

# Las relaciones entre cónyuges en el nuevo Derecho Internacional privado de la familia: valores jurídicos y técnicas de reglamentación

MIGUEL A. AMORES CONRADI

Universidad Autónoma de Madrid

**SUMARIO:** *Introducción.*—I. *Las soluciones del Derecho Internacional Privado Comparado.*—1. Aspectos de técnica jurídica.—A) Unidad o fragmentación de las soluciones.—B) Técnicas de reglamentación. Los criterios de conexión utilizados.—2. La realización de los valores materiales.—A) La igualdad de los cónyuges.—B) El libre desarrollo de la personalidad.—C) Seguridad jurídica.—II. *El proyecto de reforma del Título Preliminar del Código sobre relaciones entre cónyuges.*—1. El proyecto de nuevo artículo 9.2.º del Código civil: antecedentes y aspectos de técnica jurídica.—A) El artículo 9.2.º del Título Preliminar de 1974 y la Constitución española de 1978.—B) El proyecto de reforma del artículo 9.2.º del Código civil elaborado por la Comisión General de Codificación. Aspectos de técnica jurídica.—2. La realización de los valores constitucionales. Consideraciones críticas.—A) Igualdad entre los cónyuges y libre desarrollo de la personalidad.—B) Seguridad jurídica y protección del tráfico.—3. Conclusión: hacia una solución alternativa para la reforma del artículo 9.2.º del Código civil.

## INTRODUCCION

1. La entrada en vigor de un nuevo sistema de valores en la regulación de las relaciones familiares (principios de libertad e igualdad matrimonial *versus* unidad jurídica de la familia en base a la potestad marital) plasmado en el texto constitucional, ha ido hasta ahora acompañado de la necesaria reforma de los preceptos que en el Código civil contienen la regulación legal del matrimonio (1). Dicha reforma no se ha entendido, sin embargo, más que muy parcialmente (art. 107 C.c.), a las normas de Derecho Internacional Privado relevantes en esta materia. La re-

---

(1) Leyes 11/1981, de 13 de mayo; 30/1981, de 7 de julio, y 13/1983, de 24 de octubre, en lo que se refiere al Derecho de Familia; en curso de elaboración se encuentra, asimismo, la reforma de los preceptos del Código civil en materia de adopción.

ciente publicación de un anteproyecto de reforma de determinados preceptos del Título Preliminar elaborado en el seno de la Sección 1.<sup>a</sup> de la Comisión General de Codificación (2), parece iniciar, afortunadamente, el camino para la superación del desfase apuntado y constituye además el objeto principal de este trabajo.

2. Este fenómeno de adaptación de las normas de Derecho Internacional Privado a un Derecho material del foro que ha sufrido una profunda mutación no es por supuesto exclusivo de nuestro país, sino que con ello nos sumamos al numeroso grupo de naciones de nuestro entorno cultural que en los últimos años han introducido, o están en vías de establecer, reformas en su sistema de normas sobre Derecho aplicable (3). Este dato implica la necesidad de considerar la experiencia comparada por su posible valor ejemplificador, y a esta tarea irá consagrada la primera parte de nuestro trabajo (3 bis).

(2) *BIMJ*, año XXXIX, n.º 1.405, de 25 de diciembre de 1985, pp. 81 y ss.

(3) Limitándonos a los países europeos y a las nuevas leyes o proyectos de los últimos diez años, se han producido los siguientes textos: Austria, Ley Federal de 15 de junio de 1978, n.º 304; puede consultarse el texto, comentado, en A. DUCHEK-F. SCHWIND, *Internationales Privatrecht. Das I.P.R.-Gesetz vom 15-6-1978 samt einschlägigen sonstigen Rechtsvorschriften und zwischenstaatlichen Abkommen mit ausführlichen Erläuterungen*, Viena, 1979. R.F. de Alemania, Ley Federal de nueva regulación del Derecho Internacional Privado de 25 de julio de 1986; el texto definitivo en *IPRax.*, 1986, pp. 322 y ss. Grecia, Ley n.º 1.329/1983 de aplicación del principio constitucional de igualdad en la legislación civil y de modernización parcial de las disposiciones del Código civil relativas al Derecho de Familia; el texto, que es una reforma de alcance limitado, puede consultarse en *Rev. Critique*, 1984, pp. 168 y ss., con comentario de V. VASSILIKAKIS. Holanda, Ley de 25 de junio de 1981 de reglamentación de los conflictos de leyes en materia de disolución del matrimonio y separación personal; el texto, puede consultarse en *Rev. Critique*, 1981, pp. 809 y ss. Hungría, Decreto-Ley 13/1979 del Presidium de la República, sobre el Derecho Internacional Privado; el texto, en *Rev. Critique*, 1981, pp. 161 y ss., con nota introductoria de F. MAJORS. Portugal, Decreto-Ley n.º 496/1977, de 25 de noviembre, de reforma de determinados preceptos del Código civil; el texto, con comentario de R. M. MOURA RAMOS, en *Rev. Critique*, 1978, pp. 598 y ss. Suiza, Proyecto de Ley Federal sobre el Derecho Internacional Privado; publicado en *Feuille Fédérale*, n.º 4, vol. I, de 1 de febrero de 1983; añádanse las enmiendas introducidas durante la tramitación parlamentaria, actualmente en curso: en lo que se refiere al Derecho matrimonial, *Bulletin Officiel de L'Assemblée Fédérale, Conseil des Etats*, Sesión de primavera, 8.<sup>a</sup> Sesión de la 42.<sup>a</sup> legislatura, 1985-II, de 13 de marzo de 1985, pp. 142 y ss. Turquía, Ley sobre el Derecho Internacional Privado y el proceso internacional, n.º 2.675, de 20 de mayo de 1982; el texto, en *Rev. Critique*, 1983, pp. 141 y ss., con Nota introductoria de N. ULUOÇAK. R.F. de Yugoslavia, Ley de 15 de julio de 1982, sobre los conflictos de leyes con las disposiciones de otros países en el ámbito de ciertas materias; el texto, en *Rev. Critique*, 1983, pp. 353 y ss., con Nota de S. CIGOJ. Los textos austríaco, alemán, húngaro, portugués, suizo, turco y yugoslavo pueden consultarse, igualmente, en traducción italiana, en el volumen *Problemi di riforma del Diritto Internazionale Privato italiano*, Milán, 1986, pp. 731 y ss.

(3 bis) Pero sin que los textos comparados puedan servir de modelo más que en tanto resulten compatibles con los principios materiales informadores de nuestro ordenamiento, y sin la más mínima pretensión de mimetismo, aunque sólo sea como reacción al modo en que las reglas sobre Derecho aplicable de 1889 y 1974 fueron producto de la influencia, respectivamente, de los Códigos napoleónico y piamontés, en 1889, y del Código italiano de 1942 (a través del proyecto de 1943 del Prof. J. YANGUAS MESSÍA), con algunos elementos del portugués de 1966, en 1974. Sobre este punto, J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Derecho Internacional Privado. Parte I: Introducción*, Madrid, 1984 (policopiado), pp. 129 y 133; en el mismo sentido, J. C. FERNÁNDEZ ROJAS, *Tráfico jurídico externo y sistema de Derecho Internacional Privado*, Oviedo, 1985, pp. 174 y 176.

No obstante la delimitación del ámbito tanto espacial como temporal del estudio merece algunas precisiones. Si el objeto de nuestro trabajo es la penetración de los valores materiales constitucionalmente relevantes en la ordenación de Derecho Internacional Privado de las relaciones entre cónyuges, resulta lógico que hagamos mayor hincapié en la experiencia de aquellos países en los que dichos valores poseen un sentido al menos similar al que se les da en el ordenamiento español. Esta limitación cobra aún más sentido si se considera el dato de que es precisamente en estos países (nos referimos a la República Federal de Alemania y a Italia) donde los problemas que presentan las relaciones entre la Constitución y el sistema de Derecho Internacional Privado han sido objeto de mayor reflexión doctrinal (4), lo que no es probablemente ajeno al hecho de que en ambos exista una jurisdicción constitucional centralizada. Con ello dejamos fuera del ámbito estudiado la reciente ley turca dada la ausencia de una Constitución que recoja valores similares a los que impregnan nuestro ordenamiento en esta materia (5). De otra parte,

(4) Aunque exista algún notable estudio de conjunto fuera del ámbito de estos dos países: vid. R. M. MOURA RAMOS, *Direito Internacional Privado e Constituição. Introdução a uma análise das suas relações*, Coimbra, 1980, *passim*. Al margen de ello, en los EE. UU., la problemática de las relaciones mencionadas en el texto se ha enfocado básicamente en el ámbito de la *Full faith and credit clause* y de la *Due process clause*; vid., p. ej., R. A. LEFLAR, «Constitutional limits on free Choice of law», *L & C. P.*, 1963, pp. 706 y ss., y, últimamente, F. K. JUENGER, «Kollisionsrecht und Verfassung. Eine Stellungnahme des Supreme Court der Vereinigten Staaten», *IPRax.*, 1982, pp. 206-207; R. A. SEDLER, «Limiti costituzionali alla scelta di legge applicabile: prospettiva di generalismo costituzionale», *RDIPP*, 1983, pp. 241 y ss.

Por lo que se refiere a la R.F.A.: A. N. MAKAROV, «Die Gleichberechtigung der Frau und das internationale Privatrecht», *RabelsZ.*, 1952, pp. 382 y ss.; G. BEITZKE, *Grundgesetz und International Privatrecht*, Berlin, 1961; M. FERID, «Wechselbeziehungen zwischen Verfassungsrecht und Kollisionsnormen», en *Vom deutschen zum europäischen Recht. Festgabe für H. DÖLLE, Tubinga, 1963, vol. II, pp. 119 y ss. (existe trad. italiana, resumida, en D.I., 1963, pp. 143 y ss.)*; J. V. STAUDINGER-F. GAMILLSCHEG, *Prel. Art. 13 EGBGB*, n.º marg. 41 y ss., Berlin, 1973; D. HENRICH, «Verfassungswidrige Kollisionsnormen. ein Rechtschaos?», *RabelsZ.*, 1974, pp. 470 y ss.; L. RAAPE-F. STURM, *Internationales Privatrecht*, vol. I, Munich, 1977, pp. 206 y ss.; W. WENGLER, *Internationales Privatrecht (vol. VI-1 del Reichsgerichtsräte-Kommentar zum BGB)*, Berlin-Nueva York, 1981, pp. 125 y ss.; D. HENRICH, «Art. 15 EGBGB nichtig: Was nun?», *IPRax.*, 1983, pp. 208 y ss. Vid. *infra*, nota 8, bibliografía específica sobre la importantísima Sent. del Tribunal Constitucional federal de 4 de mayo de 1971.

Por lo que se refiere a la doctrina italiana, vid. T. BALLARINO, *Costituzione e Diritto Internazionale Privato*, Padua, 1974; A. GIARDINA, «L'eguaglianza dei coniugi nel Diritto Internazionale Privato», *RDIPP*, 1974, pp. 5 y ss.; F. SORRENTINO, «Prime considerazioni sulla rilevanza costituzionale del Diritto Internazionale Privato», *Annali Genova*, 1977, pp. 923 y ss.; R. PISILLO-MAZZESCHI, «L'uguaglianza fra i coniugi nel Diritto Internazionale», *Studi Senesi*, 1981, pp. 36 y ss.; T. BALLARINO, *Diritto Internazionale Privato*, Padua, 1982, pp. 136 y ss.; P. MENGOZZI, *Diritto Internazionale Privato italiano*, Turín, 1983, pp. 19 y ss.

(5) Sobre el texto de la nueva ley turca puede consultarse G. TEKINALP, «Der Türkische Gesetzentwurf über internationales Privatrecht und Zivilverfahrensrecht», *RabelsZ.*, 1982, pp. 26 y ss.; N. ULUOCAK, «Nota», cit. en nota 3.

El art. 12.2.º de la Ley turca establece:

«Los efectos generales del matrimonio se someten al derecho nacional común de los cónyuges. Si las partes poseen una nacionalidad distinta, se aplica el Derecho del domicilio común; a falta de domicilio común, se aplica el Derecho de la residencia habitual común; a falta de ella, se aplica el Derecho turco.»

y aunque la reflexión doctrinal sobre las relaciones Constitución-Derecho Internacional Privado sea escasa, no es posible dejar de lado las reformas producidas en Portugal, Austria y Grecia, así como el proyecto Suizo. En los casos portugués y griego la necesidad de su estudio viene dada por la propia finalidad de la reforma, que no es otra que la adaptación de las reglas de Derecho aplicable al principio constitucional de igualdad entre el hombre y la mujer, principio que en ambos países es una relativa novedad. El estudio de la ley austríaca resulta necesario exactamente por los mismos motivos que el de la ley alemana y el proyecto italiano. Por lo que se refiere al proyecto suizo, aunque la motivación inicial tenga poco que ver con la penetración de los valores materiales en la normativa del Derecho Internacional Privado, la introducción de la cláusula de igualdad en el artículo 4.II de la Constitución Federal, por referéndum de 14 de junio de 1981, y su posterior reflejo en el plano legislativo (6), viene a teñir en un determinado sentido la reglamentación de Derecho Internacional Privado.

3. La limitación a las reformas o proyectos de reforma de los últimos años no es tampoco casual. Aunque la reflexión sobre el problema de las relaciones entre Constitución y Derecho Internacional Privado se inicia con anterioridad (7), es a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 4 de mayo de 1971, una de las decisiones jurisprudenciales más decisivas en la manera actual de concebir el sistema de normas sobre Derecho aplicable, cuando se produce una toma de conciencia colectiva sobre la necesidad de ajustar a los valores constitucionales las normas de conflicto (8). Este dato creo que justifica por sí sólo que nos limitemos a las reformas posteriores a esa fecha.

---

Nótese que según el art. 21 C.c. turco la mujer casada posee *ope legis* el domicilio de su marido, aunque sea posible que en algún supuesto tenga un domicilio distinto (art. 21.2.º y 162 C.c.), pero este domicilio conyugal sólo deberá ser tenido en cuenta (cfr. A. RUINI *Problemi di riforma ...*, cit., p. 993, en nota 21) cuando el Derecho material turco resulte aplicable como *lex causae*, y no como criterio para la determinación del Derecho aplicable.

(6) Vid. «Rapport sur le programme législatif Egalité des droits entre hommes et femmes», *Feuille Fédérale*, n.º 14, vol. I, 15 de abril de 1986, pp. 1132 y ss., espec., pp. 1168-1169.

(7) A mi conocimiento, el primer estudio específico sobre la incidencia de la Constitución en el sistema de Derecho Internacional Privado, bien que con un enfoque distinto al que posteriormente centrará el debate doctrinal, es el de F. DE CASTRO, «La Constitución española y el Derecho Internacional Privado», *RDP*, 1932, pp. 74 y ss. y 97 y ss.; con un punto de partida similar, centrado en las repercusiones del texto constitucional en el Derecho de la nacionalidad, J. P. NIBOYET, «La récente Constitution française et le Droit International», *Travaux du Com. fr. du Dr. Int. Pr.*, 1946-47 y 1947-48, Paris, 1949, pp. 17 y ss., estudio éste que también comprende la incidencia de la Constitución en el Derecho Internacional Público y en el Derecho de Extranjería.

Referido a las relaciones entre los derechos Fundamentales y los criterios de conexión utilizados en las normas sobre Derecho aplicable, cfr., con anterioridad a la sentencia referida, A. N. MAKAROV, «Dei Gleichberechtigung ...», cit. G. BEITZKE, *Grundgesetz ...*, cit., M. FERID, «Wechselbeziehungen ...», cit.; W. WENGLER, en su Comentario a la Sent. del BGH de 2 de abril de 1964, en *J.Z.*, 1965, pp. 1100 y ss.; H. BERNSTEIN, «Ein kollisionsrecht für die Verfassung», *N.J.W.*, 1965, pp. 2273 y ss.; F. GAMILLSCHEG, «Gleichberechtigung der frau und reform des Internationalen Privatrechts», *RabelsZ.*, 1969, pp. 654 y ss.

(8) *B. Verf. G. E.*, 31, 58; puede consultarse el texto original en *RabelsZ.*, 1972, pp. 145 y ss.; en castellano, existe una traducción casi completa en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS-

4. La segunda parte del trabajo se centra, obviamente, en el estudio de la evolución del Derecho español y el análisis pormenorizado del anteproyecto que hemos mencionado. La práctica inexistencia de jurisprudencia y lo exiguo de la regulación del artículo 9.2º del Código civil, provoca que la exposición posea un marcado carácter doctrinal. Ello no obstante, resulta de particular interés la reflexión producida en los últimos años en la doctrina española precisamente sobre la recepción de los valores constitucionales en la reglamentación de Derecho Internacional Privado sobre los efectos o relaciones personales entre los cónyuges (9), lo que resulta lógico dado el uso por el precepto mencionado de un criterio de conexión tan escasamente ajustado a la Constitución como el de la nacionalidad del marido.

5. La escasa relevancia del contenido de la noción «relaciones entre cónyuges», que ni siquiera posee un uso pacífico en la doctrina española (10), obliga a justificar porqué centramos nuestra atención en ella. Hay

---

J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Derecho Internacional Privado. Materiales de Prácticas*, Madrid, 1983, pp. 74 y ss. Sobre dicha sentencia, sin pretensiones de exhaustividad, vid. D HENRICH, «Die Bedeutung der Grundrecht bei der Anwendung fremden Recht», *RabelsZ.*, 1972, pp. 2 y ss.; E. JAYME, «Grundrecht der Eheschließungsfreiheit und wiederheirat geschiedener ausländer», *RabelsZ.*, 1972, pp. 19 y ss.; G. KEGEL, «Embarras de richesse», *RabelsZ.*, 1972, pp. 27 y ss.; A. LÜDERITZ, «Grundgesetz contra IPR? Vorschläge zur Bestimmung des Geltungsbereich von Grundrechten», *RabelsZ.*, 1972, pp. 35 y ss.; A. N. MAKAROV, «Artikel 6 Abs. 1 GG und die Anwendung spanischen Eherecht», *RabelsZ.*, 1972, pp. 54 y ss.; K. MÜLLER, «Deutsches Scheidungsurteil als prozessuale Vorfrage und fremder ordre public», *RabelsZ.*, 1972, pp. 60 y ss.; K. NEUMAYER, «Zur zivilehe eines spaniers mit einer geschiedener deutschen», *RabelsZ.*, 1972, pp. 73 y ss.; K. SIEHR, «Grundrecht der Eheschließungsfreiheit und I.P.R., zugleich ein Beitrag zur Lehre vom ordre public», *RabelsZ.*, 1972, pp. 93 y ss.; F. STURM, Comentario a la Sentencia en *FamRZ*, 1972, pp. 16 y ss.; W. WENGLER, «Die Bedeutung der verfassungsrechtlichen Bestimmungen über die Eheschließungsfreiheit und den Schutz der Familie für das I.P.R.», *RabelsZ.*, 1972, pp. 116 y ss.; F. NEUHAUS, «Bundesverfassungsgericht und I.P.R.; versuch einer Bilanz», *RabelsZ.*, 1972, pp. 127 y ss.; F. K. JUENGER, «The German Constitutional Court and the Conflict of Laws», *A.J.C.L.*, 1972, pp. 290 y ss.; E. JAYME, «La costituzione tedesca e il Diritto Internazionale Privato», *RDIPP.*, 1972, pp. 161 y ss.; C. LABRUSSE, «Droit Constitutionnel et Droit International Privé en Allemagne. À propos de la décision du Tribunal Constitutionnel Fédéral du 4 mai 1971», *Rev. Critique*, 1974, pp. 1 y ss.; J. PUENTE EGIDO, «Comentarios sobre una Sentencia del Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania», *A.D.I.*, 1975, pp. 725 y ss.

(9) Vid., especialmente, N. BOUZA VIDAL, en la revisión a la 9.ª Ed. de A. MIAJA DE LA MUELA, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Madrid, 1982, pp. 361-362 y 372-373; A. P. ABARCA JUNCO, «Sobre los efectos o relaciones personales entre los cónyuges en Derecho Internacional Privado», *R.E.D.I.*, 1983, pp. 43 y ss., espec., pp. 58-60; J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS *et al.*, *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, vol. II, Oviedo, 1984, pp. 180-183.

(10) La expresión utilizada, sin reflejo en el Derecho Comparado, la tomo de J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, En *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, cit., pp. 174 y ss.; con ella se quiere comprender, junto al ámbito estricto de los efectos personales del matrimonio, otra serie de materias, como las incluidas en la categoría del «régimen matrimonial primario», que por el carácter de los principios que las informan en la legislación interna, no parece que deban incluirse en la norma del art. 9.3.º C.c., configurado de esta manera el art. 9.2.º C.c., como una norma sobre la ley aplicable al «Estatuto general de los casados» (*ibidem*). Resulta preferible el término «relaciones» al de «efectos generales», que es el utilizado en diversos ordenamientos, por cuanto este último parece demasiado ligado a los «efectos» que el matrimonio suponía en cuanto a la capacidad de obrar de la mujer,

al menos dos series de razones que abonan el interés de un estudio como el propuesto. En primer lugar, de la observación del Derecho Comparado se deduce que esta categoría está siendo utilizada como modelo de la reglamentación del conjunto de las relaciones matrimoniales y familiares en Derecho Internacional Privado; modelo que tiende a ser expansivo en el sentido de que la conveniencia de someter el conjunto de las relaciones familiares a una misma ley por razones de seguridad jurídica, ha llevado, en cierto sentido, a configurar la norma sobre ley aplicable a los efectos generales del matrimonio como una regla general respecto a la cual el resto de las normas en materia familiar se sitúan en una relación de especificación o excepción (11). Resulta curioso, a este respecto cómo el viejo principio de unidad jurídica de la familia parece haber encontrado una forma de pervivencia como especificación del principio de seguridad jurídica, adaptándose al impacto de los valores constitucionales (12). Pero en todo caso, ésta es una conclusión que no procede en esta sede sistemática y sería de virtualidad cuando menos dudosa.

