

EFECTOS DEL MATRIMONIO EN DIPr.

trabajo original de investigación que, de conformidad con la normativa vigente, presenta **Rafael Arenas García** a la segunda prueba para la provisión de dos plazas de Catedrático de Universidad en el Área de Derecho Internacional Privado del Departamento de Derecho y Economía Internacionales de la Universitat de Barcelona (Res. de 15 de noviembre de 2001, *B.O.E.*, 4-XII-2001).

Barcelona, marzo de 2003

SUMARIO

Abreviaturas utilizadas.	V
I. Introducción.	1
II. Delimitación del objeto de estudio.	6
<i>1. La categoría “efectos del matrimonio”.</i>	6
A) La sociedad conyugal.	6
a) Obligaciones personales.	6
b) Obligaciones patrimoniales.	12
c) Efectos del matrimonio y disolución del vínculo.	17
B) Incidencia del matrimonio en otras relaciones jurídicas.	20
a) Planteamiento.	20
b) Capacidad y derechos de la personalidad.	22
c) Relaciones jurídicas entre los cónyuges.	28
d) Relaciones jurídicas con terceros.	32
e) Matrimonio y Derecho público.	34
<i>2. La categoría “matrimonio”.</i>	36
A) El matrimonio canónico.	36
a) La incidencia del Derecho canónico en la regulación civil del matrimonio.	36
b) Del matrimonio romano al matrimonio canónico.	38
c) Las características del matrimonio canónico.	40
B) La secularización del matrimonio en Europa.	42
a) La herencia canónica.	42
b) Matrimonio y procreación.	46
c) La disolubilidad del vínculo.	49
C) El matrimonio en las culturas no occidentales.	51
a) La importancia de la calificación.	51
b) La identificación de una comunidad de vida entre los cónyuges.	53
c) El matrimonio poligámico.	55
D) La convivencia no matrimonial.	59
a) Las parejas de hecho.	59
b) Otras formas de convivencia.	72

III. Competencia judicial internacional	73
<i>1. El sistema de “Bruselas I”.</i>	73
A) La exclusión de los regímenes matrimoniales en el sistema “Bruselas I”.	73
a) Los efectos personales del matrimonio.	73
b) Los alimentos entre cónyuges.	73
c) Los efectos patrimoniales del matrimonio: examen de los diferentes supuestos.	76
d) Las relaciones jurídicas accesorias al matrimonio o a su disolución.	80
e) La calificación funcional de la categoría “regímenes matrimoniales”.	86
B) La aplicación del sistema “Bruselas I” en materia de efectos del matrimonio.	88
a) Sistema “Bruselas I” y relaciones vinculadas al matrimonio.	88
b) La problemática de las parejas de hecho.	93
c) Régimen de alimentos.	97
<i>2. El Reglamento 1347/2000.</i>	102
A) El ámbito de aplicación del Reglamento: separación Judicial, divorcio y nulidad.	102
a) La delimitación del ámbito de aplicación del Reglamento.	102
b) Tratamiento de las cuestiones vinculadas al procedimiento matrimonial y excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento.	104
B) La calificación matrimonial en la aplicación del Reglamento 1347/2000.	107
a) Los presupuestos de la calificación.	107
b) La concreción de la calificación.	109
<i>3. El Derecho autónomo español.</i>	111
A) Los foros por razón de la materia en el ámbito matrimonial.	111
a) La regla de competencia respecto a las relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges, nulidad, separación y divorcio.	111
b) La competencia respecto a las cuestiones conexas al procedimiento matrimonial.	114
B) La determinación de la competencia territorial en los Supuestos heterogéneos.	119
a) La aplicación del art. 769 de la LEC.	119
b) Las cuestiones no resueltas por el art. 769 de la LEC.	121

