquellos sujetos que se acogieron de buena fe a la ley declarada inconstitucional. Ello supone que, según la Jurisprudencia constitucional, podrán existir sentencias en las que la declaración de inconstitucionalidad no acarree la nulidad de la norma y cuyos efectos, sin embargo, se proyecten con carácter retroactivo sobre las situaciones surgidas al amparo de la ley declarada inconstitucional; y viceversa, sentencias en las que se declare la nulidad de una disposición y que, bien carezcan de eficacia *ex tunc*, bien vean esta limitada.

En consecuencia, aunque es cierto que el único límite a la retroactividad de las sentencias según el artículo 40 1º LOTC se encuentra en el efecto de cosa juzgada (con la excepción de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un proceso sancionador), el TC ha entendido que existen otras situaciones en las que cabría limitar los efectos hacia el pasado de la declaración de inconstitucionalidad (30). Es el caso, por ejemplo, de las situaciones administrativas consolidadas, para las que se ha admitido la extensión de la limitación impuesta por el artículo 40 1º, si bien tal extensión no se realiza de forma automática sino siempre atendiendo a las circunstancias del caso, a los bienes e intereses en liza y al motivo que fundamente la inconstitucionalidad (31). Admitido lo anterior, y a la luz de lo tardío de la reforma del ar-

(30) En alguna ocasión incluso (STC 45/1989 de 25 de febrero), el TC ha llegado a afirmar su libertad para decidir a la vista de cada caso concreto, ganándose con ello las críticas de la doctrina (*vid.* GÓMEZ MONTORO, A., «Artículo 40», *Comentarios ...*», *op.cit.* nº 15).

(31) GÓMEZ MONTORO, A., «Artículo 40», *Comentarios*, *op.cit.*, nº 19.

tículo 9 2º (12 años después de la aprobación de la CE) y, consecuentemente con ello, del elevado número de matrimonios afectados, seguramente habría sido deseable un esfuerzo del TC por precisar de alguna forma los efectos *ex tunc* de la sentencia.

Sea como fuere, y ante el silencio de la STC 39/2002, lo cierto es que, siguiendo la jurisprudencia del propio Tribunal, los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima en la ley, casi con toda seguridad justificarían algún tipo de limitación a la retroactividad de la STC 39/2002, una exigencia, por otro lado, demanda por la doctrina alemana tras la sentencia del BverG de 22 de febrero de 1983 (32). La limitación encuentra todavía mayor justificación si se tiene en cuenta que, de un lado, la reforma operada en el año 1990 en el artículo 9 2º CC carece de normas derecho transitorio y, de otro, que tal y como se señaló con anterioridad, la vigencia del artículo 9 2º CC (1974), fue bendecida en diversas ocasiones por nuestros tribunales (33).

(32) Entre otros, SONNENBERGER, H.J., «IPR-Reform und Verfassungswidigkeit von Art. 15 EGBGB», *IPRax*, 1984, pp. 5 y ss; VON BAR, C., «Das Internationale Ehe-recht auf dem Prüfstand der Verfassung», *N.J.W.*, 1983, pp. 1929 y ss, esp., p. 1935.

(33) M.A. AMORES CONRADI (*Efectos ...*, *op.cit.*, p. 335) propone limitar los efectos *ex tunc* en aquellos supuestos en los que sea necesario proteger las expectativas de terceros por estar protegidas, por ejemplo, por la apariencia registral. Por su parte, E. RODRÍGUEZ PINEAU («La inconstitucionalidad ...», *op.cit.*, *passim*), considera que la retroactividad de la sentencia sólo debería operar si la mujer en algún momento —por ejemplo, al intentar una inscripción registral—, hubiera hecho constar su disconformidad con el régimen existente, o si los cónyuges hubieran consentido los efectos *ex tunc* sobre su régimen matrimonial.