Más convincente resulta a mi juicio la segunda serie de razones. La materia tradicionalmente incluida en la noción de relaciones personales entre los cónyuges ha estado siempre fuertemente cargada de un contenido valorativo; de modo que las reglas del derecho material incluidas en la norma del artículo 9.2.º del Código civil resultan la traducción en el plano legal de los principios fundamentales del foro en cuanto a la regulación del matrimonio. De ahí que, ante un cambio radical en los mencionados principios, resulte de particular interés la observación del modo en que los nuevos valores determinantes de la regulación material inciden en la técnica del Derecho Internacional Privado.

---

al menos en nuestro Derecho, lo que hace desaconsejable su uso en el momento presente. Sobre este punto, no obstante, volveremos en la última parte de nuestro trabajo.

(11) La observación, más como tendencia del Derecho comparado que como una realidad actual, es de C. V. BAR, «Personal Effects of Marriage», en *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. III, *Private International Law. Chapter XVII*, Tubinga-Dordrecht-Boston-Lancaster, 1986, pp. 3 y 11.

(12) Resulta aleccionador a este respecto, P. H. NEUHAUS, «Familieneinheit im internationalen Privatrecht? Zugleich ein Beitrag zur Versöhnung von Staatsangehörigkeits- und Domizilprinzip», *RabelsZ.*, 1955, pp. 52 y ss.; que continúa un debate reabierto por S. BRAGA, «Staatsangehörigkeitsprinzip oder Wohnsitzprinzip?», *RabelsZ.*, 1954, pp. 227 y ss. (este trabajo es el resumen de las ideas fundamentales expuestas por el mismo autor en *Staatsangehörigkeitsprinzip oder Wohnsitzprinzip? Ein Beitrag zur Reform des I.P.R.*, Erlangen, 1954, que no he podido consultar). NEUHAUS defiende en el trabajo citado la conveniencia de que las normas sobre Derecho aplicable en materia familiar resulten adecuadas para «fortalecer» el principio de unidad familiar, lo que a su juicio se conseguiría con el empleo de conexiones del tipo domiciliario (loc. cit., pp. 62 y ss.). El trabajo de NEUHAUS resulta por lo demás extremadamente interesante por los criterios metodológicos que le sirven de base: ¿pueden las normas sobre Derecho aplicable resultar funcionales a la consecución de un objetivo material (la unidad familiar)?, ¿resulta conveniente que actúen en este sentido? NEUHAUS, parece decantarse, con matizaciones en el segundo interrogante, por una respuesta afirmativa a ambas cuestiones, en polémica, particularmente en la segunda de ellas, con H. DÖLLE, «Die Gleichberechtigung von Mann und Frau im Familien Recht», en *Um Recht und Gerechtigkeit. Festgabe für E. KAUFMANN*, Stuttgart-Köln, 1950, pp. 19 y ss. (no he podido consultar el original de este trabajo, pero sí su traducción francesa, «L'égalité de l'homme et de la femme dans le Droit de la Famille. Étude de politique législative comparée», *Rev. Int. Dr. Comp.*, 1958, pp. 250 y ss., vid. espec., p. 169).

6. El método a seguir en la exposición es relativamente simple. Partiendo de los nuevos valores que inciden en la reglamentación del matrimonio, se prestará sucesiva atención al ámbito de la categoría en cada uno de los sistemas objeto de estudio, la técnica de reglamentación utilizada y en especial los criterios de conexión empleados, para concluir con el examen de la adecuación a los valores de la reglamentación.

Esto exige una aclaración previa. Los valores que han sido objeto de la reflexión doctrinal han sido tomados hasta ahora como posible límite a la legislación de Derecho Internacional Privado, habiéndose centrado la atención en la contradicción existente entre el principio constitucional de igualdad entre el hombre y la mujer y las normas sobre ley aplicable que utilizan la nacionalidad del marido como criterio de conexión (13). No creo, sin embargo, que el principio de igualdad sea el único valor jurídico constitucionalmente relevante en la materia que nos ocupa, ni que pueda reducirse la función de los valores constitucionales a la determinación de la validez o no de un determinado precepto legal. Como ya ha sido apuntado por algún autor (14), junto al principio de igualdad debe tomarse en consideración otro principio de no menor entidad, el de libre desarrollo de la personalidad concretado en nuestro ámbito por el principio de libertad matrimonial y el de libertad nupcial (15).

(13) A favor de la inconstitucionalidad de los diversos preceptos que emplean la nacionalidad del marido como criterio de conexión, se manifestaba abiertamente G. BEITZKE, *Grundgesetz ...*, cit., p. 24 y ss., opinión que cuenta con el apoyo más o menos explícito de A. N. MAKAROV, «*Dei Gleichberechtigung ...*», op. et. loc. cit., de W. WENGLER, Comentario a BGH 29 de abril de 1964, cit., y de F. STURM, «*Zur Gleichberechtigung im deutschen internationalen Privatrecht*», en *Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung. Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen des Instituts für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg*, Heidelberg, 1967, pp. 155 y ss., espec., pp. 158 y ss. Con posterioridad a la Sent. del Trib. Constitucional alemán de 4 de mayo de 1971, la tesis de la inconstitucionalidad se generaliza con notables excepciones (particularmente J. V. STAUDINGER-F. GAMILLSCHG, *Prel. art. 13 EGBGB*, loc. cit., y D. HENRICH «*Verfassungswidrige kollisionsnormen ...*», cit.; vid., en J. V. STAUDINGER-F. STURM-G. STURM, *Einleitung zu Art. 7 ff. EGBGB*, n.º marg. 232, las posturas doctrinales y jurisprudenciales más escepticas). La antigua polémica parece perder su base a partir del momento en que el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional y nulo el art. 15 EGBGB por utilizar la nacionalidad del marido como criterio de conexión, S. de 22 de febrero de 1983 (vid. el texto en *IPRax.*, 1983, pp. 223-225).

En Italia, defendiendo la inconstitucionalidad de las normas de los arts. 18 y ss. d.s.l.g., A. GIARDINA («*L'eguaglianza ...*», cit., p. 11 y ss.) y R. PISILLO-MAZZESCHI («*L'uguaglianza ...*», cit., pp. 244 y ss), mientras que T. BALLARINO se muestra inicialmente contrario (*Costituzione e ...*, cit., pp. 74 y ss.), para, posteriormente, adherirse a los argumentos de GIARDINA, al menos parcialmente (*Diritto Internazionale Privato*, op. et loc. cit.). La cuestión se ha planteado al menos dos veces ante la Corte Constitucional (SS. de 16 de abril de 1975, n.º 87, y de 9 de noviembre de 1983, n.º 30), sin que en ninguna de las dos ocasiones la Corte llegara a entrar en el fondo, por defectuoso planteamiento procesal del problema.

En España, la cuestión se suscita a partir de la entrada en vigor de la Constitución de 1978, manifestándose claramente por la inconstitucionalidad del art. 9.2.º C.c. A. P. ABARCA («*Sobre los efectos ...*», cit. pp. 56-57) y J. D. GONZÁLEZ CAMPOS (*Derecho Internacional Privado*, cit., p. 180). La cuestión no ha llegado al juicio de nuestro más alto Tribunal.

(14) F. STURM, «*Zur Gleichberechtigung ...*», cit. pp. 171-172; Jv. STAUDINGER-F. STURM-G. STURM, *Einleitung ...*, cit., n.º marg. 242-243.

(15) Vid. en nuestra doctrina, A. LUNA SERRANO, «*La reforma de la legislación matrimonial*», en J. L. LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Matrimonio y Divorcio. Comentarios al nue-*

Pero además, la consideración de ambos principios actuando conjuntamente sobre una misma materia convierte en obligada la toma de razón del límite constitucional al juego conjunto de la libertad e igualdad, que no es otro que el principio de seguridad jurídica. Este triple conjunto de valores será por lo tanto el punto de partida para el análisis de la reglamentación de Derecho Internacional Privado, teniendo en cuenta que si la función del principio de igualdad, así como el de seguridad jurídica, es *negativa*, en el sentido de que constituyen un límite a la actuación de los particulares, todo lo contrario ocurre con el principio de libre desarrollo de la personalidad, que no hace otra cosa sino establecer, como función *positiva*, un ámbito de autonomía en el que la posibilidad de reglamentación estatal resulta limitada.

Pero decíamos que la función de los valores constitucionales no puede limitarse a determinar la legitimidad o ilegitimidad de un precepto legal. Ello sería cierto si nos limitamos a un juicio de constitucionalidad, en sentido estricto, sobre una determinada norma; pero no es esta la finalidad del estudio, ni puede serlo si de lo que se trata es de reflexionar sobre la forma más adecuada de traducir en la formulación legal los valores constitucionales que inciden en el sector del Derecho de Familia. No es por tanto nuestro objetivo un juicio de constitucionalidad, sino un *juicio de optimización* en la regulación legal de los valores o principios constitucionales (16).

7. Es precisamente este último carácter del estudio, que resulta obligado al ser su objeto un texto normativo aún en proyecto, lo que obliga a replantear la categoría de las relaciones entre los cónyuges incluso en cuanto a la necesidad de su existencia. Como es sabido, es ésta una categoría peculiar de los ordenamientos continentales, sin reflejo en otros ordenamientos pertenecientes a una cultura jurídica distinta (17). Pero

---

vo Título IV del Libro Primero del Código civil, Madrid, 1982, pp. 15-17, que destaca el dato de la escasa atención que hasta ahora se ha dado al principio del libre desarrollo de la personalidad en la ordenación interna del matrimonio.

(16) No se nos oculta la dificultad de una distinción entre los conceptos de «juicio de razonabilidad» y el de «juicio de optimización»; vid. la opinión de F. RUBIO LLORENTE, en el Prólogo al vol. de E. ALONSO GARCÍA, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, 1984, p. XXV, en nota 20. Como el propio RUBIO LLORENTE refiere, el par de conceptos lo tomo de A. CARRASCO PERERA, «El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional». *R.E.D.C.*, 1984-II (n.º 11), pp. 39 y ss., vid. espec. pp. 53-54, 59 y 104. Las reservas del Prof. RUBIO LLORENTE las expresa con toda claridad en su voto particular a la STC n.º 53/1985, de 11 de abril (Supl. al *B.O.E.* de 18 de mayo de 1985, pp. 24-25). Para la exposición de la crítica a la «jurisprudencia de los valores», que es el substrato de la distinción apuntada, vid., E. ALONSO GARCÍA, *La interpretación ...*, cit., pp. 277 s.s., espec., pp. 328 y ss., con referencia a las opiniones de HAEBERLE y ELY. Vuelvo a reiterar, como se hace en el texto, que nada más lejos de mi intención que formular un, por otra parte imposible, juicio sobre la constitucionalidad o no del proyecto de la Comisión General de Codificación. El punto de vista de nuestro estudio es mucho más modesto: contribuir al debate sobre las soluciones preferibles (desde la óptica de los principios constitucionales existentes en la regulación del matrimonio) para la reglamentación sobre ley aplicable a las relaciones entre cónyuges, aprovechando que la muy deseable reforma de los arts. 9 y ss. C.c. parece haber dado sus primeros pasos.

(17) Cfr. C.V. BAR, «Personal Effects of ...», cit., pp. 18-19.



sin necesidad de replantear la propia existencia de la categoría, sí que resulta obligado prestar especial atención al ámbito material de la noción, particularmente en lo que se refiere a su deslinde respecto al ámbito de la norma sobre régimen de bienes, cuestión que, como veremos, ha llamado especialmente la atención de la doctrina española (18).

Pero la búsqueda de la optimización de los valores materiales implica con aún mayor radicalidad una necesaria atención sobre las técnicas de reglamentación utilizadas para asegurar la realización de dichos valores, siempre que se acepte que ha existido alguna atención a dichos valores en el momento de la legislación (19). Un aspecto particular de esta problemática será el que apuntábamos en el párrafo anterior, sobre la conveniencia mayor o menor de una fragmentación en el tratamiento de una situación real, el matrimonio, que se presenta como fuente unitaria de una pluralidad de efectos y relaciones entre los cónyuges. Pero queda por mencionar la posibilidad de que los distintos métodos de reglamentación resulten más o menos aconsejables para el aseguramiento de un resultado materialmente ajustado a los valores constitucionales que inciden en este sector; o bien, en sentido contrario, que todos ellos resulten igualmente adecuados para la finalidad perseguida. Del peculiar carácter de los distintos valores actuantes y del estudio del Derecho Internacional Privado Comparado, espero que resulten conclusiones útiles para la próxima reforma del Título Preliminar del Código civil.

(18) Cfr. A. P. ABARCA JUNCO, «Sobre los efectos ...», *op. et. loc. cit.*; J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, en *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, *op. et. loc. cit.*

(19) Como veremos a lo largo de la exposición, no parece ser éste el caso tanto en la experiencia comparada como en el proyecto de la Comisión General de Codificación, salvo en lo que se refiere al principio de igualdad, y esto, claramente, por la viva contradicción existente entre las normas sobre Derecho aplicable y el principio constitucional de igualdad entre el hombre y la mujer.

Por otra parte, lo apuntado en el texto se relaciona con la clásica polémica sobre los métodos de reglamentación en Derecho Internacional Privado. Limitándonos a los términos de la polémica tal y como se plantea en la doctrina europeo-continental (excluyendo por tanto la literatura norteamericana y la producida en Europa como crítica de la misma), pueden consultarse, de un lado, Ph. FRANCESCOAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en Droit International Privé*, París, 1958; id., «Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflit de lois», *Rev. Critique*, 1966, pp. 1 y ss.; R. DE NOVA, «I conflitti di leggi e le norme con apposita delimitazione della sfera di efficacia», *D.I.*, 1959, pp. 13 y ss.; id., «I conflitti di leggi e le norme sostanziali funzionalmente limitate», *R.D.I.P.P.*, 1967, pp. 699 y ss. Del otro, en sentido crítico respecto al llamado «pluralismo metodológico», vid. P. G. VALLINDAS, «La structure de la règle de conflit», *R. des C.*, t. 101 (1960), pp. 333-379; F. DÉBY-GÉRARD, *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, París, 1973; A. BUCHER, *Gundfragen der Anknüpfungsgerechtigkeit im internationalen Privatrecht*, Basilea, 1975; id., «Sur les règles de rattachement à caractère substantiel», *Liber Amicorum für Adolf F. SCHNITZER*, Ginebra, 1979, pp. 37 y ss.; id., «Über die räumlichen Grenzen der kollisionsnormen», *Festschrift für Frank VISCHER zum 60. Geburtstag*, Zurich, 1983, pp. 93 y ss.; P. LALIVE, «Tendances et méthodes en Droit International Privé (Cours Général)», *R. des C.*, t. 155 (1977-II), pp. 1 y ss., *vid. espec. pp. 90 y ss y 120 y ss*; E. VITTA, «Cours Général de Droit International Privé», *R. Des C.*, t. 162 (1979-II), pp. 21 y ss.

En España, el pluralismo metodológico penetra de la mano de J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Nota a la STS (Sala 1.ª) de 5 de abril de 1966», *R.E.D.I.*, 1967, pp. 307-320. En la actualidad, la tesis del pluralismo puede considerarse generalizada: *vid.*, J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Derecho Internacional Privado. Introducción*, *cit.*, pp. 45 y ss.; M. AGUI-

## I. LAS SOLUCIONES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO COMPARADO

### 1. Aspectos de técnica jurídica

#### A) *Unidad o fragmentación de las soluciones*

1. En todos los textos legislativos objeto de nuestro estudio existe una norma específica sobre ley aplicable a los efectos generales o efectos personales del matrimonio (20), lo que debe ponerse de relieve por cuanto en otros ordenamientos la situación es exactamente la contraria (21). También en todos ellos la norma sobre efectos generales va inmediatamente seguida, a veces en el mismo artículo, de otra norma específica sobre ley aplicable al régimen matrimonial de bienes. La delimitación del ámbito material de la norma sobre efectos generales es por tanto la primera labor del intérprete.

Existe un primer ámbito de materias cuya inclusión en dicha norma resulta pacífica en los ordenamientos estudiados con alguna diferencia de matiz. Es el «núcleo duro» de la categoría efectos del matrimonio, que incluiría las normas correlativas a nuestros artículos 66 a 71 del Código civil. Pero aquí acaban prácticamente las coincidencias y se hace necesario explicitar caso por caso qué otras materias se regulan en cada ordenamiento por la ley designada por la norma sobre efectos, estando particularmente atentos al cambio que en este punto haya introducido la reforma.

2. Cronológicamente el primer texto reformador es el introducido en el Código civil portugués. Y resulta particularmente significativo el dato de que la reforma del precepto sobre ley aplicable va acompañando una profunda reforma del Derecho matrimonial interno portugués, reforma que en ambos casos tiene por principal objetivo la acomodación

---

LAR NAVARRO, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, t. II, Madrid, 1977, pp. 90 y ss.; A. MIAJA DE LA MUELA, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, Madrid, 1985, pp. 297 y ss.; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Tráfico jurídico externo y ...*, cit., pp. 188 y ss.; J. M. ESPINER VICENTE, *Derecho Internacional Privado Español*, vol. I, Málaga, 1984, pp. 97 y ss.; A. MARÍN LÓPEZ, *Derecho Internacional Privado Español. Parte General*, Granada, 1985, pp. 69 y ss.

(20) Portugal: art. 52 C.c.; Austria: § 18 ley de DIPr.; Suiza: art. 46 Ley DIPr.; Grecia: art. 14 C.c.; Italia: art. 16 d.s.l.g.; R. F. de Alemania: art. 14 EGBGB.

(21) Así, por vía de ejemplo, la búsqueda de una norma específica sobre efectos o relaciones personales entre los cónyuges en el *Restatement of the Law. Second. Conflict of Laws*, Saint Paul, Minn., 1971, resultará infructuosa; en dicho texto, lo más que se llegará a encontrar es una norma tan lapidaria como la del § 284: «... a State usually gives the same incidents to a foreign marriage, which is valid under the principles stated in § 283 (validez del matrimonio), that it gives to a marriage contracted within its own territory». Con ello no se hace más que afirmar la irrelevancia del lugar de celebración del matrimonio en orden a la determinación de sus efectos, pero nada más. Por lo demás, los posibles efectos específicos del matrimonio, se regulan de modo específico en la sede sistemática de la categoría en la cual puede incidir el matrimonio. Así, p. ej., § 198 (en la Sección de contratos), por lo que se refiere a la capacidad para contratar por cada uno de los cónyuges. Vid. C.v. BAR, «Personal Effects of ...», cit., p. 18.

al principio constitucional de igualdad. La rúbrica del nuevo artículo 52 emplea el término «relaciones entre cónyuges», mientras que los artículos 53 y 54 se refieren a los convenios antenuptiales y régimen, legal o convencional, de bienes del matrimonio. De acuerdo con ello la norma del artículo 52 no se limita a los efectos puramente personales derivados del matrimonio, sino que incluye igualmente las normas del denominado *régimen matrimonial primario* (22); es decir, todas aquellas cuestiones cuya solución no depende del particular régimen de bienes del matrimonio, se incluyen sin embargo en una norma distinta a efectos de la los artículos 1.675 a 1.697 del Código civil portugués, además de los artículos 1.671-1.674 que se refieren a los efectos más puramente personales del matrimonio (en los que también cabe incluir los artículos 1.677, 1677 a) y 1677 c), sobre el nombre matrimonial). No obstante, deben excluirse las reglas que en alguna medida dependen del concreto régimen de bienes que posea el matrimonio (arts. 1.693, 1.695 y 1.697), así como aquéllas que caen bajo el ámbito de la ley rectora de la separación personal (como la obligación de alimentos entre cónyuges en el supuesto de que efectivamente se dé el supuesto de separación, artículo 1.675 del Código civil) (23).

Esta inclusión de las reglas del estatuto matrimonial de base (24) en el ámbito de la norma sobre relaciones entre los cónyuges plantea un problema inmediato: el hecho de que si por una parte dichas normas están profundamente interrelacionadas con el régimen de bienes del matrimonio, se incluyen sin embargo, en una norma distinta a efectos de la determinación de la ley aplicable; y no es sólo que la norma sea distinta formalmente, sino que también lo son las soluciones que se acogen, particularmente por lo que se refiere al conflicto móvil y a la conexión de cierre. De manera que la norma sobre relaciones entre cónyuges resulta por una parte extraordinariamente amplia, y por otra supone una clara fragmentación en la reglamentación de la economía matrimonial, precisamente por la extraordinaria amplitud de su ámbito material. Pero además, es claro que las normas incluidas en la categoría de las relaciones entre cónyuges, en el Derecho material portugués, son directa expresión del principio de igualdad entre los cónyuges, como lo demuestra el he-

---

(22) De conformidad con el nuevo art. 52 C.c. port. «1. Salvo lo dispuesto en el artículo siguiente, las relaciones entre los cónyuges se regulan por lo dispuesto en la ley nacional común. 2. No teniendo los cónyuges la misma nacionalidad, es aplicable la ley de su residencia habitual común, y, a falta de ella, la ley del país con el que la vida familiar se encuentre más estrechamente conectada.»

Sobre la inclusión en esta norma del régimen matrimonial primario, vid., J. BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, Coimbra, 1982, p. 405.

(23) Cfr. J. BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito ...*, cit., pp. 406 y 419.

(24) Esta es la expresión que algunos autores, de expresión francesa, utilizan para referirse al régimen matrimonial primario; Cfr. G. COUCHEZ, *Essai de délimitation du domaine de la Loi applicable au régime matrimonial*, París, 1972, pp. 127 y ss.; I. FADLALLAH, *La Famille légitime en Droit International Privé*, París, 1977, p. 64. Con dicha expresión se pretende evitar una toma de postura previa al problema de encuadrar esa materia en la noción de régimen matrimonial o en la de efectos del matrimonio, a la que parece conducir la expresión «régimen matrimonial primario (*ibidem*)».

cho de que prácticamente todas fueran redactadas de nuevo por el Decreto-Ley 496/1977 de 25 de noviembre, mientras que las normas que se incluyen en el ámbito de los artículos 53 y 54, resultan relativamente indiferentes a este respecto y, por ello, con excepción de las normas imperativas sobre el convenio antenupcial, apenas sufrieron variación (25). El resultado es que el principio de regulación latente en el Derecho portugués, el principio de igualdad entre los cónyuges, se separa en la reglamentación sobre Derecho aplicable de la concreta regulación material que, sobre cada uno de los posibles regímenes matrimoniales de bienes, se contiene en ese mismo ordenamiento.