C) La aplicación de los foros generales.	124
a) La sumisión en materia matrimonial.	124
b) La <i>derogatio fori</i> en materia matrimonial.	128
D) La virtualidad de otros foros competenciales.	130
IV. Derecho aplicable.	132
<i>1. El ámbito de la ley rectora de los efectos del matrimonio.</i>	<i>132</i>
A) De las relaciones entre cónyuges a los efectos del matrimonio.	132
a) Los efectos del matrimonio.	132
b) Las relaciones entre los cónyuges.	134
B) Incidencia de la ley rectora de los efectos del Matrimonio en las relaciones jurídicas no matrimoniales. ...	137
a) La formulación de la regla de aplicación del art. 9.2 del C.c.	137
b) Efectos del matrimonio y relaciones de los cónyuges con terceros.	139
c) Incidencia de los convenios internacionales.	142
C) Publicidad del régimen económico matrimonial.	145
a) La necesidad de proteger la seguridad del tráfico.	145
b) La publicidad del régimen económico matrimonial en los diferentes Registros Públicos.	147
c) Limitaciones de la publicidad registral en el ámbito internacional.	150
D) La terminación del vínculo.	156
a) Nulidad matrimonial.	156
b) Separación y divorcio: planteamiento de la problemática existente.	158
c) Las medidas previas y provisionales.	161
d) Desarrollo del proceso.	166
e) Disolución del vínculo por causas diferentes del divorcio.	169
<i>2. La interpretación de los puntos de conexión.</i>	<i>173</i>
A) Las conexiones objetivas.	173
a) Carácteres generales de la regulación.	173
b) Ley personal común de los cónyuges.	176
c) Primera residencia del matrimonio tras la celebración.	179
d) Lugar de celebración del matrimonio.	181
B) La autonomía de la voluntad de los cónyuges.	184
a) Intereses en presencia.	184
b) La exigencia de que la elección se realice en “documento auténtico”.	186
c) Identificación del Derecho español aplicable en los supuestos de elección.	188

C) Las capitulaciones matrimoniales.	189
a) Función del art. 9.3 del C.c.	189
b) Identificación del Derecho aplicable a las capitulaciones matrimoniales.	191
c) Articulación de los Derechos designados por los apartados 2 y 3 del art. 9 del C.c.	194
<i>3. La aplicación de la ley designada.</i>	195
A) Problemas calificatorios y de adaptación.	195
a) Articulación entre las normas de conflicto en materia de efectos del matrimonio y de sucesiones.	195
b) Los supuestos de inadaptación.	198
B) La excepción de orden público y las normas materiales Imperativas.	201
a) Planteamiento.	201
b) Los efectos personales del matrimonio.	203
c) Los efectos patrimoniales del matrimonio.	204
BIBLIOGRAFÍA CITADA.	209
JURISPRUDENCIA CITADA.	223
I. Jurisprudencia comunitaria.	223
II. Jurisprudencia española.	223
<i>1. Tribunal Constitucional.</i>	223
<i>2. Tribunal Supremo,</i>	223
<i>3. Tribunales Superiores de Justicia.</i>	224
<i>4. Audiencias Provinciales.</i>	224
<i>5. Resoluciones de la DGRN.</i>	225
III. Jurisprudencia extranjera.	225

ABREVIATURAS UTILIZADAS

Abs.	Absatz
AC	<i>Actualidad Civil</i>
ADC	<i>Anuario de Derecho Civil</i>
AEDIPr.	<i>Anuario Español de Derecho internacional privado</i>
AP	Audiencia Provincial
Art.	Artículo.
B.D. Aranzadi	<i>Base de Datos Aranzadi Westlaw</i>
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
B.O.E.	<i>Boletín Oficial del Estado</i>
CB	Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968
C.c.	Código Civil
CCJC	<i>Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil</i>
CE	Constitución Española de 1978
CF	Código de Familia de Cataluña
CIEC	Comisión Internacional del Estado Civil
CJI	Competencia judicial internacional
CL	Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1968
coord.	coordinador
CS	Código de Sucesiones de Cataluña
DGRN	Dirección General de Registros y del Notariado
DIPr.	Derecho internacional privado
dir.	director
DN	<i>Derecho de los Negocios</i>
DOCE	<i>Diario Oficial de las Comunidades Europeas</i>
DOGC	<i>Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya</i>
ed.	Editor/edición
EGBGB	Einführungsgesetz zum Burgerlichen Gesetzbuche
Fdo.	Fundamento
ICLQ	<i>International and Comparative Law Quarterly</i>
IPRax.	<i>Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrecht</i>
Journ. dr. int.	<i>Journal du droit international</i>
La Ley: Com. eur.	<i>La Ley (Comunidades Europeas)</i>
LAU	Ley de Arrendamientos Urbanos
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LRC	Ley del Registro Civil
LUEP	Ley de Uniones Estables de Pareja de Cataluña
RabelsZ.	<i>Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht</i>
RAJ	<i>Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia</i>
RCDP	<i>Revista Catalana de Dret Privat</i>
RCEA	<i>Revista de la Corte Española de Arbitraje</i>
Rec.	<i>Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Primera Instancia</i>
RDCE	<i>Revista de Derecho Comunitario Europeo</i>