Por otra parte, hay que decir que la amplitud del ámbito material comprendido en el nuevo artículo 52 no es una novedad que se introduzca en la reforma de 1977, sino que el contenido actual prolonga la situación anterior; lo que sin duda resulta significativo en cuanto al modo en que el cambio del principio ordenador ha repercutido o no en la configuración técnica del precepto. Pero esto pertenece a otra sección.

3. No parece que este grado de fragmentación en las soluciones exista en los textos austríaco (de 1978), suizo (de 1978 y 1982, aún en curso de aprobación definitiva) y griego (de 1983), que son los que siguen al portugués en orden cronológico. Pero si no se da una ruptura en las disposiciones sobre la economía del matrimonio, pues tanto las normas del régimen primario como las disposiciones específicas sobre los diversos regímenes de bienes se entienden incluídas en la norma sobre ley aplicable al régimen de bienes (26), sí existen diferencias entre la norma sobre

(25) Cfr. F. A. PIRES DE LIMA-J. M. ANTUNES VARELA-M. HENRIQUE MESQUITA, *Código civil anotado*, vol. I, Coimbra, 1982, pp. 28-30.

(26) Por lo que se refiere a Austria, cfr. F.V. SCHWIND, *Handbuch des Österreichischen Internationalen Privatrechts*, Viena-Nueva York, 1975, pp. 161-162; A. DUCHEK-F.V. SCHWIND, *Internationalen Privatrechts ...*, cit. pp. 52-53. Respecto a Suiza, cfr. A. F. SCHNITZER, *Handbuch des Internationalen Privatrechts*, vol. I, Basilea, 1957, pp. 425 y ss.; *Bundesgesetz Über das internationale Privatrecht. Schlussbericht der Expertenkommission zum Gentzesentwurf*, Zurich, 1979, p. 110. Por último, respecto a Grecia, cfr. A. CHIOTELLIS, «Zur Reform des griechischen Familienrechts: Ein Überblick», *IPRax.*, 1983, pp. 302 y ss., espec., p. 303. De conformidad con el § 18 de la Ley austríaca de 1978:

«1) Las relaciones personales entre los cónyuges se regulan: 1. Por la ley personal común de los cónyuges o, a falta de ella, por la última ley personal común, siempre que uno de los cónyuges mantenga esa ley personal. 2. En otro caso, por la ley del Estado en que ambos cónyuges posean su residencia habitual; a falta de ella, se aplica la ley del Estado en el que ambos cónyuges tuvieron su última residencia habitual, en cuanto uno de ellos la mantenga.

2) Si un matrimonio no ha sido válidamente contraído según el ordenamiento designado por el párrafo 1.º, pero, sin embargo, resulta válido para el Derecho austríaco, las relaciones personales entre los cónyuges se regirán por el derecho austríaco. No obstante, si los cónyuges poseen una relación más intensa con un tercer Estado, para cuyo ordenamiento el matrimonio resulta igualmente válido y produce efectos, se aplicará dicho ordenamiento en lugar del ordenamiento austríaco.»

Según el art. 46 del Proyecto suizo:

«1. Los derechos y deberes conyugales se regulan por la ley del Estado de domicilio de los cónyuges. 2. Si los cónyuges no están domiciliados en el mismo Estado, los derechos y deberes conyugales se rigen por la ley del Estado de domicilio que esté más estrechamente conectado con el supuesto de que se trate. 3. En el caso de los que los tribunales suizos

efectos generales del matrimonio y la anteriormente mencionada, salvo en el caso de Grecia, en el que la diferencia se reduce a la distinta solución dada al problema del conflicto móvil.

Tanto en Austria como en Suiza, el problema surge por la admisión de la autonomía conflictual en el ámbito del régimen de bienes, posibilidad que no se contempla en lo que respecta a los efectos generales del matrimonio, con lo que ambas materias, estrechamente relacionadas entre sí aun con independencia de que la economía matrimonial tenga un tratamiento unitario, quedarán sujetas, en la hipótesis de que se actúe la opción sobre ley aplicable, a ordenamientos distintos.

Pero más importante resulta, a mi parecer, el relativo vaciamiento de la noción con independencia de su delimitación con respecto a la norma sobre régimen de bienes. En el caso de la ley austríaca, dicho vaciamiento resulta limitado. Del ámbito de la noción con anterioridad a la reforma, sólo ha desaparecido el nombre matrimonial (27), pero se mantiene la obligación de alimentos entre cónyuges (28). No ocurre así en el proyecto suizo, a diferencia de lo que ocurre en la legislación todavía vigente (29), en el que el artículo 47 remite a las normas del Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 sobre ley aplicable a la obligación de alimentos, además de existir una norma específica sobre el nombre (art. 35).

#### 4. En el proyecto italiano de 1984 (30), el ámbito del propuesto ar-

resulten competentes según el art. 45, se aplicará el Derecho suizo» (éste es el inciso añadido durante la tramitación parlamentaria del proyecto; cfr. *supra*, nota 3).

Por último, según el art. 14 del C.c. griego:

«Las relaciones jurídicas personales entre los cónyuges se determinan por el siguiente orden: 1. Por el Derecho de su última nacionalidad común constante el matrimonio, si uno de ellos conserva dicha nacionalidad. 2. Por el derecho de su última residencia habitual común constante el matrimonio. 3. Por el Derecho al que los cónyuges estén más estrechamente vinculados.»

(27) Cfr. F.v. SCHWIND, *Handbuch des Österreichischen ...*, cit., p. 165; A. DUCHEK-F.v. SCHWIND, *Internationales Privatrecht...*, cit., p. 52, vid., el nuevo § 13 1) de la Ley de 1978.

(28) A. DUCHEK-F.v. SCHWIND, *Internationales Privatrecht...*, op. et loc. cit. Lo mismo se puede observar respecto a los Códigos griego (art. 1.388, reformado) y portugués (art. 1.677, también reformado).

(29) Cfr. A. F. SCHNITZER, *Handbuch des Internationalen ...*, cit., pp. 426-427.

(30) Art. 16 del Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado elaborado por E. VITTA por encargo del Ministerio de Gracia y Justicia (reproduzco el texto reformulado por el propio E. VITTA tras las discusiones de que fue objeto el proyecto inicial en el Congreso tenido en Roma en junio de 1984; cfr. *Problemi di riforma ...*, cit., pp. 701 y ss.).

«Las relaciones personales entre los cónyuges se rigen por su Derecho nacional común o por aquél, entre varios Derechos nacionales, que les sea común.

Las relaciones personales entre cónyuges de distinta nacionalidad se regulan por el Derecho de su domicilio común, o, en su defecto, de su residencia habitual común, o, faltando también ésta, por el Derecho del Estado con el que la vida matrimonial esté más estrechamente conectada.

Las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, comprendido el régimen matrimonial de bienes y los convenios relativos al mismo, se regulan, salvo lo dispuesto en el art. 23 (obligación de alimentos), por el Derecho que regula sus relaciones personales.

Las relaciones patrimoniales entre los cónyuges que, en base a los párrafos anteriores, sería regulada por su Derecho nacional, podrán, no obstante, ser reguladas, mediante acuerdo

título 16 resulta igualmente más limitado, por lo que se refiere a las relaciones personales entre cónyuges, que el actual artículo 18 de las Disposiciones sobre la Ley en general. Este precepto resulta por lo demás particularmente confuso, en lo que se refiere a su ámbito material. En principio resulta pacífico encuadrar en dicha norma las materias reguladas en los artículos 143 a 148 del Código civil italiano, así como las reglas que en una normativa extranjera reclamada establezcan deberes unilaterales de la mujer y correlativos derechos del marido, si es que normas de este tipo no resultan contrarias al orden público italiano (31); pero aquí acaban las coincidencias. Se ha debatido la inclusión o no en las relaciones personales del nombre de la mujer casada (32), de las limitaciones de la capacidad de obrar que algunos ordenamientos conectan al matrimonio (33), la obligación de alimentos entre cónyuges (34), divorcio y separación personal (dada la ausencia de una norma sobre derecho aplicable en la ley de 1 de diciembre de 1970, n. 898, introductora del divorcio en Italia) (35), y, por último, las normas del régimen matrimo-

---

escrito de los cónyuges en el momento del matrimonio, por el Derecho de su domicilio común o, en su defecto, de su residencia habitual común.

En el supuesto de que un cambio de nacionalidad, domicilio o residencia habitual de los cónyuges pueda producir, en base a los párrafos precedentes, un cambio de la ley aplicable a sus relaciones patrimoniales, pueden los cónyuges convenir con acto escrito —en el momento del cambio de nacionalidad, domicilio o residencia habitual— que dichas relaciones continúen siendo reguladas por el Derecho hasta entonces vigente.»

Conviene indicar que la norma proyectada, que como queda dicho es producto individual del Prof. VITTA, tiene quizá como mayor mérito, ampliable a todo el proyecto, el de iniciar los trabajos de la necesaria reforma. Por Decreto de 8 de marzo de 1985, no obstante, se creó en Italia una Comisión específica que, previsiblemente, elaborará un nuevo texto a partir del proyecto de VITTA.

(31) Cfr. E. VITTA, *Diritto Internazionale Privato*, vol. II, Turín, 1977, pp. 233 y ss.; en el mismo sentido, más recientemente, T. BALLARINO, *Diritto Internazionale Privato*, cit., pp. 731 y ss.

(32) Vid. G. BALLADORE-PALLIERI, *Diritto Internazionale Privato*, Milán, 1974, p. 117; E. VITTA, *Diritto Internazionale Privato*, cit., pp. 22 y ss.; T. BALLARINO, *Diritto Internazionale Privato*, cit., pp. 656 y 732.

(33) Vid. G. BALLADORE-PALLIERI, *Diritto Internazionale Privato*, cit., p. 177; E. VITTA, *Diritto Internazionale Privato*, cit., pp. 235 y ss.; G. MORELLI, *Elementi di Diritto Internazionale Privato*, Napoli, 1979, p. 114.

(34) Aunque en general parece prevalecer la idea de incluir la obligación de alimentos en la categoría de las relaciones patrimoniales: cfr. G. BARILE, «L'obbligo alimentare legale nel Diritto Internazionale Privato italiano», *Ann. Dir. Comparato*, 1946, pp. 215 y ss.; F. UBERTAZZI, *I rapporti patrimoniali tra coniugi nel Diritto Internazionale Privato*, Milán, 1951, pp. 77 y ss.; G. BALLADORE-PALLIERI, *Diritto Internazionale Privato*, cit., p. 181; E. VITTA, *Diritto Internazionale Privato*, cit., p. 257 (vid. en nota 216 las referencias a BOSCO y BETTI, que se muestran partidarios de la inclusión de la obligación de alimentos en el ámbito de las relaciones personales).

(35) Se muestran partidarios de la inclusión en el ámbito del vigente art. 18 d.s.l.g.: F. POCAR, «La legge italiana sul divorzio e il Diritto Internazionale Privato», *R.D.I.P.P.*, 1971, pp. 733 y ss., vid., pp. 754 y ss.; A. GIARDINA, «Nullité du mariage et divorce en Droit International Privé italien», *N.I.L.R.*, 1972, pp. 306 y ss.; P. PICONE, «Divorzio straniero come motivo di divorzio italiano», *R.D.I.*, 1973, p. 35; E. VITTA, *Diritto Internazionale Privato*, cit., pp. 296 y ss.; en sentido opuesto, a favor de una aplicación cumulativa de la ley Personal de ambos cónyuges, en base al juego del actual art. 17 d.s.l.g., P. MENGOSZI, *Diritto Internazionale Privato italiano*, Turín, 1983, pp. 118 y ss.

nial primario establecidas en los artículos 159 y ss. del Código civil italiano (36).

En este amplio catálogo de materias, el proyecto realiza una poda parcial. Queda fuera del ámbito del artículo 16 proyectado la obligación de alimentos entre cónyuges (nuevo art. 23, que, al igual que el proyecto suizo, se remite al régimen convencional de La Haya), así como la nulidad, separación personal y disolución del matrimonio (art. 17 del proyecto), mientras que explícitamente se incluirán en la norma sobre relaciones personales el nombre de la mujer casada (art. 10.2.º) y las posibles limitaciones a la capacidad de obrar de los cónyuges (art. 11, inciso 2.º). Sólo resta, por tanto, por aclarar la cuestión de la inclusión o no en el artículo 16.1.º y 2.º del denominado régimen matrimonial primario, como vimos que ocurría en el texto portugués. En principio debe observarse que la doctrina internacional privatística italiana no ha prestado atención a esta categoría, aunque sí lo hayan hecho los civilistas de aquel país (37); pero esta falta de atención puede resultar engañosa, pues, en realidad, las normas sobre régimen primario se hayan escindidas en dos sedes sistemáticas distintas en el Código civil italiano: por un lado, en los artículos 147 y 148, cuya inclusión en la categoría de las relaciones personales entre cónyuges no es discutida, y por otro en los artículos 159 y ss. (Disposiciones generales sobre el régimen patrimonial de la familia, entre las que se incluyen las normas sobre validez, ámbito y límites de los convenios matrimoniales sobre el régimen de bienes). Así pues, resulta claro que en el ámbito de las relaciones personales se incluyen parte al menos de las reglas de base del régimen de bienes del matrimonio, por lo que cabe concluir que la denominación empleada en el texto (*rapporti personali*) resulta cuando menos dudosa.

Pero lo que puede resultar más interesante a los efectos del estudio es que la fragmentación en la regulación del régimen de bienes supone a su vez la posibilidad de que leyes distintas resulten llamadas a regular los distintos aspectos de la economía del matrimonio. No es sólo, por tanto, que materias tan estrechamente relacionadas entre sí como las relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges se regulen por normas distintas sino que parece ser que la propia economía matrimonial se regula, en supuestos jurídicamente heterogéneos, de forma fragmentaria. Y ello por la posibilidad (n. 3 del proyectado art. 16) de que los cónyuges designen autónomamente la ley aplicable a sus relaciones patrimoniales.

Nótese sin embargo, que este resultado puede evitarse siguiendo un camino inverso, entendiendo que también los artículos 147 y 148, pese

---

(36) Esta última cuestión no parece haber llamado excesivamente la atención de la doctrina italiana; no obstante, permítasenos reenviar al lector curioso a mi tesis de Doctorado (inédita): *Principio di Eguaglianza e rapporti personali tra coniugi nel Diritto Internazionale Privato italiano e spagnolo*, Bologna, 1985, pp. 150 y ss., espec., p. 165.

(37) Vid., por todos, S. ALAGNA, *Famiglia e rapporti tra coniugi nel nuovo Diritto*, Milán, 1983, espec., pp. 339 y ss., donde pueden consultarse ulteriores referencias bibliográficas.

a su sede sistemática, se incluyen en la categoría de las relaciones patrimoniales, con el consiguiente vaciamiento de la noción de relaciones personales. Puede que a ello se refiera el proyecto cuando distingue entre «*rapporti patrimoniali tra coniugi*» y «*regime matrimoniale dei beni*» (pfo. 3.º), aunque sólo sea para considerar comprendida esta última noción en la primera. De este modo también se conseguiría un tratamiento unitario de las relaciones patrimoniales (pero manteniendo la fragmentación con respecto a los demás efectos del matrimonio), aunque fuera a costa de dejar prácticamente sin contenido la categoría de las relaciones personales, que quedaría limitada al nombre de la mujer casada, limitaciones a la capacidad de obrar que una normativa extranjera reclamada por el sistema conflictual italiano vinculase al matrimonio (en el ordenamiento italiano no existen tales limitaciones sino en el ámbito de la administración de los bienes comunes del matrimonio, que habrían de entenderse incluidas en la ley designada sobre relaciones patrimoniales) y las normas sobre fidelidad, mutua asistencia moral y material, etc., de los artículos 143 y ss. del Código civil, sobre cuya escasísima relevancia jurídica no creo necesarias más observaciones. Esta última lectura parece algo más razonable que la que anteriormente hacíamos y viene, por otra parte, a corroborar la tendencia observada en otros ordenamientos (salvo en el texto portugués, por lo que se refiere al régimen matrimonial primario) de un progresivo vaciamiento de la noción de relaciones personales entre cónyuges o efectos generales del matrimonio en favor de la formulación de reglas específicas sobre materias que se desprenden del tronco común, lo que, como es sabido, constituye una constante en la evolución del Derecho Internacional Privado.

5. La ley sobre nueva regulación del Derecho Internacional Privado de la República Federal Alemana de 25 de julio de 1986, que ha entrado en vigor el pasado 1 de septiembre, es el fruto de una larga y extraordinariamente compleja elaboración (38), lo cual también se refleja en el ámbito material de la categoría.

---

(38) El primer impulso para la adaptación de las normas de la EGBGB al principio constitucional de igualdad entre el hombre y la mujer es el promovido por el *Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht*, en una resolución de 8 de mayo de 1953, firmada por el entonces Director del Instituto H. DÖLLE; vid. el texto en *RabelsZ*, 1953, pp. 119-120. Ello se justifica por la entrada en vigor el 1 de abril del mismo año de la cláusula de igualdad del art. 2.II GG, pues por norma del art. 117.I GG, se difiere la entrada en vigor hasta esa fecha para permitir la adaptación de la legislación civil al texto fundamental de Bonn (adaptación que en el plano del Derecho civil interno no se produjo hasta la entrada en vigor de la *Gleichberechtigungsgesetz* de 18 de junio de 1957).

Dicho primer impulso no tuvo, sin embargo, más continuidad que la doctrinal y hasta finales de la década de los setenta no se formulan textos articulados de reforma de la legislación alemana de Derecho Internacional Privado, ahora con carácter general, sin limitarse, por tanto, a la modificación de las reglas teñidas de inconstitucionalidad (lo que en parte explica el retraso). Como tales textos articulados, de origen unas veces gubernamental y otras veces privado, cabe citar los siguientes proyectos: *Deutscher Rat für Internationales Privatrecht, Vorschläge für eine Reform des deutschen internationalen Personen-, Familien- und Erbrechts*, adoptado el 5 de mayo de 1979; G. KÜHNE, *Entwurf eines Gesetzes zur Reform des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, de 1980, procedente de un encargo ministerial; P. H. NEUHAUS-J. KROPHOLLER, *Entwurf eines Gesetzes über internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, de 1980; *Max Planck Institut für ausländisches*



En el Derecho vigente hasta el 31 de agosto de 1986, la categoría regulada en el artículo 14 EGBGB comprendía una amplia serie de materias: la incluida en los §§ 1.353 a 1.362 BGB (Libro IV, Capítulo 1.º, Título V, *Wirkungen der Ehe im allgemeinen*), que comprende tanto efectos de carácter personal como otros de contenido patrimonial (alimentos entre cónyuges, pago de costas procesales, hipoteca legal, contratos y donaciones entre cónyuges) (39). A los efectos de nuestro estudio resulta particularmente significativo el que en el ámbito del artículo 14 EGBGB se incluyeran tanto el nombre matrimonial y familiar (§ 1.355 BGB) (40) como los alimentos entre cónyuges (§ 1.361 BGB); y ello por-

und internationalen Privatrecht (Coord. P. DOPFFEL y K. SIEHR) *Thesun Reform des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, de 1980); BRD, *Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts (Gesetzesentwurf der Bundesregierung)*, de 20 de mayo de 1983; *Vorschläge des Max Planck Instituts zum Regierungsentwurf*, adoptado en agosto de 1983. Los proyectos del Deutscher Rat, KÜHNE, NEUHAUS-KROPHOLLER y las tesis del Instituto Max Planck de 1980 pueden consultarse con comodidad en el vol. editado por el Max Planck *Reform des deutschen internationalen Privatrechts*, Tubinga, 1980, vid., respectivamente, pp. 105 y ss., 123 y ss. y 145 y ss. *ibidem*, la referencia a la publicación original de cada uno de los textos. El texto del proyecto gubernamental y el del contraproyecto del Instituto Max Planck de 1983 pueden consultarse conjuntamente en *RabelsZ*, 1983, pp. 690 y ss.

El texto definitivo del nuevo art. 14 EGBGB (vid. el texto complejo de la Ley en *IPRax.*, 1986, pp. 322-330), es el siguiente:

1) Los efectos generales del matrimonio se rigen:

1. Por el Derecho del Estado al que ambos cónyuges pertenecen o han pertenecido por última vez constante el matrimonio, siempre que uno de ellos pertenezca aún a dicho Estado, en su defecto.

2. Por el Derecho del Estado en el que ambos cónyuges tienen su residencia habitual o la han tenido por última vez constante el matrimonio, siempre que uno de ellos tengan aún allí su residencia habitual, subsidiariamente.

3. Por el Derecho del Estado con el que los cónyuges conjuntamente se encuentren, de otro modo, más estrechamente vinculados.

2) Si uno de los cónyuges pertenece a varios Estados, pueden los cónyuges, no obstante el art. 5 1) (Ley personal de los plurinacionales), elegir el Derecho de uno de esos Estados, siempre que el otro cónyuge pertenezca también a dicho Estado.

3) Los cónyuges pueden elegir el Derecho del Estado al que pertenece uno de ellos, si no se dan las condiciones del párrafo 1) <sup>a</sup>, y

1. Ningún cónyuge pertenece al Estado en el que ambos tienen su residencia habitual, o

2. No tienen su residencia habitual en el mismo Estado.

Los efectos de la elección del Derecho terminan en el momento en que los cónyuges adquieren una nacionalidad común.

4) La elección del Derecho aplicable debe protocolizarse notarialmente. Si no se realiza en Alemania bastará que reúna las condiciones de forma exigidas para un contrato matrimonial por el Derecho elegido o por el del lugar donde se realiza la elección.

La traducción del texto al castellano debe agradecerse a la preciosa ayuda de la Lcda.

A.v. FUNCKE.

(39) Cfr. J.v. STAUDINGER-F. GAMILLSCHG, cit., art. 14 EGBGB, n.º marg. 124-286; J.v. STAUDINGER-C.v. BAR, cit., art. 14 EGBGB, n.º marg. 55-141; MÜNCHKOMM-K. SIEHR, art. 14 EGBGB, n.º marg. 55-101; G. KEGEL, *Internationales Privatrecht*, Munich, 1985, pp. 481-484.

(40) Aunque a partir de la Sentencia del BGH de 12 de mayo de 1971 cabe una *Doppelqualifikation* (tanto efecto del matrimonio como incidente del Estatuto Personal), a los efectos de determinar la ley aplicable al nombre matrimonial; cfr. D. HENRICH, «Ehe- und Familienname im IPR», *Festschrift für K. ZWIGERT*, Tubinga, 1981, pp. 127 y ss.; id., *Der Erwerb und die Änderung des Familiennamens unter besonderer Berücksichtigung von Fällen mit Auslandsberührung*, Frankfurt del Main, 1983, pp. 36 y ss.; vid., asimismo, el Comentario a la Sentencia de P. H. NEUHAUS en *RabelsZ*, 1971, pp. 741 y ss.

que en el nuevo texto legal ambas materias se independizan, siguiendo la tendencia que hemos visto en el Derecho Comparado, de pasar de la categoría genérica a una regulación específica, respectivamente, en los artículos 10, nos. (2) a (4) y 18, (4) del nuevo texto de la EGBGB. En ambos casos, la existencia de norma específica es una relativa novedad con respecto a los diversos proyectos previos. Por lo que se refiere al nombre matrimonial sólo en las Tesis del Instituto Max Planck (Tesis 4.<sup>a</sup>, I), en el proyecto gubernamental de 1983 (art. 10, nos. (3) y (4)) y en la contrapropuesta del Instituto al proyecto gubernamental (art. 10, nos (2) y (3)), se preveía una regulación específica, y en todos estos textos se prevía una más o menos limitada posibilidad de opción que, finalmente, ha sido incorporada al texto de la nueva ley (41). En cuanto a la obligación de alimentos, el nuevo artículo 18 no hace sino recoger la regulación contenida en el Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 sobre ley aplicable a la obligación de alimentos, al igual que ocurre en los proyectos suizo e italiano; pero en lugar de una remisión pura y simple al texto del Convenio como hacen los dos textos mencionados, como técnica de incorporación de su contenido, lo que sin duda hubiera sido preferible (42), el artículo 18 reproduce el texto del Convenio, al menos en el ámbito de los alimentos entre cónyuges, para los que el n. (4) se limita a transcribir el artículo 8 del Convenio remitiéndose a la ley aplicable a la nulidad, separación o divorcio.

El ámbito material, por tanto, del nuevo artículo 14 se limita a una serie de materias mucho más reducida, y en el que los elementos de carácter patrimonial apenas tienen otro significado que el de explicitar los principios constitucionales de libertad matrimonial, igualdad entre los cónyuges y protección de la familia. Así ocurre, p. ej., con la obligación de proveer a las costas procesales (§ 1.360 a) IV BGB), obligación que se funcionaliza al interés de la familia y limitada a procesos en los que esté en juego algún valor personal (43), y lo mismo puede decirse de la obligación de contribuir al mantenimiento de la familia (§§ 1.360 ss. BGB). El resto de las reglas del Título V bien corresponden a la organización de la comunidad familiar (p. ej., § 1.356 (1)) (44), bien a la pro-

---

(41) Cfr. K. SIEHR, en «Kodifikation des deutschen Internationalen Privatrecht. Stellungnahme des Max Planck Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht zum Regierungsentwurf von 1983», *RabelsZ*, 1983, pp. 612-615, que critica la formulación no multilateral del régimen de opciones del nuevo art. 10.

(42) Y como propuso el Instituto Max Planck en 1983: vid., K. SIEHR, «Kodifikation des deutschen...», cit., pp. 640-641; en el mismo sentido, B. DUTOIT, EN *Lausanner Kolloquium über den deutschen und den schweizerischen Gesetzentwurf zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts*, Zurich, 1984, p. 201; por último, sin limitarse al texto que comentamos, vid. las atinadas consideraciones de K. SIEHR, «Codificazione del Diritto Internazionale Privato e Convenzioni internazionali», en *Problemi di riforma...*, cit., pp. 497 y ss.

(43) Cfr. H. DÖLLE, *Familienrecht*, Munich, 1964, p. 445; en el mismo sentido, MÜNCHKOMM.-A. WACKE, § 1360 a) BGB, n.º marg. 27-28. Por otra parte, esta obligación parece tan estrechamente ligada a la de alimentos (cfr. MÜNCHKOMM.-A. WACKE, loc. cit., n.º marg. 21) que cabría preguntarse si no caería bajo el ámbito de la ley designada por el nuevo art. 18.

(44) Cfr. MÜNCHKOMM.-A. WACKE, cit., § 1356 (1) BGB, n.º marg. 6-14.

tección del tercero de buena fe (como el juego de presunciones establecido en el § 1.362) (45). En general, dichos preceptos, redactados por la *Gleichberechtigungsgesetz* de 18 de junio de 1957, se limitan a explicitar el principio de igualdad entre los cónyuges, como fundamento de la comunidad familiar.

Por otra parte, en cuanto a las relaciones entre la reglamentación de los efectos generales del matrimonio y la del régimen de bienes puede observarse cómo la solución acogida, que no es unitaria, parece basarse en la relación regla-excepción: en principio rige la regla de los efectos generales del matrimonio (salvo en lo que se refiere a la fijación temporal de las conexiones) a menos que se ejercite la opción prevista en el nuevo artículo 15 (2) EGBGB, con lo que también se produce una cierta fragmentación en el tratamiento de dos materias tan estrechamente relacionadas entre sí. Ello no hubiera ocurrido de acogerse la solución propuesta por el Instituto Max Planck, tanto en las Tesis de 1980 (Tesis 8, I y II) como en la contrapropuesta al proyecto gubernamental de 1983 (art. 14 (2)) (46), que extendían a los efectos personales las posibilidades de opción previstas para el régimen de bienes, postulando un tratamiento prácticamente unitario.

6. Cabe concluir, de este rápido examen por los textos de Derecho Comparado, que el ámbito material de los efectos generales del matrimonio o relaciones personales entre los cónyuges sufre, de un lado, un relativo desgaste, tendiendo a independizarse las regulaciones del nombre matrimonial y de la obligación de alimentos entre cónyuges (esta última por la indudable fuerza de atracción del régimen convencional de La Haya), al tiempo que, por otra parte, se incluyen en esa noción ciertas reglas de base de la economía matrimonial, sin que esto signifique un tratamiento unitario de las categorías efectos generales y régimen de bienes del matrimonio.

## **B) Técnicas de reglamentación. Los criterios de conexión utilizados**

1. Existe una notable uniformidad en la serie de conexiones utilizadas en la reglamentación de la ley aplicable a los efectos generales del matrimonio, que resulta aún más acusada en lo que se refiere a la técnica de reglamentación utilizada, que no es otra que la norma de conflicto multilateral (*allseitig*), salvo alguna cláusula de escape particular. A efectos de una más clara exposición, describiremos en primer lugar el modelo genérico y posteriormente las soluciones particulares que algunos ordenamientos proveen, con especial atención al proyecto suizo (el único no basado en la nacionalidad común como conexión principal) y a la nue-

---

(45) Cfr. MÜNCHKOMM-A. WACKE, cit., § 1362 BGB, n.º marg. 3 y ss.

(46) Cfr. P. DOPFFEL, en «Kodifikation des deutschen ...», cit., p. 627, que critica los límites a la opción previstos en el proyecto gubernamental (básicamente los mismos, sólo que con una redacción parcialmente diversa, que se recogen en el texto definitivo de la Ley).

va ley alemana (por la admisión, bien que limitada, de la autonomía conflictual como criterio subsidiario).

2. El modelo genérico es el expuesto por Gerhard Kegel (47), recogido sin variaciones en el proyecto del *Deutscher Rat für internationale Privatrecht* de 5 de mayo de 1979, y respecto del cual los textos portugués, austriaco, griego e italiano apenas si presentan variaciones. El modelo es el de la «escalera» o «cascada de conexiones» (*Anknüpfungsleiter* o *Kaskaden-Anknüpfung*) en el que se determina la aplicación de la ley nacional común, de la última ley nacional común durante el matrimonio si uno de los cónyuges mantiene esa nacionalidad (los textos portugués e italiano no preveen esta segunda posibilidad), de la residencia habitual común (domicilio y en su defecto residencia habitual común en el texto italiano) (48), de la última residencia habitual común durante el matrimonio si uno de los cónyuges la mantiene (también aquí los textos portugués e italiano resultan excepcionales) y, por último, la aplicación de la ley del Estado con el que la vida matrimonial esté más estrechamente conectada (en el § 18 de la ley austriaca no aparece ésta última precisión, pero hubiera resultado innecesario por el juego de la cláusula general del S. 1 (1)) (49). Naturalmente, la serie no es alternativa, sino jerárquicamente ordenada y, por otro lado, en todo los textos los criterios de conexión no están fijado temporalmente, con el resultado de que la ley aplicable será siempre *mutable*, lo que constituye una importante diferencia con respecto a la regulación del régimen matrimonial de bienes.

3. Fácilmente se observa la resistencia del criterio de la nacionalidad, a pesar de los numerosos y bien conocidos ataques recibidos (50). No creo necesario traer aquí a colación los numerosos argumentos a favor y en contra de su uso, aunque puede resultar oportuno recordar la inexistencia de problemas de inconstitucionalidad por desigualdad en los ordenamientos en los que la conexión principal pertenece al género domiciliario (51), así como la jurisprudencia que, en la República Federal Alemana, construyó a partir de la regla incompleta del antiguo artículo 14

---

(47) La primera versión de dicho modelo puede consultarse en G. KEGEL, «Zur Reform des deutschen internationalen Rechts der Persönlichen Ehwirkungen», *Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Eherechts* (Dir. W. LAUTERBACH), Berlin-Tubinga, 1962, pp. 75 y ss., espec., pp. 83 y ss.; la versión definitiva del modelo, que es la que pasa al proyecto del *Deutscher Rat*, id., «Zur Reform des internationalen Rechts der persönlichen Ehwirkungen und der internationalen Scheidungsrechts», en G. BEITZKE et al., *Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Personen-, Familien- und Erbrechts*, Tübingen, 1981, pp. 114 y ss., espec., 123 y ss.

(48) Aunque el texto del proyecto simplemente habla de «residencia», recuérdese que según el art. 43 C.c. it., se entiende por tal «... il luogo di dimora abituale ...».

(49) Norma que, como es sabido, no opera como cláusula de excepción, sino como principio de interpretación y, como a nosotros nos interesa en este momento, como cláusula supletoria o subsidiaria; cfr. A. DUCHEK-F.v. SCHWIND, *Internationales Privatrecht* ..., cit., p. 10; en el mismo sentido, C. E. DUBLER, *Les clauses d'exception en Droit International Privé*, Ginebra, 1983, pp. 62-63.

(50) Cfr. C.v. BAR, «Personal Effects of ...», cit., pp. 26-27, en lo que respecta al juego de este criterio en la materia que nos ocupa.

(51) Cfr. C.v. BAR, «Personal Effects of ...», cit., pp. 18-19.

EGBGB, una solución al problema de la adecuación al principio de igualdad en base a la residencia habitual (52).

Una relativa novedad, aun cuando su juego resulte extraordinariamente limitado por su posición de última conexión, lo que la restringe a los supuestos en que ni existe ni haya existido (salvo en los textos portugués e italiano, en los que basta con que no exista en el momento de surgir el litigio) nacionalidad común ni residencia habitual común, es la admisión de la *conexión más estrecha* en todos los textos objeto de nuestro estudio. Ello se justifica normalmente como una necesaria dosis de flexibilidad en la reglamentación (53). Sobre este extremo conviene puntualizar que un criterio como el apuntado quizás no sea el más adecuado en una materia, como la que engloba la noción de relaciones entre cónyuges, en la que la incidencia de los valores materiales resulta particularmente intensa. Resulta significativo que precisamente allí donde el uso de *open-ended rules* es sistemático, esta misma técnica de flexibilización no se emplee sino cautelosamente en materia matrimonial (54). De otra parte, hay que señalar que en algún caso se pretendió introducir algún índice de localización que hiciera menos inseguro el texto, sobre la base del domicilio (55), o del transcurso de la vida matrimonial (índice éste que no se comprende bien qué es lo que añade a la noción) y el lugar de celebración del matrimonio (56). Finalmente, aparte el proyecto suizo que estudiamos separadamente, el único índice que se observa es el introducido en el artículo 14 (1), n. 3 EGBGB («... *auf andere Weise*»); el inciso es fruto de la tramitación parlamentaria del proyecto gubernamental y, quizás, no resulta demasiado afortunado. Parece referirse a una relación del matrimonio con un Estado que no se cualifique en base a la nacionalidad ni a la residencia, con lo que sólo queda prácticamente el lugar de celebración, criterio unánimemente rechazado en la doctrina (57) y que supondría además una rigidez en la determinación tempo-

(52) Cfr. J. KROPHOLLER, «Gleichberechtigung und Aufenthaltprinzip im deutschen IPR», *FamRZ.*, 1976, pp. 316-320; en el mismo sentido K. SIEHR, «Domestic relations in Europe: European Equivalents to American Evolutions», *A.J.C.L.*, 1982-1, pp. 37 y ss., espec., pp. 43-44. Recuérdese el precedente de P. H. NEUHAUS, «Familieneinheit im internationalen ...?», op. et loc. cit., a favor de la adopción de un criterio domiciliar en el Derecho de Familia en base al valor material de la unidad familiar (que, implícitamente, se combina con el valor de la igualdad entre el hombre y la mujer).

(53) Cfr. K. SIEHR, «Domestic relations in ...», cit., p. 43; en el mismo sentido, justificando la adopción de dicho criterio en el proyecto italiano E. VITTA, «Postilla e nuovo Progetto di legge», en *Problemi di riforma ...*, cit., pp. 680-681.

(54) Vid., *Restatement of the Law. Second. Conflict of Laws*, cit., §§ 233-234, 257-258 y 283-285.

(55) Cfr., referido al texto italiano, F. MOSCONI, «Il matrimonio: fisiologia e patologia», en *Problemi di riforma ...*, cit., p. 450, que propone un inciso idéntico al contenido en el art. 46.2 del proyecto suizo (vid. *infra*); en contra, E. VITTA, «Postilla e nuovo ...», cit., pp. 680-681.

(56) Art. 14 (1) 3. del proyecto gubernamental de la R.F.A.; este segundo índice parecía estar en franca contradicción con la mutabilidad del criterio utilizado en los dos primeros incisos del art. 14 (1); por otra parte, quizá hubiera resultado preferible estar como criterio subsidiario a la última residencia habitual común; en este sentido C. JESSEL-HOLST, «Kodifikation des deutschen ...», cit., p. 626; G. KÜHNE, en *Lausanner Kolloquium über ...*, cit., p. 72.

(57) A. N. MAKAROV, «Die Gleichberechtigung der Frau ...», cit., p. 386; E. SIEGRIST,

ral de la conexión que mal se concilia con la flexibilidad que se pretende introducir, además de ser contradictorio con la solución dada al conflicto móvil en los dos primeros números del mismo precepto.

4. Dentro de este modelo genérico advertíamos que existe alguna excepción. La primera de ellas (58), es la contenida en el § 18 (2) de la ley austríaca de 1978. En realidad, la norma del párrafo 2.º más bien parece una excepción a las reglas sobre capacidad para contraer el matrimonio (§ 17 (1)) que a la de los efectos del mismo, pues la justificación de la misma (59), explícitamente se refiere a ello (60). En todo caso, nótese que la formulación de la misma no es exactamente unilateral, sino que más bien se trata de una especificación, pero ahora con alcance verdaderamente excepcional y no meramente integrativo, de la cláusula general del § 1 (1), dado que admite la aplicación de la ley de un tercer estado con el que exista una más fuerte relación. Así entendido el precepto supone una derogación del n. (1) en tanto en cuanto el matrimonio válido para el Derecho austríaco no lo sea para el ordenamiento designado conforme a dicho precepto. De manera que, aunque la técnica empleada no sea estrictamente unilateral, o de extensión del ordenamiento austríaco, sí que resulta unilateral en cuanto supone una extensión más allá de lo preceptuado por la regla multilateral del párrafo (1) de lo que para el ordenamiento austríaco es un matrimonio válido (nótese que aunque pueda llegar a aplicarse el ordenamiento de un tercer Estado, para ello resulta preciso que dicho ordenamiento considere válido el matrimonio al igual que lo resulta para el ordenamiento austríaco), con lo que la extensión no es de las reglas austríacas sobre relaciones personales entre los cónyuges, sino de las reglas austríacas sobre validez del matrimonio.

5. También dentro del modelo general antes descrito, pero con un alcance potencial tan intenso que prácticamente suponen una ruptura con el mismo, merecen especial consideración las reglas de los nos. (2) y (3) del nuevo artículo 14 EGBGB, que abren la posibilidad, inédita en la experiencia comparada, de elegir el Derecho aplicable a los efectos generales del matrimonio. Se trata en realidad de tres supuestos distintos: uno de los cónyuges posee más de una nacionalidad y una de ellas es común con el otro cónyuge (n. (2)); no hay ni hubo en ningún momento nacio-

---

«Gleichberechtigung von Mann und Frau und internationales Privatrecht», *RabelsZ.*, 1959, pp. 54 y ss., vid. p. 99.

(58) A decir verdad, habría que tratar previamente la cláusula del art. 53.3 C.c. port., que es una norma de extensión del Derecho material portugués a los extranjeros allí residentes; pero en realidad se trata de una norma sobre el régimen matrimonial de bienes y no sobre las relaciones entre los cónyuges, por lo que se sale del ámbito de nuestro estudio.

(59) Vid., A. DUCHEK-F.v. SCHWIND, *Internationales Privatrecht*, cit., pp. 54-55; en el mismo sentido, C. E. DUBLER, *Les clauses d'exception ...*, cit., p. 52.

(60) Aunque la calificación de este problema como requisito de forma o de fondo del matrimonio es cualquier cosa menos sencilla; recuérdese la *Sent. Cass. (1.º Ch. civ.) de 22 de junio de 1955 (Caraslanis c. Caraslanis)*, *Rev. Critique*, 1955, pp. 724 y ss., con Nota de H. BATIFFOL. Traigo a colación este ejemplo por cuanto la motivación de la norma parece referirse a un supuesto similar: A. DUCHEK-F.v. SCHWIND, *Internationales Privatrecht ...*, cit., pp., 54-55; vid., no obstante, C. E. DUBLER, *Les clauses d'exception ...*, cit., p. 52, la calificación dada al segundo inciso de la norma.

nalidad común y ninguno es nacional del Estado donde ambos poseen su residencia habitual común (n. (3), 1); y, por último, los cónyuges no poseen ni han poseído una nacionalidad común, ni poseen (ahora sólo en presente) su residencia habitual en el mismo Estado (n. (3), 2). El primero de ellos es en realidad una mera excepción a la regla general del artículo 5 (1) sobre ley personal de los plurinacionales, y se explica en función del último inciso de dicho precepto, que establece una aplicación preferente e incondicionada del Derecho alemán si esta nacionalidad concurre con otra extranjera. El segundo es, asimismo, una excepción a la regla general de subsidiariedad de la residencia habitual común en defecto de nacionalidad común, basada en la posibilidad de que el Derecho de la residencia habitual común resulte menos estrechamente vinculado a los cónyuges que el de la nacionalidad de uno de ellos, en supuestos, p. ej., en que nacionales de países distintos pero pertenecientes a una órbita cultural común residan en un tercer país totalmente extraño a su cultura (61). Ahora bien, una vez admitida la posibilidad de que exista una más estrecha conexión con un país distinto al de la residencia habitual común, no se comprende por qué se limita la posibilidad de opción a la nacionalidad de alguno de los cónyuges, cuando es perfectamente posible que esa más estrecha conexión se dé con un tercer Estado (62). La tercera, y última posibilidad de opción, tiene su origen en la regla del § 14 (2) del proyecto de Kühne, del que supone una suerte de bilateralización, pues éste se limitaba a permitir la opción por el Derecho alemán si éste venía rigiendo los efectos del matrimonio en base a una nacionalidad común que posteriormente se pierde (63). No obstante, si en dicho proyecto la regla no era sino una extensión unilateral del Derecho alemán como solución particular a un supuesto de conflicto móvil, en el texto de la ley se generaliza para todos los supuestos en que no exista (o haya existido, pero ambos cónyuges la perdieron) nacionalidad común ni residencia habitual en el mismo Estado, con lo que en realidad supone una alternativa al n. 3 del párrafo (1) (conexión más estrecha), incluso con más posibilidades de actuación, pues la opción que se permite no está condicionada a que haya existido una residencia habitual en el mismo Estado que uno de los cónyuges conserva, lo que sí ocurre con el criterio de la conexión más estrecha. Así entendido el precepto, no creo que la transitoriedad de esta posibilidad, y de la anterior, hasta que se adquiera una nacionalidad común, tenga dema-

---

(61) *Bundesrat. Drucksache*, n.º 222/1983, p. 56; el ejemplo lo toma el Gobierno de F. GAMILLSCHG, «Gleichberechtigung der Frau und Reform des internationalen Eherechts», *RabelsZ.*, 1969, pp. 680-681, que razona sobre el supuesto de un matrimonio entre alemana y suizo que contraen matrimonio en Argentina estableciendo allí su residencia habitual. Probablemente los cónyuges, en opinión del profesor de Tubinga, se encuentren más relacionados con el ordenamiento alemán o suizo (el de la nacionalidad de cualquiera de ellos) que con el argentino (el de su residencia habitual común).