<i>REDI</i>	<i>Revista Española de Derecho Internacional</i>
<i>Rev. crit. dr. int. pr.</i>	<i>Revue critique du droit international privé</i>
<i>R. des C.</i>	<i>Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye</i>
<i>RH</i>	Reglamento Hipotecario
<i>RIE</i>	<i>Revista de Instituciones Europeas</i>
<i>Riv. dir. int.</i>	<i>Rivista di diritto internazionale</i>
<i>Riv. dir. int. pr. proc.</i>	<i>Rivista di diritto internazionale privato e processuale</i>
<i>RGLJ</i>	<i>Revista General de Legislación y Jurisprudencia</i>
<i>RJC</i>	<i>Revista Jurídica de Catalunya</i>
<i>RRC</i>	Reglamento del Registro Civil
<i>RRM</i>	Reglamento del Registro Mercantil
<i>Sent.</i>	Sentencia
<i>STC</i>	Sentencia del Tribunal Constitucional
<i>STJCE</i>	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
<i>STS</i>	Sentencia del Tribunal Supremo
<i>STSJ</i>	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
<i>t.</i>	tomo
<i>TC</i>	Tribunal Constitucional
<i>TCE</i>	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea
<i>TJCE</i>	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
<i>trad.</i>	traducción
<i>TSJ</i>	Tribunal Superior de Justicia
<i>UCM</i>	Universidad Complutense de Madrid
<i>vol.</i>	volumen

I. Introducción.

El tema objeto de este trabajo, los efectos del matrimonio en el DIPr. carece prácticamente de estudios monográficos en nuestra doctrina. Hasta el momento esta cuestión solamente había sido tratada; además de en las partes correspondientes de los manuales de nuestra disciplina¹ y en los diferentes comentarios al Código Civil²; en dos excelentes trabajos de M.A. Amores Conradi y J.M^a Espinar Vicente, anterior y posterior respectivamente a la reforma del art. 9 realizada en el año 1990³. Se trata, por otra parte, de estudios que se ocupan básicamente, de la problemática propia del Derecho aplicable, habiéndose dedicado mucha menos atención a las cuestiones relativas a la competencia judicial internacional. Este déficit apenas se ha visto paliado por la proliferación de comentarios del Reglamento 1347/2000 ya que, tal como veremos, este instrumento no incide más que de una forma tangencial en la materia que nos ocupa.

Lo anterior no implica que determinados aspectos de los efectos del matrimonio no hubiesen sido objeto de atención doctrinal. Así, al hilo del análisis de las crisis matrimoniales se ha tenido ocasión de reflexionar sobre cuestiones vinculadas a los efectos del matrimonio⁴; y los efectos patrimoniales del matrimonio han sido materia de

¹. J.C. Fernández Rozas y S.A. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 2^a ed. 2001, pp. 482-487; A.-L. Calvo Caravaca y J.Carrascosa González, “Efectos del matrimonio”, en *id. (dir.), Derecho internacional privado*, Granada, Comares, vol. II, 3^a ed. 2002, pp. 77-98; A.P. Abarca Junco, “Efectos del matrimonio”, en E. Pérez Vera (dir.), *Derecho internacional privado*, Madrid, UNED, 2001, vol. II, pp. 123-135; M. Aguilar Benítez de Lugo, “Efectos del matrimonio”, en M. Aguilar Benítez de Lugo y otros, *Lecciones de Derecho civil internacional*, Madrid, Tecnos, 1996, pp. 146-171; M.A. Amores Conradi, “Efectos del matrimonio”, en J.D. González Campos y otros, *Derecho internacional privado. Parte especial*, Madrid, Eurolex, 6^a ed. 1995, pp. 329-354.

². Señaladamente, por M.A. Amores Conradi (“Artículo 9, apartados 2 y 3”, en M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t-I, vol. 2, Madrid, EDERSA, 2^a ed. 1995, pp. 181-205). Deben destacarse también los comentarios de A. Borrás Rodríguez al hilo de la reforma de los apartados 2 y 3 del art. 9 del C.c. en 1990 por medio de la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo (“Artículo 9.2”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 447-454; “No discriminación por razón de sexo: Derecho internacional privado español”, *ADC*, 1991, t-XLIV, fasc. I, pp. 233-249)

³. M.A. Amores Conradi, “Las relaciones entre cónyuges en el nuevo Derecho internacional privado de la familia: valores jurídicos y técnicas de reglamentación”, *ADC*, 1987, vol. 40, fasc. 1, pp. 89-138; J.M^a Espinar Vicente, *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 251-319. En relación a los efectos personales del matrimonio, con anterioridad a la reforma de 1990, cabe destacar el trabajo de A.P. Abarca Junco “Sobre los efectos o relaciones personales entre los cónyuges en Derecho internacional privado”, *REDI*, 1983, vol. 35, núm. 1, pp. 43-60.