(62) La observación la tomo de P. DOPFFEL, «Kodifikation des deutschen ...», cit. pp. 626-627.

(63) Vid. la fundamentación de esa posibilidad en G. KÜHNE, *IPR-Gesetz-Entwurf. Entwurf eines Gesetzes zur Reform des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, Heidelberg-Karlsruhe, 1980, p. 97.

siado sentido, pues en realidad se está reiterando la regla del párrafo (1), n. 1 (64).

En todo caso, no puede negarse que la admisión de la autonomía conflictual en el ámbito de los efectos generales del matrimonio resulta llamativa. Pero hay que advertir que si el texto de la nueva ley puede resultar arriesgado (65), mucho más espectaculares eran los textos propuestos por el Instituto Max Planck en las Tesis de 1980 (66), en las que las posibilidades de opción sólo estaban condicionadas a que existiera una *vinculación objetiva* con el ordenamiento designado, y en la contrapropuesta al proyecto gubernamental de 1983 (67), en el que la opción se permitía por la ley del Estado de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de los cónyuges, o incluso por la ley del Estado donde los cónyuges fueran a establecer su residencia habitual común. En el plano doctrinal, la sumisión de los efectos generales del matrimonio a la ley designada por los cónyuges, implícitamente contemplada por A. Makarov (68) y por E. Siegrist (69), fue enérgicamente defendida por F. Sturm (70) como expediente técnico de aseguramiento de la igualdad de los cónyuges, particularmente a partir de una consideración conjunta del principio de igualdad con los de libre desarrollo de la personalidad y de libertad matrimonial (arts. 2.I y 6.I GG), lo que resulta especialmente significativo, como veremos más adelante, a los fines de nuestro estudio. Esta construcción mereció, sin embargo, fuertes críticas en el resto de la doctrina alemana (71) y más parecía destinada al olvido que a inspirar las tesis del prestigioso Instituto de Hamburgo (72).

6. En la exposición del modelo general hacíamos la observación de que los textos portugués e italiano prescindían como criterios subsidia-

(64) Cfr. P. DOPFFEL, «Kodifikation des deutschen ...», cit., p. 627; en el mismo sentido G. KÜHNE, en *Lausanner Kolloquium über ...*, cit., pp. 73-74.

(65) Vid. K. FIRSCHING, «Parteiautonomie und Ehwirkungsstatut im IPR-Gesetzentwurf», *IPRax.*, 1984, pp. 125-127; C.v. BAR, «Personal Effects of ...», cit., p. 25; E. JAYME, «Das neue IPR-Gesetz- Brennpunkte der Reform», *IPRax.*, 1986, p. 266.

(66) Tesis 8 (2) inciso 1.º; vid. la fundamentación en *Reform des deutschen ...*, cit., pp. 43-44, con observaciones de P. DOPFFEL.

(67) Vid. el texto de la contrapropuesta en «Kodifikation des deutschen ...», cit., pp. 698-699; la fundamentación, por P. DOPFFEL, loc. cit., pp. 627-629.

(68) A. N. MAKAROV, «Die Gleichberechtigung der Frau ...», cit., pp. 385 y ss., que, sin embargo, niega la posibilidad de admitir la autonomía conflictual allí donde, como ocurre en este sector del ordenamiento, la ordenación material es de *ius cogens*.

(69) E. SIEGRIST, «Gleichberechtigung von Mann ...», cit., pp. 71 y 100-101.

(70) F. STURM, «Zur Gleichberechtigung im ...», cit., pp. 168-174; en sentido similar, A. LÜDERITZ, «Anknüpfung im Parteinteresse», *Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung. Bewahrung oder Wende? Festschrift für G. KEGEL*, Frankfurt del Main, 1977, pp. 31 y ss., espec. pp. 50-51.

(71) Cfr. F. GAMILLSCHEG, «Gleichberechtigung der Frau ...», cit., pp. 669-670; J.v. STAUDINGER-F. GAMILLSCHEG, *Prel. art. 13 y ss. EGBGB*, n.º marg. 76 y ss.; G. KEGEL, «Zur Reform des internationalen ...», cit. (1981), p. 121; G. KÜHNE, en *Lausanner Kolloquium zur ...*, cit., pp. 73-74; K. FIRSCHING, «Parteiautonomie und ...», cit., 125-127.

(72) Conviene aclarar, no obstante, que F. STURM se mostró inicialmente contrario a la admisión de la residencia habitual como criterio subsidiario, lo que le separa claramente de las Tesis del Instituto; cfr. «Zur Gleichberechtigung im ...», cit., p. 165; vid. su postura actual en J.v. STAUDINGER-F. STURM-G. STURM, *Einkl. zu art. 7 ff. EGBGB*, cit., n.º marg. 240 y ss.



rios segundo y cuarto de la última nacionalidad o residencia habitual común siempre que uno de los cónyuges conservara dicha nacionalidad o residencia habitual (73). La justificación que se hacía de esos dos criterios en el modelo original era básicamente la prevención de conductas fraudulentas (74), de modo que un cambio de nacionalidad o residencia habitual de uno sólo de los cónyuges no supusiera automáticamente un cambio en la ley aplicable a los efectos del matrimonio. No obstante, parece claro que esa protección del otro cónyuge no resulta tan necesaria una vez que la conexión subsidiaria no resulta discriminatoria para la parte supuestamente más débil, de modo que el cambio de nacionalidad o residencia habitual de cualquiera de los cónyuges simplemente supone el paso a la correspondiente conexión subsidiaria, que, a diferencia de la reglamentación anterior, no coloca en situación de inferioridad a ninguno de los cónyuges. Nótese además que la solución del conflicto móvil se decide, tanto en el modelo general como en los textos excepcionales, por una absoluta mutabilidad de la ley aplicable (75).

7. El único texto de los estudiados que se aparta decididamente del modelo anteriormente expuesto es el proyecto suizo. En una primera lectura la norma del artículo 46 es sencilla: aplicación de la ley del Estado en que ambos cónyuges tengan su domicilio (76) y, en su defecto, la ley del Estado del domicilio que esté más estrechamente conectado con el supuesto de que se trate (77), criterio subsidiario que leído conjuntamente con la «cláusula de excepción» del artículo 14 no resulta, a mi parecer suficientemente claro. En principio podría pensarse que se trata de una especificación de este último precepto, lo que abonaría la conclusión de que dicha cláusula no tendría aplicación en el ámbito de los efectos generales del matrimonio. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el criterio del párrafo 2.º está exento de cualquier tipo de contenido material o valorativo, con lo que no resulta contradictorio con la cláusula general y por otra parte su estructura es la de la norma de conflicto multilateral; por lo que en realidad no hay motivo para excluir de su ámbito el juego de la «cláusula de excepción» (78).

---

(73) En el mismo sentido, la contrapropuesta del Max Planck Institut al proyecto gubernamental de 1983; vid., C. JESSEL-HOLST, «Kodifikation des deutschen ...», cit., pp. 625-626.

(74) Cfr. G. KEGEL, «Zur Reform des deutschen ...», cit. (1962), p. 77 (Grundsatz der schwächeren Rechts); en sentido similar, A. N. MAKAROV, «Die Gleichberechtigung der Frau ...», op. et loc. cit.; E. SIEGRIST, «Gleichberechtigung von Mann ...», op. et loc. cit.; F. GAMILLSCHEG, «Gleichberechtigung der Frau ...», op. et loc. cit.

(75) Lo que resulta enfáticamente enunciado en las Tesis de 1980: «Sämtliche Ehwirkungen werden wandelbar angeknüpft ...».

(76) Lo que no es exactamente lo mismo que el domicilio común; cfr. *Feuille Fédérale*, febrero de 1983, n.º 4, vol. I, «Message concernant une loi fédérale sur le Droit International Privé», pp. 255 y ss., vid. p. 334.

(77) Vid., K. SIEHR, en *Freiburger Kolloquium über den schweizerischen Entwurf zu einem Bundesgesetz über das internationale Privatrecht*, Zurich, 1979, p. 20; en sentido concordante, A. BUCHER, op. cit., p. 26.

(78) C. E. DUBLER, *Les clauses d'exception ...*, cit., pp. 136-137, pone un claro ejemplo de las posibilidades que en el ámbito de la calificación ofrece el inciso que comentamos combinado con la cláusula excepcional del art. 14 del proyecto.

Hasta aquí el texto no plantea mayores complejidades técnicas y en este punto se detenía el texto del Consejo Federal. Sin embargo, la Asamblea Federal ha añadido un nuevo inciso (art. 46 3.º) (79) por el que si los tribunales suizos resultan competentes en virtud del artículo 45 del proyecto, aplicarán el Derecho suizo. Con ello se establece una absoluta correlación *forum-ius* en el supuesto excepcional previsto en el mencionado artículo 45. En este precepto lo que se establece es una excepción a las reglas generales de competencia judicial basadas en el domicilio o residencia habitual en Suiza de cualquiera de los cónyuges, con independencia de que se trate del demandante o del demandado (art. 44) (80); pero si la acción relativa a derechos o deberes conyugales es *imposible de proponer o no se puede razonablemente pretender que se proponga* ante los tribunales del domicilio o residencia de alguno de los cónyuges, resultan competentes (*ex art. 45*) los tribunales suizos del lugar de origen (81), siempre que uno de los cónyuges sea nacional suizo. Es para este supuesto de competencia para el que el texto introducido en la Asamblea prevé la aplicación del derecho suizo, lo que probablemente resulta innecesario, pues de otro modo la cláusula excepcional de competencia carecería de sentido.

Nótese que con ello el Derecho material suizo alcanza un ámbito de aplicación verdaderamente privilegiado, pues el parámetro para decidir si una acción es o no imposible o razonablemente imposible de proponer, a los efectos de atribuir la competencia judicial *ex artículo 45*, no puede ser otro que el propio Derecho material suizo. Por esta vía se llega a la conclusión de que el Derecho suizo tan sólo resulta absolutamente excluido si ninguno de los cónyuges tiene su domicilio en Suiza (aunque si sólo uno de ellos está allí domiciliado podría aplicarse la ley extranjera del otro domicilio si éste resulta más estrechamente conectado con el supuesto de que se trate) y ninguno posee la nacionalidad suiza (aunque en este supuesto podría aplicarse un Derecho extranjero *siempre que el resultado material que se obtenga resulte equivalente al que a ese efecto prescriba el Derecho suizo*). Con ello se ha introducido en el texto una norma que no creo posible calificar como «norma de conflicto de carácter sustancial» (82), y que, a mi juicio, viene a imponer la *aplicación material imperativa*, cierto que sometida a que exista domicilio o nacionalidad suizos (83), del Derecho suizo.

(79) *Bulletin Officiel de l'Assemblée Fédérale*, Session de printemps, 8ème. session de la 42ème. législature. 13 mars 1985, p. 144.

(80) Cfr. «Message concernat une ...», cit., p. 333.

(81) El proyecto de 1978 se refería en este punto al lugar de origen o último domicilio en Suiza, inciso este último que ha desaparecido en el Proyecto de 1983, que es el aprobado por la Asamblea Federal; cfr. A. RUINI, en *Problemi di riforma ...*, cit., p. 950-951, en nota 20.

(82) Al menos no reúne los caracteres enunciados por A. BUCHER, «Sur les règles de rattachement à caractère substantiel», cit., pp. 37 y ss.

(83) En realidad la norma comentada posee los caracteres esenciales de las *normas materiales imperativas*, en el sentido dado a esta expresión por J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Derecho Internacional privado. Introducción*, cit., pp. 46 y ss.; no obstante, vid. *infra*, nota 87 bis.

## 2. La realización de los valores materiales

1. Los elementos comunes y los distintivos de cada sistema que se han puesto de relieve en el apartado anterior, permiten ahora una exposición mucho más simplificada ya que desde el punto de vista de los valores materiales, como veremos a continuación, podemos agrupar los textos en tres categorías: el modelo genérico de la «cascada de conexiones», este mismo modelo combinado con las posibilidades de elección del Derecho aplicable (la nueva ley alemana), y el basado en la conexión domiciliar con «cláusula de excepción» y de equivalencia material (proyecto suizo).

Cada uno de ellos será observado desde el triple punto de vista que sugeríamos en la introducción: igualdad de los cónyuges, libre desarrollo de la personalidad y seguridad jurídica. Es en este último punto en el que el análisis resultará de alguna complejidad por las notables diferencias que hemos apreciado en el ámbito material de la noción objeto de nuestro estudio en cada uno de los textos, y ello porque, como veremos, la unidad o fragmentación de la regulación supone, a mi parecer, un grado mayor o menor de seguridad del tráfico.

### A) La Igualdad de los cónyuges

1. Resulta evidente que siendo el principio de igualdad uno de los *leit Motiven* en la reforma, al menos en Portugal, Grecia, Italia y República Federal de Alemania (84), los nuevos textos sean en su totalidad exquisitamente respetuosos con este principio. En todo caso las únicas aclaraciones que pudieran hacerse no irían referidas al principio constitucional de igualdad, en sentido material, entre los cónyuges, sino a la igualdad de tratamiento de los ordenamientos en presencia (85), y ello

---

(84) Respecto a Portugal, vid. el comentario de R. M. MOURA RAMOS al texto de la reforma en *Rev. Critique*, 1979, loc. cit.; Grecia: comentario de V. VASSILIKAKIS, en *Rev. Critique*, 1984, loc. cit.; Italia: E. VITTA, «Memoriale e progetto di legge», *Problemi di riforma...*, cit., pp. 9 y ss.; R.F. de Alemania: Resolución del Max Planck Institut de 8 de mayo de 1953, cit., y explícitamente, *Bundesrat. Drucksache*, n.º 222/1983, p. 54.

(85) Dicho principio de igualdad entre la *lex fori* y el Derecho extranjero no forma parte del sistema de principios generales del Derecho Internacional Privado en la construcción de W. WENGLER (cfr. «Les principes généraux de Droit International Privé et leurs conflits», *Rev. Critique*, 1952, pp. 595-622, y 19/3, pp. 37-60), aunque dicho autor lo considera como una «cuestión importante» y pone el ejemplo del posible contraste entre la igualdad de tratamiento de los ordenamientos en presencia con los principios del interés político del Estado y del mínimo de conflictos (cfr. «Les principes généraux ...», cit., 1953, pp. 39-40; vid., además, del mismo autor, «The General Principles of Private International Law», *Rec. des C.*, t. 104 (1961), pp. 279 y ss., en p. 322). Más específicamente, vid., del mismo autor, «Les conflits de Lois et le principe d'égalité», *Rev. Critique*, 1963, pp. 202-231 y 503-527; P. G. VALLINDAS, «La structure de la règle ...», cit., pp. 343-344, concibe la igualdad en este sentido como uno de los postulados de justicia en Derecho Internacional Privado; un tratamiento de conjunto de dicho principio, bien que centrado en el sistema italiano, en E. VITTA, *Il Principio dell'uguaglianza tra «lex foris» e Diritto straniero, con particolare riguardo al sistema italiano di Diritto Internazionale Privato*, Milán, 1964, *passim*.

referido a la cláusula introducida por la Asamblea Confederal suiza en el párrafo 3.º del artículo 46, dentro del ámbito de los efectos generales del matrimonio o relaciones personales entre cónyuges (86).

Pero, como es obvio, se trata de principios que poco o nada tienen que ver entre sí, por lo que el problema enunciado queda fuera del ámbito de nuestro estudio. Simplemente cabe constatar la adaptación de todos los textos al principio y la manera especialmente significativa en que esto se hace en el texto suizo: si se pone en relación la cláusula del artículo 46.3.º con la introducción, por referéndum de 14 de junio de 1981, del nuevo artículo 4.II de la Constitución Federal (igualdad jurídica del hombre y la mujer), y se tiene en cuenta el ambicioso programa legislativo de adaptación a este nuevo principio constitucional (87), resulta obvio concluir que lo que se pretende con la extensión del Derecho material suizo más allá de los límites marcados con las reglas generales es principalmente, o al menos es también, asegurar un resultado material igualitario, ya se aplique el Derecho suizo u otro de contenido material equivalente.

2. Sobre las técnicas utilizadas en la realización de la igualdad baste precisar que el modelo común y el texto alemán se inclinan por la norma de conflicto multilateral en cascada, a través de conexiones objetivas no individualizadas en base al sexo, con la cláusula de la «conexión más estrecha» como criterio de cierre. Las únicas excepciones que se observan a esta afirmación son el § 18 (2) de la ley austriaca y el artículo 46.3.º del proyecto suizo, como acabamos de ver. La primera de ellas parece ser más bien una norma sobre validez del matrimonio, con lo que cae fuera del ámbito del estudio. La segunda, tendente a una aplicación del contenido material del Derecho suizo en todos los supuestos en que exista una conexión en base domiciliar o nacional, a través de una atribución excepcional de competencia judicial unida a una absoluta correlación *forum-ius*, bien puede calificarse como cláusula positiva de orden público o norma material imperativa (87 bis), aun cuando su estructura sea desgraciadamente poco clara.

---

(86) Fuera de este ámbito, en materias relacionadas con las relaciones entre cónyuges, pueden observarse, p. ej., el art. 53.3.º C.c. port. y los arts. 10 (3) y (4) y 18 (1) 2. y (3) EGBGB.

(87) Por referéndum de 22 de septiembre de 1985 el pueblo suizo aceptó la modificación del Código civil en materia de efectos generales del matrimonio y régimen matrimonial de bienes, sin que en la actualidad subsista más diferencia de trato entre el hombre y la mujer, en la legislación civil, que la adquisición del nombre (art. 160) y el Derecho de ciudadanía de su marido (art. 161), el período de un año que debe transcurrir antes de que la viuda contraiga nuevas nupcias (art. 103), la distinta edad con la que se accede a la mayor edad (18 años para el hombre y 20 para la mujer, art. 96) y la imposibilidad de que la mujer ejerza funciones tutelares (art. 382), lo que, ciertamente, no es poco. Vid., «Rapport sur le programme législatif ...», cit., pp. 1163-1164, sobre las perspectivas de reforma de los preceptos mencionados.

(87 bis) Consciente de la dificultad de emplear una noción aceptada generalmente, utiliza las dos expresiones del texto en el sentido, respectivamente, de A. BUCHER, *Grundfragen der Anknüpfungsgerechtigkeit* ..., cit., pp. 115 y ss., y de J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Derecho Internacional Privado. Introducción*, cit., pp. 46 y ss.

## B) El libre desarrollo de la personalidad

1. De los tres tipos de reglamentación antes mencionados, parece claro que ni el modelo genérico ni el proyecto suizo tienen en consideración el principio de libre desarrollo de la personalidad a la hora de establecer las nuevas reglas sobre derecho aplicable a los efectos o relaciones generales entre los cónyuges. Todo lo más este principio se encuentra implícitamente en la admisión de niveles más o menos amplios de autonomía conflictual en una materia tan estrechamente vinculada a la que constituye nuestro objeto como la del régimen de bienes del matrimonio, posiblemente por influencia de las soluciones acogidas en el Convenio de La Haya de 23 de octubre de 1976 (88).

2. No ocurre lo mismo con las soluciones acogidas en la nueva ley de la República Federal de Alemania. El principio de libre desarrollo de la personalidad (art. 2.I GG) fue explícitamente alegado como razón determinante para la admisión de la autonomía conflictual en esta materia (89), aun cuando la doctrina dominante no tuviera en consideración este factor (90). La norma del artículo 2.I GG posee, no obstante, importancia a nuestros fines por cuanto es a través de dicho principio como se construye la técnica de protección del resto de los Derechos de libertad, a través de la doctrina llamada del *Rechtsordnung als verfassungsgemäße Ordnung* (91), de manera que de la lectura conjunta del precepto del artículo 2.1 con el principio de libertad matrimonial (*ex art. 6.I GG*), se deduce un límite a la actividad normativa del Estado, que sólo podrá reglamentar la esfera privada familiar de un modo que resulte funcional a los principios constitucionales de igualdad entre los cónyuges, libertad matrimonial y protección de la familia (92).

De esta manera, el clásico argumento de la imposibilidad de admitir la designación autónoma por los cónyuges de la ley aplicable a los efectos generales del matrimonio, por tratarse de una materia imperativamente regulada por el ordenamiento interno (93), debe considerarse de-

(88) Así, las posibilidades de elección del Derecho aplicable al régimen de bienes son prácticamente ilimitadas en Austria (§ 19), relativamente amplias en el proyecto suizo (art. 50), muy limitadas en Portugal (art. 53. 3.º) e Italia (art. 16. 4.º) e inexistentes en la ley griega (art. 15). En la R.F.A. las posibilidades de opción son muy amplias en esta materia: art. 15 (2) EGBGB.

(89) F. STURM, «Zur Gleichberechtigung im deutschen ...», cit., pp. 168 y ss.; posteriormente, en J.v. STAUDINGER-F. STURM-G. STURM, *Einl. zu art. 7 ff. EGBGB*, n.º marg. 240 y ss.

(90) Aunque, sin embargo, sí se tuvieran en cuenta, al menos durante las primeras etapas de la larga elaboración de la reforma, otros valores materiales de menor entidad; cfr. p. H. NEUHAUS, «Familieneinheit im IPR ...?», op. et. loc. cit.

(91) Cfr. E. STEIN, *Staatsrecht*, Tubinga, 1984, p. 219 (existe trad. esp. de la 2.ª ed., Madrid, 1973), que sigue en este punto a E. HESSE, *Die Bindung des Gesetzgebers an das Grundrecht des art. 2., I GG bei Verwirklichung einer verfassungsmässige Ordnung*, Munich, 1968, pp. 80 y ss.

(92) En este sentido, F. STURM, «Zur Gleichberechtigung im deutschen ...», cit., p. 171.

(93) Vid., con anterioridad a las tesis desarrolladas por F. STURM, A. N. MAKAROV, «Die Gleichberechtigung der Frau ...», cit., pp. 385 y ss.; E. SIEGRIST, «Gleichberechtigung von Mann ...», cit., pp. 100-101; posteriormente, vid. *supra*, nota 71.

finitivamente superado, siguiendo un razonamiento de contrapeso de valores constitucionalmente reconocidos, en el que los términos de la comparación son la protección de la familia y el libre desarrollo de la personalidad como valores en último término incompatibles. Naturalmente ello no significa la inconstitucionalidad de toda regulación de la familia que no esté directamente funcionalizada al principio de libre desarrollo de la personalidad, precisamente porque la cláusula de protección a la familia brinda el apoyo necesario para entender como *razonable*, es decir, como constitucionalmente lícita, una regulación que, basándose en dicha cláusula, modalice, sin afectar a su núcleo esencial, el principio de libre desarrollo de la personalidad. Pero no menos cierto resulta que si bien el legislador sólo está vinculado a respetar el núcleo esencial de dicho principio, *debe guiarse por el propósito de lograr que el precepto constitucional alcance su óptima realización (zu optimaler Wirksamkeit zu verhelfen)* (94).

Todo esto creo resulta relevante porque si bien el texto de la nueva ley resulta acertado en cuanto admite un cierto uso de la designación autónoma del Derecho aplicable, mucho más coherente con lo afirmado hubiera sido la aceptación del texto propuesto por el Instituto Max Planck en 1983. No parece dudoso afirmar que la designación por los cónyuges del derecho aplicable, siempre que exista una relación objetiva con el ordenamiento designado en base a la nacionalidad o a la residencia habitual de cualquiera de ellos, responde mejor al principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad que cualquier serie cerrada de conexiones como la introducida en la nueva ley. Y conviene insistir en el dato de que la imperatividad de las normas internas no es argumento convincente para desechar esta posibilidad. La actual reglamentación de los efectos generales del matrimonio en el ordenamiento alemán, al menos aquéllos incluidos en el ámbito material del artículo 14 EGBGB, resulta innegablemente imperativa en cuanto no hace sino plasmar legislativamente el principio constitucional de igualdad. Pero no es posible imaginar violación alguna de la igualdad que sea producto de la designación autónoma por ambos cónyuges de la ley aplicable a los efectos de su matrimonio.

3. De todo ello cabe concluir la viabilidad de una recepción de este valor en la reglamentación sobre la ley aplicable a los efectos o relaciones entre cónyuges, mediante el expediente técnico de la norma de conflicto multilateral en la que se admita la designación autónoma de la ley aplicable, manteniendo la serie de conexiones del modelo genérico para el supuesto de que los cónyuges no hagan uso de la posibilidad que se les ofrece. Esto obliga, correlativamente, a una particular atención al problema de la protección del tercero que entre en relación con la economía matrimonial, dada la inclusión en la categoría de los efectos generales de ciertas reglas relativas a esta materia. Pero este problema pertenece en puridad al siguiente apartado.

---

(94) El razonamiento y la fase subrayada los tomo de E. STEIN, *Staatsrecht*, cit., p. 239.

### C) Seguridad jurídica

1. El principio de seguridad jurídica no parece haber sido objeto de especial atención en la formulación de las reglas sobre Derecho aplicable en materia de efectos o relaciones matrimoniales, más que en una vertiente particular, en la República Federal de Alemania; pero no para considerarlo como uno de los valores materiales que debieran tenerse presente en el momento de producirse la reforma, sino como argumento para negar la nulidad (inconstitucionalidad) de los diversos preceptos de la EGBGB, en su redacción anterior, que utilizaban como criterio de conexión la nacionalidad del marido o del padre (95).

Debe tenerse presente, sin embargo, que desde un punto de vista de optimización de los valores constitucionales, el principio de seguridad jurídica presenta al menos tres consecuencias. En primer lugar no es aconsejable un grado excesivo de fragmentación en la regulación sobre ley aplicable a ámbitos materiales que se presentan fácticamente interrelacionadas, y ello porque resulta claro que una reglamentación fragmentaria, susceptible de conducir a la aplicación de distintos ordenamientos a materias interrelacionadas, provocará indefectiblemente la aparición de múltiples problemas de aplicación del sistema de derecho aplicable. En segundo lugar, tampoco resulta oportuno el empleo de criterios de conexión abiertos, susceptibles de recibir un contenido excesivamente variable. Por último, el principio de seguridad jurídica supone un límite general al de libertad, por lo que cláusulas que permitan, aun cuando sea de un modo limitado, la designación autónoma del Derecho aplicable, además de exigir una vinculación efectiva con el ordenamiento designado, deberán ir acompañadas de algún tipo de normas de protección del tercero de buena fe que entre en relación con el matrimonio, en la medida en que en la noción de efectos generales se incluyen ciertas reglas de base de la economía matrimonial, como hemos visto que ocurre en el ordenamiento alemán, único que admite ciertas dosis de autonomía conflictual en esta materia. El mismo problema de los intereses del tercero surge en los supuestos en que se resuelve el problema del conflicto móvil en base a una absoluta mutabilidad de las conexiones, aunque en este

---

(95) La necesidad de mantener la vigencia de los preceptos que en la EGBGB utilizaban un criterio de conexión dudosamente constitucional, fue enérgicamente defendida, al menos mientras no se produjera la reforma legislativa, por F. GAMILLSCHEG, «Gleichberechtigung der Frau ...», cit., pp. 655 y ss., pero más claramente aún en J.v. STAUDINGER-F. GAMILLSCHEG, *Vorbem. vor art. 13 EGBGB*, n.º marg. 41 y ss., entre otros argumentos, en base al peligro de que se produjera una laguna legislativa susceptible de causar inseguridad jurídica; éste es también el punto de partida de D. HENRICH, «Verfassungswidrige Kollisionsnormen ...», op. et. loc. cit.; id., «Art. 15 EGBGB nichtig ...», op. et. loc. cit. (vid. ulteriores referencias doctrinales y jurisprudenciales en J.v. STAUDINGER-F. STURM-G. STURM, *Einl. zu art. 7 ff. EGBGB*, cit., n.º marg. 232). Este uso del principio de seguridad jurídica ha sido, sin embargo, rechazado expresamente por el Tribunal Constitucional Federal alemán en, al menos, tres sentencias de fecha 22 de febrero de 1983, 8 de enero de 1985 y 3 de diciembre de 1985, declarando la nulidad por inconstitucionalidad, respectivamente, de los arts. 15 (1) y 17 (1) EGBGB y 606 b (1) ZPO (competencia judicial internacional en materia matrimonial).

supuesto las reglas generales de Derecho Transitorio parecen excluir la aparición de problemas de defraudación al operar *ex nunc* y no *ex tunc* el ordenamiento que entre a regir los efectos generales con posterioridad a la celebración del matrimonio. De estos tres problemas pasamos a ocuparnos a continuación.

2. Como deducíamos en la sección anterior (1.º A)), los problemas surgen por dos series de condicionantes: de una parte el vaciamiento de la categoría genérica en algunas materias, fundamentalmente el nombre matrimonial y la obligación de alimentos; de otra, por la inclusión en la noción de efectos de ciertas reglas del denominado régimen matrimonial primario.

En lo que respecta al nombre matrimonial su independización de la norma sobre efectos del matrimonio parece ser una consecuencia del principio de igualdad, pues su aplicación en la legislación civil significa la no atribución a la mujer del nombre del marido, o al menos el convertir en potestativa esa posibilidad (96). De otra parte, la llamada solución dependiente al problema de la ley aplicable al nombre (aplicar la ley que rige la relación familiar que supone la adquisición del nombre) ha supuesto numerosas dificultades de orden práctico (97), que hacen aconsejable inclinarse por una solución independiente, como ocurre en los textos estudiados salvo Italia y Portugal (98).

En lo que se refiere a la obligación de alimentos entre cónyuges, es la existencia del régimen convencional de La Haya lo que explica la independización de esta materia con respecto a la norma general, aun cuando la exclusión de esta materia no ocurre en algunos de los textos estudiados (99). En todo caso, cabe observar que la independización con respecto a la norma sobre efectos del matrimonio tanto de la obligación de alimentos como del nombre no plantea mayores problemas desde el punto de vista de la seguridad jurídica. En ambos casos, se trata de materias con la suficiente autonomía como para que la aplicación de un ordenamiento distinto al que rija los efectos generales no plantee problemas de adaptación susceptibles de causar un cierto grado de inseguridad, o, al menos, un grado de inseguridad mayor del que se seguiría produciendo si ambas materias se incluyeran en la norma general.

(96) Por vía de ejemplo, el nuevo art. 1.388 C.c. griego acaba con la atribución a la mujer del nombre del marido, ni siquiera potestativamente, como ocurre en los ordenamientos suizo (art. 160), portugués (art. 1.677) y alemán (§ 1.355); en el ordenamiento italiano, por el contrario, la mujer añade a su nombre el del marido (art. 143-bis).

(97) Cfr. D. HENRICH, *Der Erwerb und die Änderung ...*, cit., pp. 32 y ss.; en el mismo sentido *Bundesgesetz über das ... Schlussbericht der Expertenkommission ...*, cit., pp. 85 y 270.

(98) Portugal: J. BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito ...*, op. et. loc. cit.; Italia: art. 10, 1.º del proyecto; respecto a la solución independiente: Austria [§ 13 (1)], Grecia (Cfr. A. CHIOTELLIS, «Zur Reform des griegischen ...», cit., p. 303), Suiza (art. 35) y R.F. de Alemania (art. 10).

(99) Explícitamente se regula por separado la obligación de alimentos en los proyectos suizo (art. 47) e italiano (art. 23) y la ley alemana (art. 18); por el contrario, en la ley austríaca se parte de una solución contraria: cfr. A. DUCHEK-F.V. SCHWIND, *Internatio-*



No ocurre lo mismo por lo que se refiere a la inclusión en la categoría genérica del denominado régimen matrimonial primario. Como se puso de relieve en la sección anterior, el problema surge específicamente en los ordenamientos portugués y alemán, aunque quizás más agudamente en el primero que en el segundo. La fragmentación de la economía matrimonial en dos reglas distintas resulta de alguna gravedad en cuanto los ordenamientos designados por los artículos 52 y 53 no coincidirán en los supuestos en que se dé un conflicto móvil, así como en aquéllos en los que no exista nacionalidad ni residencia habitual común en el momento de contraer matrimonio. De otra parte en el propio artículo 53 (pfo. 3.º) se prevee una norma material espacialmente autolimitada (100), que prevé la posibilidad de optar por uno de los regímenes de bienes previstos en el Derecho material portugués, condicionada a la residencia en Portugal de uno al menos de los cónyuges, aun en supuestos en que exista nacionalidad común extranjera, y con el agravante de que si la ley de la nacionalidad común permite la modificación del régimen de bienes, esa modificación será posible para los cónyuges extranjeros pero residentes en Portugal que hayan optado por uno de los regímenes permitidos en la legislación portuguesa, aun cuando el régimen de bienes sea inmutable en el Derecho material portugués (arts. 54 1.º y 1.714-1.715 C.c. portugués).

Esto supone, a mi parecer un resultado de fragmentación que no puede considerarse como deseable desde el punto de vista de la seguridad jurídica: piénsese en el supuesto de dos cónyuges españoles residentes en Portugal que optan por la aplicación del régimen de comunidad de adquisiciones del ordenamiento portugués (arts. 1.717 y ss.). En este supuesto regirían, desde el punto de vista del ordenamiento portugués, el régimen matrimonial primario español (arts. 1.315 y ss. C.c.) combinado con el régimen de comunidad regulado en el ordenamiento portugués. Pues bien, en el sistema español las cargas imputables a la eventual comunidad matrimonial se regulan al hilo de los distintos sistemas permitidos en nuestro Código (arts. 1.362 y ss., p. ej., para la sociedad de gananciales), mientras que en el ordenamiento portugués la regulación de las cargas se hace de modo general en el ámbito sistemático del régimen matrimonial primario, sometido, por hipótesis, al ordenamiento español. Se produce por tanto un vacío de reglamentación, por efecto de la bipartición de la economía matrimonial en dos reglas distintas sobre ley aplicable, que en nada favorece a la seguridad jurídica.

Algo similar ocurre en el ordenamiento alemán, aun cuando en este caso las materias de contenido patrimonial sometidas a la ley designada por el artículo 14 EGBGB son mucho más reducidas: prácticamente sólo las reglas sobre el «poder de llaves» (§ 1.357 BGB, redactado por la *Gleichberechtigungsgesetz* de 1957) y las presunciones posesorias en pro-

---

*nales Privatrecht*, cit., p. 52, la obligación de alimentos entra en el ámbito material de la norma sobre efectos personales del matrimonio.

(100) La noción la tomo de J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Derecho Internacional Privado. Introducción*, cit., pp. 41 y ss.

tección del tercero de buena fe del § 1.362 BGB. Las posibilidades extraordinariamente amplias de designación autónoma de la ley aplicable al régimen matrimonial de bienes, según el nuevo artículo 15, resultan una fuente potencial de conflictos, a los que habrá que sumar los que se produzcan por la diferente solución que en una y otra norma se da al problema del conflicto móvil.

Cabe concluir por tanto que el sometimiento del régimen matrimonial primario a la ley designada para regir los efectos generales del matrimonio, separándolo de la reglamentación dada al régimen de bienes legal o convencional, no resulta funcional a la consecución de un grado elevado de seguridad jurídica, por lo que la alternativa contraria (el descargar a la noción de efectos generales de los elementos de contenido patrimonial) parece preferible, al menos desde esta perspectiva.

3. Ya hemos puesto de relieve cómo en todos los textos objeto de nuestro estudio, el criterio de la conexión más estrecha opera como criterios de cierre (Portugal, Austria y República Federal de Alemania) o como «cláusula de excepción» general (Suiza, además del criterio flexible del art. 46.2.º). Aun a riesgo de resultar reiterativo conviene insistir en el dato de que la indeterminación que caracteriza al criterio mencionado no se concilia fácilmente con la extraordinaria carga material-valorativa que subyace a toda la reglamentación de los efectos generales del matrimonio. Dicha indeterminación no resulta tampoco funcional al valor de la seguridad jurídica, aun cuando el funcionamiento del criterio de cierre resultará previsiblemente marginal, en cuanto su juego dependerá de la ausencia de un cúmulo de circunstancias suficientes para hacer casi inédito el criterio mencionado. Resulta verdaderamente difícil, por otra parte, imaginar otro criterio satisfactorio en los supuestos de ausencia de nacionalidad y residencia habitual común. No cabe referirse al lugar de celebración, por ser contradictorio con la mutabilidad de las primeras conexiones y quizás hubiera podido establecerse una cláusula residual de aplicación del Derecho del Foro, siempre que, naturalmente, las reglas de competencia judicial no resulten tan excesivamente amplias como las del artículo 44 del proyecto suizo o la del nuevo § 606 a) ZPO, únicos textos de los estudiados que proceden a la reforma no sólo de las reglas sobre Derecho aplicable sino también de las normas de competencia judicial internacional.

4. Por último, es necesario tratar, aunque sea someramente, el problema de la protección de los intereses del tercero de buena fe, en el supuesto de que la norma sobre efectos del matrimonio permita, aunque sea limitadamente, como en el texto alemán, la designación por los cónyuges de la ley aplicable a los mismos, máxime si en el contenido de la categoría regulada se incluyen normas de carácter patrimonial. Esa protección parece haber estado siempre muy presente a lo largo del proceso de elaboración de la reforma (101), lo que se explica por las amplias po-

---

(101) Nos referimos a la reforma producida en la R.F.A.; vid. en *Reform des deutschen ...*, cit., p. 177, las diferentes cláusulas propuestas en los diversos anteproyectos; sólo

sibilidades de opción ofrecidas a los cónyuges en materia de ley aplicable al régimen de bienes del matrimonio. La solución acogida en el texto alemán, aparte los requisitos formales de la opción que se ejercite (arts. 14 (4) y 15 (3) EGBGB), está contemplada en el artículo 16 de la nueva ley, y consiste en una *norma material autolimitada*, de extensión de determinados preceptos del BGB con independencia de la ley que rija los efectos generales o el régimen de bienes. En particular, en la materia que a nosotros interesa, los dos primeros incisos del artículo 16 (2) extiende la aplicación del § 1.362 a los bienes muebles que se encuentren en dicho país. Que la finalidad del precepto es la de asegurar un mínimo de protección al tercero de buena fe que se encuentre de alguna manera vinculado con el ordenamiento alemán, se confirma con el enunciado del último inciso: sólo resultarán aplicables los preceptos mencionados para el tercero de buena fe *en tanto en cuanto resulten más favorables que el Derecho extranjero*, normalmente aplicable en base al artículo 14. Sobre el juicio positivo que nos merece una cláusula como la apuntada, baste decir que se trata de uno de los muy escasos preceptos del proyecto gubernamental que no fue objeto de objeción alguna en las enmiendas del Instituto Max Planck (102), sin que sufriera en su tramitación parlamentaria más incidencias que la supresión del párrafo 3.º (sobre inscripción registral).

A título meramente informativo, pues quedan fuera del ámbito del estudio, conviene reseñar la existencia de normas de finalidad similar a la comentada en otros ordenamientos en los que se admite la designación por los cónyuges de la ley aplicable o algunos niveles de mutabilidad del régimen económico del matrimonio, aunque no en todos los estudiados. En el texto portugués ya hicimos mención de la norma contenida en el artículo 54.2.º del Código civil, que puede calificarse como una *norma material especial para supuestos de tráfico externo*, dado que el problema de la mutabilidad del régimen no existe en Derecho interno portugués, que sólo admite esa mutabilidad en los supuestos taxativamente enumerados en el artículo 1.715 del Código civil. También en el proyecto suizo se prevé una norma específica para las relaciones con un tercero, en una línea de continuidad con las soluciones recogidas en la LRDC (103), optando por una solución conflictual específica para los negocios concluidos con un tercero, con una excepción en el supuesto de que el tercero no hubiera actuado con la diligencia exigible. En el texto griego, el problema de la protección específica del tercero simplemente no se plantea, dada la inexistencia de posibilidades de opción y la inmutabilidad de la ley aplicable a las relaciones económicas.

---

en las Tesis de 1980 del Instituto no hay una cláusula específica, aunque los autores prevén el supuesto, inclinándose por una extensión del ordenamiento alemán a los casos en los que exista una fuerte relación con Alemania; cfr. P. DOPFFEL-K. SIEHR (Coord.), «*Thesen zur Reform des ...*», cit., p. 358.

(102) Vid., *RabelsZ.*, 1983, p. 721.

(103) Arts. 20 y 21 LRDC, art. 55 del proyecto; vid., *Bundesgesetz über das ... Schlussbericht der Expertenkommission*, cit., pp. 101-102 y 287.

No ocurre lo mismo con la ley austríaca y el proyecto italiano. En el primero de estos textos se prevé una casi ilimitada facultad de opción por la ley aplicable al régimen de bienes, sin cláusula alguna de protección del tercero contratante, lo que puede resultar sorprendente. En cuanto al proyecto italiano, el problema surge por la absoluta mutabilidad de la ley aplicable a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges (104) además de las limitadas posibilidades de elección de la ley aplicable al régimen de bienes (art. 16.3, norma que por cierto limita la opción temporalmente al momento de celebración del matrimonio, lo que contrasta con la regla interna del artículo 162. 2.º del Código civil italiano, que permite convenir sobre el régimen de bienes en cualquier momento constante matrimonio) (105). Por lo que se refiere a la absoluta mutabilidad de la ley aplicable al régimen del artículo 16.4.º prevé la posibilidad de que los cónyuges eviten el cambio de ley por pacto escrito. Ello resulta, a mi parecer, verdaderamente paradójico, si lo que así se pretende es proteger el tercero, pues deja en manos de los eventuales defraudadores (los cónyuges) la posibilidad de que el fraude se produzca efectivamente. Probablemente ha ocurrido que los autores del proyecto no han hecho sino transcribir al texto la regla actualmente contenida en el artículo 19.2.º de las Disposiciones sobre la Ley en general, pero sin que ahora concorra el presupuesto que justificaba esa norma: el que el marido pudiera servirse de un cambio de nacionalidad para obtener un resultado más favorable a sus intereses a costa de la mujer. Pero desaparecida la nacionalidad del marido como criterio de conexión, no tiene sentido mantener esa previsión, pues el interés necesitado de protección no es ahora el de un cónyuge supuestamente más débil frente al otro, sino el del tercero contratante y el del tráfico jurídico en general.

Cabe por tanto extraer una doble conclusión: en primer lugar, que resulta necesaria alguna forma de protección de los intereses del tercero de buena fe en tanto en cuanto la categoría de los efectos generales engloba ciertas materias de contenido patrimonial, dejando además cierto espacio para la designación autónoma de la ley aplicable; en segundo lugar que este resultado es susceptible de alcanzarse mediante la extensión a los supuestos de tráfico externo de las garantías previstas en el ordenamiento interno (solución adoptada en la R.F.A.), método que estimo particularmente idóneo; mediante el establecimiento de una solución *ad hoc* (lo que se justifica, en el caso de Portugal, por la ausencia de una regulación interna, dado que el problema se excluye de raíz en ese ordenamiento); o bien mediante su regulación conflictual autónoma (Suiza), método éste que supone un nuevo fraccionamiento de la regulación, aspecto sobre cuya inconveniencia ya nos hemos pronunciado con anterioridad.

(104) Cfr. E. VITTA, «Memoriale e progetto ...», *Problemi di riforma ...*, cit., p. 78.

(105) Cfr. E. VITTA, «Postilla e nuovo ...», *Problemi di riforma ...*, cit., pp. 680-681.

## II. EL PROYECTO DE REFORMA DEL TÍTULO PRELIMINAR DEL CODIGO CIVIL SOBRE RELACIONES ENTRE CONYUGES

### 1. *El proyecto de nuevo artículo 9.2.º del Código civil: antecedentes y aspectos de técnica jurídica*

#### A) **El artículo 9.2.º del Título Preliminar de 1974 y la Constitución española de 1978**

1. La reglamentación contenida en el formalmente vigente artículo 9.2.º del Código civil (106) forma parte, sin embargo, de una estructura legal, la del Título Preliminar del Código civil reformado en 1974 que poco o nada tiene que ver con el sistema de valores implantados en nuestro ordenamiento por obra de la Constitución de 1978. Incluso, cabe pensar que la norma introducida en 1974 quedó desfasada con anterioridad, a partir del momento en que por Ley 14/1975 de 2 de mayo, perdieron vigencia gran parte de las normas de los artículos 56 y ss. del Código civil, normas que anteriormente sometían a la mujer a la potestad marital de modo prácticamente ilimitado. Ello debe ponerse en conexión, a mi parecer, con la fortísima incidencia en esta materia de los valores materiales que inciden en la reglamentación interna del matrimonio (107).

En el Derecho español, la solución dada al problema de la ley aplicable a los efectos del matrimonio (108) ha estado marcada por una juris-

---

(106) Tanto A. P. ABARCA JUNCO, «Sobre los efectos o relaciones ...», cit., pp. 56-57, como J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, cit., pp. 181, mantienen la nulidad de dicho precepto en base a su derogación por los arts. 14 y 32 CE; la reciente STS (Sala 1.ª) de 6 de octubre de 1986 parece admitir implícitamente (aunque el resultado a que llega sea diverso por un problema de retroactividad) la validez de este razonamiento.

(107) La extraordinaria incidencia del orden público en esta materia se muestra con claridad en las primeras exposiciones de conjunto del sistema español de Derecho Internacional Privado: cfr. R. CONDE Y LUQUE, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Madrid, 1907, p. 115; J. R. DE ORÚE, *Manual de Derecho Internacional Privado Español*, Madrid, 1928, p. 356; J. M. TRIAS DE BES, *Derecho Internacional Privado. Sistema del Derecho español positivo*, Barcelona, 1932, p. 76; M. DE LASALA LLANAS, *Sistema español de Derecho civil Internacional e Interregional*, Madrid, 1933, p. 116.

Recuérdese la conclusión de M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO en su estudio sobre la jurisprudencia en materia de Estatuto Personal («Estatuto Personal y Orden Público en Derecho Internacional Privado español», *R.E.D.I.*, 1967, pp. 217 y ss., p. 245): «El Orden público interviene en numerosas materias de estatuto personal y lo hace en base personal, en función de la nacionalidad española de alguno de los elementos de la relación jurídica, y en base territorial, por la localización en suelo español de relaciones jurídicas entre extranjeros. Es suficiente para la aparición del Orden Público el contacto de la relación jurídica controvertida con el foro, en el momento de su constitución o de su invocación. La acción del Orden Público es total, no admite atenuación en su eficacia. Más que excepción es regla, habiéndose llegado a considerar que todo el Derecho español sobre personas es de Orden Público ...».

(108) Hasta el anteproyecto adoptado por la Comisión General de Codificación el 25 de enero de 1944 (vid. el texto en CÁTEDRA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. UNIVERSIDAD DE MADRID, *Textos y materiales de Derecho Internacional Privado*, vol. I, Madrid, 1970, pp. 45-46), art. 8. 2.º, bajo más que probable influencia del Código italiano

prudencia anterior y posterior al Código civil de 1889 que, frente al criterio de los comentaristas de Partidas como Gregorio López y bajo la influencia del Código albertino de 1865, hizo recaer en la ley nacional, y más concretamente en la ley nacional del marido, el criterio de conexión relevante en esta materia (109). Ello resulta coherente con los principios entonces vigentes en la ordenación interna de la familia: unidad jurídica de la familia (110), basada en el poder de dirección del marido y el correlativo deber de obediencia de la mujer (111). Correlativamente, y en franca contradicción con la mutabilidad de la ley aplicable en el supuesto de que exista nacionalidad común, el texto de 1974 establece una rigidez en la determinación temporal de la conexión para el supuesto, entonces ciertamente minoritario por el juego de las normas sobre nacionalidad, de que no exista nacionalidad común, declarando aplicable la ley del país de la nacionalidad del marido al tiempo de la celebración del matrimonio (112), con la evidente finalidad de evitar que un cambio de nacionalidad pueda ser utilizado para obtener un resultado más ventajoso en detrimento de la mujer.

---

de 1942, la expresión utilizada por la doctrina y la jurisprudencia españolas es la de *efectos personales del matrimonio*, y no la de *relaciones personales entre los cónyuges*. Vid., p. ej., R. CONDE Y LUQUE, *Derecho Internacional Privado*, cit., p. 113 («De los efectos civiles del matrimonio relativamente a los cónyuges»); J. R. DE ORÚE, *Manual de Derecho Internacional Privado ...*, cit., p. 355 («Efectos civiles del matrimonio, entre los cónyuges»); J. M. TRÍAS DE BES, *Derecho Internacional Privado ...*, cit., p. 75 («Efectos sobre la persona de los esposos»).

(109) R. CONDE Y LUQUE, *Derecho Internacional Privado*, cit., pp. 114-115; J. R. DE ORÚE, *Manual de Derecho Internacional Privado*, cit., p. 356 (que cita la opinión de SURVILLE, favorable a la aplicación de la ley personal de la mujer en defecto de nacionalidad común); J. M. TRÍAS DE BES, *Derecho Internacional Privado*, op. et loc. cit., con especial claridad; M. DE LASALA LLANAS, *Sistema español de Derecho Civil ...*, cit., p. 115.

(110) Unidad de la familia que se agudiza en 1954 con la reforma del Derecho de la Nacionalidad; vid. la Exposición de Motivos de la Ley de 15 de julio de 1954: «... se mantiene el principio de la unidad de la familia, como el más identificado con la tradición y los sentimientos de la Nación española y con el conjunto de nuestro sistema jurídico». Cfr. F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, t. II, Madrid, 1952 (manejo la edición facsímil de 1984), p. 422: «El vínculo familiar tiene valor primario; por ello la unidad familiar ha de ser respetada y reforzada por la legislación ... La unidad familiar requiere que los miembros de la familia (y sus mutuas relaciones) estén sometidos a las mismas leyes y que formen parte de un mismo Estado ...». Vid., sobre la nacionalidad de la mujer casada, pp. 424-427. Sobre la cuestión apuntada en el texto, vid. J. D. GONZÁLEZ CAMPOS en M. AGUILAR NAVARRO et al., *Derecho Civil Internacional*, Madrid, 1975 (vol. II del *Derecho Internacional Privado* del Prof. M. AGUILAR NAVARRO), pp. 385-386.

(111) Cfr. J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, en *Derecho Civil Internacional*, cit., pp. 386-387; como excepción a este orden de cosas debe mencionarse el sistema vigente durante la II República, basado en el principio de igualdad entre el hombre y la mujer, aunque el funcionamiento del sistema distara notablemente de dicho principio (cfr. J. PUENTE EGIDO, «Influencia del Derecho constitucional en la configuración de nuevas reglas de conflicto; examen de la jurisprudencia del T.S. de 1933 a 1937 en la determinación de la ley aplicable a las relaciones personales entre cónyuges», *R.E.D.I.*, 1972, pp. 327 y ss.); sobre el sistema durante la II República, resulta notable el intento de reconstrucción de M. DE LASALA LLANAS, *Sistema español de Derecho Civil ...*, cit., p. 117; vid., J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, loc. cit., p. 391.

(112) La solución del Título Preliminar de 1973-1974 procede de los Anteproyectos de 1944 y de 1962, este último idéntico a la regla del art. 9. 2.º; vid. los anteproyectos citados en CÁTEDRA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. UNIVERSIDAD DE MADRID, *Textos y materiales de ...*, cit., pp. 44-50.

Naturalmente, queda totalmente fuera de discusión la posibilidad de que existiera algún rescusio para la autonomía conflictual en esta materia, incluso en el ámbito limitado de la solución al conflicto móvil (salvo en el juego implícito de la voluntad en el supuesto de un cambio de nacionalidad común); ello se corresponde con la imperatividad de la ordenación material de la familia en base a los principios anteriormente enunciados, y contrasta con la solución adoptada en materia de relaciones patrimoniales, en la que las ilimitadas posibilidades de autorregulación en el Derecho interno, inmediatamente después ampliadas por la ley de 2 de mayo de 1975 (en materia de mutabilidad del régimen pactado, art. 1.320, con especial radicalidad), tienen su correlato en la norma sobre ley aplicable del artículo 9.3.º.

2. La entrada en vigor del texto constitucional de 1978 y, posteriormente, la reforma de la ordenación material de la familia por las leyes 11/1981 de 13 de mayo y 30/1981 de 7 de julio, suponen, sin embargo, un cambio radical en este orden de cosas, y convierten a la norma del artículo 9.2.º en un elemento arcaico y sin correlato en el ordenamiento jurídico español, más que en el propio ámbito del Título Preliminar (arts. 9.3.º y 4.º y 14.4.º). El aspecto que ha llamado más la atención es sin duda el que surge de la viva contradicción, al menos aparente, que existe entre los artículos 14 y 32 CE y el criterio de conexión basado en la nacionalidad del marido (o del padre) en los preceptos antes citados del Título Preliminar. Esa contradicción lleva a una parte significativa de nuestra doctrina (113), a mantener la derogación de dichos preceptos en cuanto actúan una diferencia de trato entre el hombre y la mujer sin motivo alguno. constitucionalmente atendible, que pudiera razonablemente justificar esa discriminación. Otra parte de la doctrina, más cauta, se limita a señalar la contradicción auspiciando una pronta reforma de los preceptos señalados (114).

No es, sin embargo, este problema el que constituye el objeto de este estudio. La polémica sobre la inconstitucionalidad o no de los números 2, 3 y 4 del artículo 9, y 4 del artículo 14, está destinada a resultar estéril en la medida en que, una vez iniciada la reforma, no proporciona ulteriores datos sobre el sentido que se le deba dar a la nueva norma sobre ley aplicable a los efectos o relaciones personales entre los conyuges (115).

---

(113) A. P. ABARCA JUNCO, «Sobre los efectos o ...», cit., pp. 56 y ss.; J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, cit., pp. 180-181.

(114) N. BOUZA VIDAL, en la Revisión a la 9.ª ed. de A. MIAJA DE LA MUELA, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Madrid, 1982, pp. 361-362; A. MARÍN LÓPEZ, *Derecho Internacional Privado Español. Parte Especial*, vol. II., Granada, 1982, p. 146 (que, sin embargo, no argumenta en base al art. 14 CE, sino en base a la Ley de 2 de mayo de 1975); M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, en M. AGUILAR NAVARRO et al., *Lecciones de Derecho civil internacional español*, Madrid, 1982, p. 208 (que tampoco argumenta en base al art. 14, sino por razones endógenas al texto de 1973-1974). En sentido crítico respecto al criterio de la nacionalidad del marido en supuestos de ausencia de nacionalidad común, vid., sin mención del principio constitucional de igualdad, E. PÉREZ VERA, *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, Madrid, 1980, p. 202.

(115) Todo ello sin perjuicio de que los argumentos en favor de la nulidad de los arts. 9. 2.º, 3.º y 4.º y 14. 4.º C.c. me parecen totalmente suscribibles [vid. la STS (Sala 1.ª)

Si acabamos de exponer cómo el artículo 9.2.º forma parte de un entramado normativo más amplio, con el que resultaba coherente, hemos de investigar ahora cómo el cambio estructural producido en nuestro ordenamiento repercute en la norma sobre ley aplicable y no sólo en cuanto a la posible nulidad de las conexiones empleadas sino en cuanto a la delimitación de su ámbito material, particularmente por lo que se refiere a sus fronteras con la norma sobre relaciones patrimoniales, a la técnica de reglamentación a emplear y en cuanto a su misma existencia.

3. Es en lo que se refiere al *ámbito material* de la norma en donde nuestra doctrina más atenta al cambio introducido por la Constitución de 1978, se ha mostrado más incisiva. En principio, existen materias cuya inclusión en la norma sobre relaciones personales no resulta particularmente problemática. En primer lugar, los artículos 66 a 71 del Código civil («De los derechos y deberes de los cónyuges») según la nueva regulación dada a dichos preceptos por la ley 30/1981 de 7 de julio; en ellos apenas se hace otra cosa que reiterar el principio de igualdad entre los cónyuges y establecer algunos «deberes» cuya principal función estriba en que su incumplimiento supone causa legal para la separación y el divorcio (arts. 82 y 86 C.c.), pero sin mayor relevancia jurídica pues, en general, resultan incoercibles (116). En segundo lugar, tampoco resulta especialmente problemática la ubicación sistemática de aquellos efectos del matrimonio que una legislación extranjera, declarada aplicable por el sistema español de Derecho Internacional Privado, atribuya al matrimonio. La regla general de calificación *lege fori* (art. 12.1.º C.c.) obligará a considerar dichos efectos, como el nombre de la mujer casada (117) o las posibles limitaciones a la capacidad derivadas del matrimonio, como incidentes del Estatuto personal de los cónyuges (118). Pero en todo

---

de 6 de octubre de 1986, anteriormente mencionada); sobre ellos, me permito de nuevo remitir al lector a mi tesis, inédita, *Principio di Eguaglianza ...*, cit., pp. 193 y ss.

(116) Sobre estos preceptos, vid. J. L. LACRUZ BERDEJO et al., *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo Título IV, Libro I, Código civil*, Madrid, 1982, con comentarios de J. M. LETE DEL RÍO (Arts. 66-67), J. L. LACRUZ BERDEJO (arts. 68 y 70), J. M. ALVAREZ CAPEROCHIPÍ (art. 69) y J. RAMS ALBESA (art. 71); J. L. LACRUZ BERDEJO, en J. L. LACRUZ BERDEJO-F. SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil, vol. IV, Derecho de Familia*, Madrid, 1984, pp. 173 y ss.; M. C. GETE-ALONSO Y CALERA, «Arts. 66-71», en M. AMORÓS GUARDIOLA et al., *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. I, Madrid, 1984, pp. 314 y ss.; L. DíEZ-PICAZO-A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, Madrid, 1985, pp. 105 y ss.

(117) En nuestro sistema de Registro civil se establece que «el nombre y apellidos de un extranjero se rigen por su ley personal» (art. 219 RRC), afirmación que luego, sin embargo, resulta matizada por el art. 137. 2.º RRC: «La mujer casada se designará con sus propios apellidos aunque usare el de su marido. La extranjera que, con arreglo a su ley personal, ostente el apellido de su marido, será designada con éste, pero se hará referencia, además, al apellido de nacimiento» (norma esta que no ha sido modificada por el R.D. 1.917/1986, de 29 de agosto, de reforma de determinados artículos del Reglamento del Registro Civil, *B.O.E.*, de 19 de septiembre, que sí modificó otros números del art. 137); sobre ello, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, «Aspectos recientes del nombre de las personas físicas en Derecho Internacional Privado español», *R.E.D.I.*, 1981, p. 609.

(118) En contra de la interpretación mantenida, A. MARÍN LÓPEZ, *Derecho Internacional Privado español*, cit., p. 140, que cita asimismo la opinión de E. PÉREZ VERA (*Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, cit., p. 200), aunque debe matizarse que la



caso habrá que tener en cuenta el posible juego de la cláusula de orden público (art. 12.3.º C.c.) en estas materias, dada la radicalidad con que se formulan en nuestro Derecho los principios de igualdad y libertad de pacto entre los cónyuges.

Pero sí que resulta opinable la posibilidad de incluir o no en la norma sobre relaciones personales el régimen matrimonial primario (119), cuestión sobre la que se ha mostrado favorables A. P. Abarca Junco y J.D. González Campos, mientras que N. Bouza Vidal parece admitirla implícitamente (120). La justificación de esa inclusión reside en la estructura del Derecho interno español en esta materia, que contempla el conjunto de los efectos y relaciones que surgen del matrimonio en base a dos principios de ordenación distintos entre sí y cada uno de ellos determinante de la regulación de un sector determinado: de un lado un *Estatuto general de los casados* que incluye tanto los derechos y deberes de los cónyuges como las reglas de base de la economía matrimonial, sector en el que la regulación es imperativa y funcionalmente ordenada hacia el valor superior de la igualdad de los cónyuges. Del otro, el ámbito estricto de las reglas particulares sobre la economía del matrimonio, nucleadas en torno al principio de libertad de pacto, dentro del ámbito dispositivo permitido por las normas pertenecientes al primer sector. Este entendimiento de la naturaleza imperativa de parte al menos de las normas incluidas en el artículo 9.2.º, conlleva a su vez una calificación de dichas normas como «normas materiales imperativas» (121), o «normas de aplicación inmediata» (122), o bien, más matizadamente, a señalar la previsible incidencia de la excepción de orden público en una materia tan fuertemente teñida de consideraciones material-valorativas (123).

Este es el estado de la cuestión en el momento en el que se elabora el anteproyecto en la Sección Primera de la Comisión General de Codificación. El resultado que se alcanza está, como veremos a continuación, fuertemente influido por consideraciones similares a las anteriormente expuestas y por ello su posible crítica es también una cierta crítica al modo en que ha incidido en la doctrina española la consideración de los nuevos valores materiales determinantes de la regulación legal de este sector del ordenamiento.

---

opinión de esta autora se refiere al Derecho material vigente con anterioridad a la reforma de 1981, lo que, por entonces, resultaba coherente.

(119) «Con el nombre de régimen matrimonial primario se conoce en la doctrina, desde hace poco tiempo, el conjunto de aquellas normas que, refiriéndose a la economía del matrimonio, se aplican a todos y cada uno de los celebrados, independientemente de si se rigen por un estatuto de comunidad o por uno de separación.» (J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, cit., p. 287).

(120) Explícitamente a favor de la inclusión de al menos algunas normas de ese régimen primario, A. P. ABARCA JUNCO, «Sobre los efectos o relaciones ...», cit., pp. 58-60; J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, cit., pp. 181-183.

(121) A. P. ABARCA JUNCO, «Sobre los efectos ...», cit., p. 58-59, al menos implícitamente: «La protección material a la familia que late en estas disposiciones más las consideraciones de crédito y la protección de los terceros que las informan *parece las hace aplicables a todos en el territorio nacional*» (el subrayado es mío).

**B) El Anteproyecto de reforma del artículo 9.2.º del Código civil elaborado por la Comisión General de Codificación. Aspectos de técnica jurídica.**

1. Lo primero que se aprecia en el texto publicado en diciembre de 1985 (124) es el empleo de términos distintos a los que se introdujeron en el Código en la reforma de 1973-1974; en vez de «relaciones personales y «relaciones patrimoniales», el nuevo texto emplea la expresión *efectos del matrimonio y régimen económico*. El cambio no creo que sea meramente terminológico si se pone en relación con lo que acabamos de apuntar a propósito de las ideas que parecen haber marcado la evolución de la doctrina española a partir de la Constitución de 1978. En efecto, la bipartición entre efectos del matrimonio y pactos por los que se estipule, modifique o sustituya el régimen económico puede considerarse como una trasposición al proyecto de la idea de que existe un ámbito de materias en el que siendo la regulación interna de carácter imperativo, la norma sobre ley aplicable debe asimismo configurarse con carácter objetivo, de manera que las posibilidades de autorregulación queden radicalmente excluidas; mientras que en la materia relativa a los pactos sobre el régimen económico, en la que la regulación interna está marcada por el principio dispositivo (125), cabe admitir la incidencia de la autonomía conflictual. Parece claro, por tanto, que el ámbito material de ambas nociones se corresponde con la idea de incluir en la noción de efectos del matrimonio (ahora no cualificados por el epíteto «personales») las normas del régimen matrimonial primario, tal y como hemos visto que propugna un sector significativo de la doctrina española.

2. Esta conclusión se hace incluso más evidente si del problema del ámbito material pasamos a la técnica de reglamentación empleada. Esta es en principio extremadamente sencilla: se trata de una norma de conflicto multilateral con criterios de conexión jerárquicamente ordenados (conexiones «en cascada», al igual que el modelo general que siguen los textos examinados en la perspectiva comparada) con primacía de la nacionalidad común y aplicación subsidiaria de la ley de la residencia habi-

(122) N. BOUZA VIDAL, en la Revisión a la 9.ª ed. de A. MIAJA DE LA MUELA, *Derecho Internacional Privado*, cit., pp. 372-373.

(123) J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, cit., pp. 182-183.

(124) El texto del anteproyecto de la C.G.C. del nuevo art. 9.3.º reza como sigue:  
«Los efectos del matrimonio se regularán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta Ley, por la de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio.»

Los pactos o capitulaciones por los que se estipule, modifique o sustituya el régimen económico determinado por la Ley que rija los efectos del matrimonio serán válidos cuando sean conformes bien a dicha Ley, bien a la Ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de los contrayentes al tiempo del otorgamiento.

La separación y el divorcio se regirán por la Ley que determina el art. 107.»

(125) La bipartición mencionada queda particularmente clara en J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, cit., pp. 288 y ss.

tual común y, por último, de la ley del lugar de la celebración del matrimonio.

Es precisamente el dato de que no se siga el modelo que se ha impuesto en el Derecho Comparado en la conexión de cierre (ley del lugar de la celebración, en lugar del criterio flexible de la conexión más estrecha), lo que proporciona la pauta principal de interpretación a los efectos de determinar los valores materiales que subyacen a la norma del anteproyecto, que no son otros que los mismos que determinan la reglamentación interna (igualdad de los cónyuges ante todo, en materia de efectos generales del matrimonio), trasponiendo la imperatividad de la reglamentación interna a una extraordinaria rigidez de la norma sobre ley aplicable. Esta conclusión resulta rotundamente confirmada por el dato de la extraordinaria rigidez de la determinación temporal de las dos primeras conexiones, al igual que ocurre en la conexión de cierre. Ni siquiera la voluntad manifiestamente objetivada por medio de un cambio de nacionalidad unido a un cambio de residencia habitual (normalmente previo) al país cuya nacionalidad se adquiere, podrá determinar un cambio de la ley aplicable a los efectos del matrimonio, cambio que, por el contrario, resulta perfectamente posible en materia de régimen económico (párrafo 2.º), también aquí por trasposición del principio dispositivo que rige esta última materia en el ordenamiento interno. De manera que la objetividad de las conexiones utilizadas y la solución de inmutabilidad dada al problema del conflicto móvil resultan un trasunto técnico del modo en que se configura, por el entendimiento ya expuesto de los principios actuantes en la regulación interna, el ámbito material de las categorías contenidas en el proyectado artículo 9.2.º

## *2. La realización de los valores constitucionales. Consideraciones críticas*

### **A) Igualdad entre los cónyuges y libre desarrollo de la personalidad**

1. La norma proyectada no cabe duda que es impecablemente respetuosa con el principio de igualdad entre los cónyuges. Ello resulta natural en cuanto es precisamente por reacción al precepto del artículo 9.2.º, tal como se configuró en 1973-1974, el principal motivo de la reforma en esta materia. También resulta coherente el precepto con el modo en que la recepción del principio de igualdad en el sistema de determinación de la ley aplicable ha sido entendido por la doctrina española más atenta a la nueva estructura de nuestro ordenamiento. Pero esta conclusión positiva no puede extenderse al otro principio que encabeza este apartado, el de libre desarrollo de la personalidad, que parece no haber sido tomado en cuenta más que en el sector del régimen económico del matrimonio (aunque cabe sospechar que la norma prevista en el segundo párrafo del artículo 9.3.º proyectado no responde tanto a la toma en consideración de este principio, cuanto a la influencia de algunos textos de Derecho Comparado y, sobre todo, del Convenio de La Haya sobre ley

aplicable al régimen matrimonial, cuyos preceptos pueden ser tomados como directo precedente) (126). Ello tiene también su explicación en el hecho de que la doctrina española que parece haber influido más directamente en el texto proyectado tampoco parece tomar en cuenta la existencia de este segundo principio, de modo que la crítica a la norma proyectada debe partir precisamente de las matizaciones que, en mi opinión, pueden añadirse a las ideas hasta ahora sustentadas.

2. No parece que se hayan extraído todas las consecuencias que se deducen de la nueva regulación del matrimonio a partir de las leyes 13/1981 de 13 de mayo y 30/1981 de 7 de julio. Es cierto, como apuntan los autores anteriormente mencionados, el carácter inderogable de los diversos preceptos del Capítulo 1.º, Título III, Libro IV del Código civil (127). Lo que ya no se comprende bien es porqué dicho carácter se predica de determinados preceptos del régimen matrimonial primario, pero no de todos; el que no se extienda la categoría del *Estatuto general de los casados* a las reglas del Capítulo 2.º (arts. 1.325-1.335), cuyo carácter inderogable resulta tan cierto como el de las reglas del Cap. 1.º. Las disposiciones de ambos capítulos, *todas ellas sin excepción*, son disposiciones comunes a los distintos regímenes de bienes admitidos en nuestro Código, y su aplicación no puede excluirse mediante pacto, resultando rigurosamente indisponibles.

El que este dato no haya sido tomado en cuenta por nuestra doctrina, tiene una explicación sencilla. El ámbito material de las «relaciones entre cónyuges» se extiende a aquellas materias que resultan ser concretizaciones en el plano legal del principio constitucional de igualdad, pero sin que en esa noción se incluyan aquellas otras normas del régimen matrimonial de base que derivan del principio de libre desarrollo de la personalidad (128). Directo precipitado de este principio son, en mi opinión, los artículos 1.325 y ss. del Código civil (Capítulo 2.º), así como los artículos 1.315 y 1.323. Todos ellos son inderogables por la voluntad

---

(126) Art. 3 Convenio de La Haya de 23 de octubre de 1986: «Le régime matrimonial est soumis à la loi interne désigne par les époux devant le mariage. Les époux ne peuvent désigner que l'une des lois suivantes: 1. La loi d'un des États dont l'un des époux a la nationalité au moment de cette désignation; 2. La loi de l'État sur le territoire duquel l'un des époux a sa résidence habituelle au moment de cette désignation ...». Art. 4: «Si les époux n'ont pas, avant le mariage, désigné la loi applicable à leur régime matrimonial, celui-ci est soumis à la loi interne de l'État sur le territoire duquel ils établissent leur première résidence habituelle après le mariage ...». Obviamente, el texto no es idéntico, pero sí creo que puede deducirse una notable influencia sobre el anteproyecto, que puede considerarse, comparando el conjunto de las dos reglamentaciones, como una especie de Convenio descafeinado (en lo que se refiere a las posibilidades de opción por la Ley aplicable).

(127) Que, sin que aparezca del todo evidente el porqué, N. BOUZA VIDAL y A. P. ABARCA JUNCO limitan a determinados preceptos de dicho Capítulo; en concreto, arts. 1.318 y 1.320. 1.º, y estos mismos más los arts. 1.321 y 1322, respectivamente.

(128) Así, la conexión del valor libertad con la nueva regulación de los arts. 1.315 y 1.325 y ss., aparece clara en L. DíEZ-PICAZO, «Art. 1.315», en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, cit., vol. II, pp. 1492 y ss.; vid., asimismo, M. AMORÓS GUARDIOLA, «De las Capitulaciones matrimoniales. Consideraciones Generales», *ibidem*, pp. 1515-1516.

de los cónyuges en nuestro Derecho interno y expresan, concretizándolo y marcando sus límites, un principio general de nuestro ordenamiento: el de libertad de pacto en materia de economía del matrimonio, que no es más que una especificación del principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad y libertad matrimonial.

3. De otra parte, el hecho de que esta materia esté regulada de modo imperativo en nuestro ordenamiento no quiere decir necesariamente que dichos preceptos deban conceptuarse como normas materiales imperativas (o normas de aplicación inmediata) en el sentido en que esta expresión se emplea en Derecho Internacional Privado (129). El carácter inderogable, en los supuestos de tráfico jurídico interno, de las normas que regulan esta materia *no tiene porqué significar necesariamente* que sean absolutamente imperativas para todos los supuestos en que un Juez español deba conocer de esta norma.

Buena prueba de ello son las modulaciones que, con respecto a la regulación contenida en los preceptos del Código civil, se encuentran en el propio ámbito jurídico español por efecto de la coexistencia en nuestro ordenamiento de una pluralidad de ordenamientos civiles aplicables, que contienen regulaciones notablemente discordantes entre sí y precisamente en materia de economía del matrimonio. La sola existencia de una regulación distinta a la contenida en los artículos 1.315 y ss. del Código civil en el propio ámbito del ordenamiento español, p. ej. en los artículos 7 y ss. de la Compilación de Derecho civil de Cataluña (y el ejemplo se escoge porque por ley 13/1980 de 20 de marzo de la Generalidad de Cataluña dicha Compilación fue reformada para adaptarse al principio constitucional de igualdad, entre otras finalidades), y distinta no sólo en cuanto a su sede formal sino también en su contenido, como no podía ser menos, demuestra suficientemente, a mi juicio, la impropiedad de calificar como *normas materiales imperativas* a las concretas normas del Código civil (130).

En mi opinión, el acusado carácter imperativo de las normas incluidas tanto en los artículos 66 y ss. como en los artículos 1.315 y ss. y 1.325 y ss. del Código civil, proviene, como ya hemos apuntado, de su carácter de expresión positiva y concretizadora de los *principios de regulación* (131) del sistema español de Derecho Internacional Privado en esta materia: los principios de igualdad del hombre y la mujer (arts. 66, 70, 71, 1.318, 1.320.1.º y 1.322 C.c.) y de libre desarrollo de la personalidad, o de libertad matrimonial (arts. 1.315, 1.323, 1.325, 1.326, 1.328 y 1.331 C.c.). Es el contenido de dichos principios de regulación lo que resulta absolutamente imperativo para un operador jurídico español, pero

(129) En contra, con claridad, A. P. ABARCA JUNCO y N. BOUZA VIDAL, vid. supra, notas 121 y 122.

(130) En un sentido similar al del texto, J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, cit., pp. 182-183.

(131) La terminología es de J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Derecho Internacional Privado. Introducción*, cit., pp. 27-29; un uso idéntico en M. VIRGÓS SORIANO, en VV.AA., *Derecho Internacional Privado. I.*, Madrid, 1985, pp. 77-78, que añade la precisión (toma de K. LARENZ) de «principios en forma de norma jurídica».

no necesariamente el contenido concreto de los preceptos del Código civil que formulan las reglas derivadas de dichos principios.

4. Debe considerarse además el carácter radicalmente distinto, con respecto a los anteriormente vigentes en el ordenamiento español, de los principios materiales que ahora resultan relevantes en la ordenación del matrimonio. El rígido sistema de limitaciones *propter imbecillitatem sexus* característico de la regulación vigente hasta hace bien pocos años, ha sido sustituido por principios, los que figuran en el epígrafe de este apartado, carentes de contenido limitador o negativo, sino que justamente, como contenido positivo, implican la apertura de ámbitos de libertad para la actuación de los cónyuges. Si en el sistema anteriormente vigente el anormal funcionamiento de la excepción de Orden Público traía su causa de ese carácter negativo y limitador de los principios entonces vigentes, habrá que suponer que el nuevo sistema deberá caracterizarse precisamente por su flexibilidad y ausencia de rigidez, así como por establecer los mayores ámbitos posibles de autorregulación a los sujetos privados.

Ello supone, a mi juicio y siguiendo lo mantenido en algún supuesto de la experiencia comparada (132), la admisibilidad de que sean los propios cónyuges los que, en supuestos en que exista algún tipo de conexión con ordenamientos distintos, determinen autónomamente cuál de entre los ordenamientos en presencia deberá regir los efectos de su matrimonio. Implica a su vez, la inadmisibilidad, en un juicio de optimización de los principios constitucionales, de una rigidez tan exagerada como la que se obtiene por vía de la determinación temporal de la conexión en el artículo 9.3.º del Anteproyecto (aparte otras consideraciones críticas que veremos en el siguiente apartado). Incluso, cabe sospechar la inconveniencia de mantener una norma específica que distingue los efectos del matrimonio de la regulación del régimen de bienes. Esta bipartición trae su causa de un ordenamiento que establece numerosos y graves efectos sobre la persona de los cónyuges (o, mejor dicho, sobre la persona de la mujer casada), con respecto a su capacidad, su sometimiento a la autoridad marital, etc., efectos radicalmente desterrados de nuestro ordenamiento a partir de la irrupción de los nuevos valores materiales. Si los principios actualmente determinantes de la regulación material de los efectos del matrimonio son en la actualidad exactamente los mismos que actúan en la regulación del régimen económico del matrimonio, conviene empezar a considerar la posibilidad de unificar el tratamiento de ambas materias en el sector del Derecho aplicable, abundando con ello en consecuencias que, como pasamos a ver a continuación, son extraíbles del principio de seguridad jurídica.

## B) Seguridad jurídica y protección del tráfico

1. De los tres aspectos deducibles del principio de seguridad jurídica sobre los que hemos fijado nuestra atención en el análisis compara-

(132) Cfr. F. STURM, «Zur Gleichberechtigung im deutschen ...», cit., pp. 168 y ss.

do, el primero de ellos, relativo a la fragmentación de la reglamentación de Derecho Internacional Privado, se presenta en el texto del Anteproyecto con características similares a lo descrito a propósito del sistema portugués, en el que, recordemos, también se trasladaba a la norma sobre efectos generales las reglas del régimen matrimonial de base. Pero además de esto, cabe imaginar algún supuesto en el que el distinto tratamiento dado a los efectos generales, al régimen de bienes y al divorcio (cuestión esta última que también aparece en la práctica íntimamente relacionadas con las dos anteriores), producirá un resultado no satisfactorio. Pensemos en un caso de divorcio de un matrimonio de alemán y española que optó por la aplicación del régimen de participación en las ganancias alemán (§§ 1.363 y ss. BGB) y estableció su primera residencia habitual en España y posteriormente, y por muchos años, en Francia. Un juez español, que puede resultar competente si la esposa estableció su residencia en España en el momento de producirse la quiebra conyugal (art. 22.3.º LOPJ), deberá aplicar, de conformidad con el Anteproyecto, la ley española a los efectos del matrimonio (primera residencia habitual común), la alemana el régimen de bienes (pues hubo opción por la misma) y, por último, la ley francesa al divorcio (residencia habitual común art. 107.1.º C.c.); no existe reenvío pues tanto el ordenamiento alemán (nuevo art. 15 (2) EGBGB) como el francés (art. 310 C.c. francés, reformado en 1981), aceptan su competencia para ser aplicados. Y si esto resulta insatisfactorio, nótese por añadidura que los ámbitos respectivos de las nociones de efectos generales, régimen económico y divorcio no son ni mucho menos idénticos en cada uno de los ordenamientos, lo que, a pesar de la obligación de calificar *lege fori* (art. 12.1.º) hará surgir sin duda problemas de adaptación prácticamente irresolubles.

2. Por lo que se refiere al segundo aspecto del principio de seguridad, relativo al uso de criterios insuficientemente determinados en prácticamente todos los textos de Derecho Comparado, no existe en absoluto en el texto del Anteproyecto. Pero nótese que junto a la *seguridad de orientación*, en sentido objetivo, relativa a la previsibilidad para los sujetos de las consecuencias de sus actos, existe asimismo una *seguridad de realización*, en sentido subjetivo, relativa a las expectativas que razonablemente se deben producir como consecuencia de actos objetivamente realizados o incluso de una voluntad objetivamente comprobable (133).

---

(133) Cfr. M. VIRGÓS SORIANO, *Derecho Internacional Privado*. 1, cit., p. 89, que remite a C. PAZ-ARES, «Seguridad jurídica y seguridad del tráfico», *R.D.M.*, 1985, pp. 7 y ss., vid., espec., pp. 10-14. Hago aquí un uso inverso de la categoría «seguridad de realización», según este último autor; en mi opinión resulta notablemente más inseguro, para el propio sujeto, el que se le mantenga la aplicación de una ley con la que manifiestamente no conserva conexión alguna [cfr. sobre un supuesto de este tipo la STS (Sala 1.ª) de 6 de octubre de 1986]. Ello se justifica por cuanto si en el tráfico jurídico mercantil (que es en el que PAZ-ARES formula la distinción) la profesionalidad de los sujetos intervinientes hace aconsejable entender por «seguridad de realización» lo que este autor mantiene, en el ámbito de las relaciones de familia, en las que la situación es en este punto la inversa, la seguridad a la que aspiran los sujetos se confunde prácticamente con una expectativa a que las consecuencias de los actos propios resulten razonablemente consecuentes con la propia voluntad manifestada, y objetivada por ende en un supuesto de conflicto móvil, siempre que no se afecte ni de lejos el confuso límite de la licitud.

Este aspecto posee importancia, en mi opinión, por cuanto la extraordinaria rigidez en la determinación temporal de los criterios de conexión utilizados en el proyectado artículo 9.3.º, convierte en insegura, en el segundo de los sentidos indicados, la reglamentación que se propone. Tomemos el siguiente ejemplo: un matrimonio de portugués y española estableció su primera residencia habitual en España trasladándose posteriormente a Portugal donde continuó residiendo durante décadas hasta la disolución del matrimonio. De conformidad con el artículo 9.3.º, en la redacción dada por el Anteproyecto, la ley española continuará siendo aplicable tanto a los efectos generales como al régimen de bienes del matrimonio, en defecto de opción expresa por la ley portuguesa, con independencia del dato de la absoluta integración del matrimonio en el vecino país. ¿Puede considerarse este resultado adecuado a la finalidad de obtener el mayor grado posible de seguridad jurídica?

En definitiva, lo que se pone de relieve con el ejemplo anterior, es que la norma proyectada no resulta funcional a la consecución del objetivo, propio de la *justicia de Derecho Internacional Privado* (134), de dar aplicación al ordenamiento más próximo o más estrechamente conectado a la relación jurídica en causa. Ello puede ser el resultado de una excesiva preocupación por evitar situaciones patológicas, que a veces conduce a una solución que para las situaciones no patológicas, estadísticamente mayoritarias produce un resultado insatisfactorio. En nuestro caso, el prurito de evitar que el cambio de nacionalidad o residencia pueda ser el efecto de una maquinación fraudulenta para producir un determinado efecto provoca una solución no satisfactoria para todos aquellos supuestos en que no exista la más mínima intención fraudulenta.

3. El Anteproyecto no prevé cláusula alguna de protección de los intereses del tercero, lo que resulta coherente con la absoluta rigidez de la norma proyectada (aunque resulte menos comprensible que tampoco se prevea cláusula alguna de salvaguardia para el supuesto de que se ejercite la opción prevista en el párrafo 2.º sobre el régimen económico). El problema surgiría, no obstante, si se aceptara la conclusión anteriormente alcanzada a propósito de la conveniencia de dar entrada a la autonomía conflictual en esta materia. Para ello, y en línea con lo preceptua-

---

(134) La expresión, como contrapuesta a *justicia material*, proviene de G. KEGEL, «Begriffs- und Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht», *Festschrift für H. LEWALD*, Basilea, 1953, pp. 259 y ss., vid., espec. pp. 270 y ss.; id., *Internationales Privatrecht*, cit., 1985, pp. 71-75; la contraposición entre este par de conceptos es un tópico clásico en las reflexiones de carácter general sobre nuestra disciplina de las últimas décadas; por ello excluyo ulteriores referencias bibliográficas. No obstante, como una posición extrema, valgan las palabras de F. STURM, en L. RAAPE-F. STURM, *Internationales Privatrecht*, vol. I, Munich, 1977, p. 203: «Nicht Entscheidungsharmonie heisst unser Ideal, sondern Ergebnisse, die unser Menschen- und Grundrechtsverständnis nicht verletzen ...». A esta opinión, responde P. H. NEUHAUS («Abschied von Savigny?», *RabelsZ.*, 1982, p. 22): «Was zunächst als Reaktion auf den totalitären Staat begann -die verfassungsmässige Formulierung nicht nur programmatischer, sondern aktueller Grundrechte-, droht in einen national beschränkten Positivismus auf Kosten der Anwendung ausländischen Rechts umzuschlagen.» Por mi parte, espero no resultar merecedor del reproche del profesor de Hamburgo.



do en el nuevo artículo 16 EGBGB, bastaría con añadir un nuevo párrafo en el que se previera la necesaria aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.317 (sobre modificación del régimen de bienes), que se cualificaría de este modo como *norma material imperativamente aplicable a los supuestos de tráfico externo*, y la aplicación a los negocios realizados en nuestro país (*rectius*, a los negocios realizados en el ámbito de aplicación del Código civil, con pleno respeto a los Derechos civiles forales o especiales allí donde existan) (135) de los artículos 1.319, párrafo 2.º, 1.320, párrafo 2.º y 1.322 del Código civil, que quedarían de este modo conceptuados como *normas materiales espacialmente condicionadas*. Con ello creo que se asegura la protección de los intereses del tráfico jurídico general, y no sólo los del tercero contratante, lo que se derivaría de la aplicabilidad del 1.319, párrafo 2.º, sin tener en cuenta lo dispuesto en los dos preceptos que le siguen en el orden de nuestro Código.

### 3. *Conclusión: hacia una solución alternativa para la reforma del artículo 9.2.º del Código civil*

1. La futura reforma del artículo 9.2.º del Código civil debería tener en cuenta, junto al principio de igualdad entre el hombre y la mujer, el de libertad matrimonial, o de libre desarrollo de la personalidad. Del juego conjunto de ambos principios se desprende un ámbito de autonomía para los cónyuges que encuentra su límite en el principio de seguridad jurídica y las consecuencias que éste último implica en cuanto a la necesidad de proteger los intereses generales del tráfico jurídico.

2. Ello supone, en tanto en cuanto se quiera proceder a una optimización de los principios antes enunciados, la posibilidad de dar entrada a la designación por los cónyuges de la ley aplicable a los efectos o relaciones que surjan del matrimonio, de entre aquéllas con las que exista una conexión objetiva.

3. No existe, en la estructura del ordenamiento español, un ámbito, el de las relaciones o efectos personales, que esté sometido a principios materiales distintos a los que determinan la regulación del régimen matrimonial de bienes. De ahí que resulte discutible la conveniencia de mantener una reglamentación separada, en cuanto a la determinación del Derecho aplicable, para los efectos personales, distinta de la existente para el régimen de bienes.

4. Para el supuesto de que, no obstante, se mantenga la reglamentación separada, deberá tenderse a una reglamentación lo más parecida

---

(135) Precisión que resulta necesaria por cuanto las reglas del régimen primario no rigen en todo el territorio nacional (art. 149.1. 8.ª CE y art. 13 C.c.); en vano se buscará, p. ej., en la Compilación de Derecho civil de Cataluña una norma de contenido similar al art. 1.320 C.c., que tampoco regirá supletoriamente más que en el muy dudoso caso de que se considere que dicho precepto no es contrario a las disposiciones (cfr. art. 7 Comp.) ni a los principios que informan el ordenamiento jurídico de Cataluña (arg. ex art. 1 y D.F. 4.ª *in fine* Comp.).

posible en ambas materias, con especial atención, asimismo, a lo previsto en la norma sobre ley aplicable al divorcio.

5. Por lo que se refiere a la mutabilidad de la ley aplicable, nada obsta para admitir la mutabilidad automática siempre que se incluya una garantía con relación a los terceros, y que exista la posibilidad de que los cónyuges opten por el mantenimiento de la ley anterior.

6. Para los supuestos en que no se ejerza la opción, resulta aceptable la técnica de la norma de conflicto multilateral con conexiones subsidiariamente aplicables en base a la nacionalidad común (siempre que la existencia de esa nacionalidad común no sea efecto del cambio de nacionalidad de uno de los cónyuges por efecto del matrimonio), a la residencia habitual común y a la ley española, siempre que los tribunales españoles resulten competentes (para aproximar la solución en esta materia a los criterios del art. 107. 1.º C.c. en materia de divorcio). Ello es posible a partir de las reglas de competencia judicial establecidas en esta materia y resulta preferible a la indeterminación a que conduce el uso del criterio de cierre más utilizado en una perspectiva comparada, la conexión «más estrecha».

7. Por último, resulta conveniente el uso de métodos de reglamentación distintos (normas materiales imperativas y espacialmente autolimitadas) para la adecuada protección de los intereses del tercero contratante, sobre el modelo de la reciente reforma producida en la República Federal de Alemania.