⁴. Así, por ejemplo, en lo que se refiere al debate acerca de la delimitación entre la ley de la crisis y la ley de los efectos; *vid.* J.D. González Campos y A.P. Abarca Junco, “Normas de Derecho

varios trabajos, algunos de ellos de carácter monográfico⁵. Todos estos logros, sin embargo, no suplen –a mi entender– la ausencia de un estudio que se extienda tanto a los efectos personales como a los efectos patrimoniales del matrimonio y que considere tanto la problemática del Derecho aplicable como la de la competencia judicial internacional. El trabajo que aquí se presenta no pretende cubrir esta laguna sino servir de acicate para que esta tarea se convierta en objeto de atención por parte de nuestra doctrina, aportando simplemente un catálogo de algunos de los problemas que creo deberían ser abordados por esta línea de investigación y avanzando algunas propuestas de análisis que, en su mayoría, pretenden únicamente ser punto de inicio del debate científico.

El arranque del trabajo que seguirá es el intento consciente de dotar de sustantividad a la categoría efectos del matrimonio, negando la equivalencia entre este concepto y el de relaciones entre los cónyuges. En la parte del estudio dedicada al sector del Derecho aplicable se desarrollará esta idea que, creo, ha condicionado de una forma decisiva la mayoría de los acercamientos que se han producido en nuestra doctrina hacia este fenómeno. Desde la perspectiva que aquí se defenderá, por el contrario, tiene pleno sentido referirse a una categoría de efectos del matrimonio que supera a las relaciones entre los esposos. La influencia que despliega el vínculo matrimonial en las relaciones que mantengan los cónyuges con terceros en determinadas circunstancias y la forma en que el vínculo conyugal incide en las relaciones entre los esposos que no derivan su causa del matrimonio justifica una interpretación literal del supuesto de hecho del art. 9.2 que desplegará algunas consecuencias relevantes en la articulación del Derecho designado por este precepto y el rector de las diferentes relaciones o situaciones jurídicas que vinculan a los cónyuges entre sí o con terceros. La idea que servirá de base a este desarrollo es la de que el Derecho al que en cada caso nos remita el apartado segundo del art. 9 del C.c. será el que determine la forma en que el vínculo matrimonial

internacional privado”, en J.L. Lacruz Berdejo (coord.), *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil*, Madrid, Civitas, 2^a ed. 1994, pp. 1329-1358; J.D. González Campos, “Derecho de familia. El matrimonio”, en J.D. González Campos y otros, *Derecho internacional privado. Parte especial*, Madrid, Eurolex, 6^a ed. 1995, pp. 289-328.

⁵. M.P. Diago Diago, *Pactos o capitulaciones matrimoniales en Derecho internacional privado*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 1999; E. Rodríguez Pineau, *Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales*, Granada, Comares, 2002.

incide en estas relaciones o situaciones, permitiendo así ofrecer una solución unitaria a la “dimensión externa” del régimen económico matrimonial⁶.

Esta interpretación del supuesto de hecho del art. 9.2 del C.c. implica que el análisis que se intente no podrá operar más que a partir de la consideración de las diferentes manifestaciones en el Derecho material de la influencia que despliega el vínculo conyugal. No se trata de una perspectiva novedosa. Tanto en el sector de la competencia judicial internacional como en el del Derecho aplicable ha resultado imposible eludir la consideración del contenido del Derecho material al interpretar las consecuencias de la exclusión de los regímenes matrimoniales del ámbito de aplicación tanto del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 como del Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales⁷. En la exposición que seguirá intentaré que esta consideración del Derecho material no perjudique a la lógica propia del DIPr., que creo ha de operar, con carácter general, con independencia del contenido de cada concreto Derecho material; aunque siempre sin desconocer cuáles son los principios que inspiran a éste último. Con el fin de conseguir este objetivo he optado por realizar una exposición sumaria de los efectos más significativos del vínculo conyugal en el Derecho material en el apartado II.1 del estudio, remitiéndome en los apartados III (competencia judicial internacional) y IV (Derecho aplicable) a las consideraciones expuestas en el apartado II. En éste no he pretendido realizar una exposición exhaustiva de las distintas manifestaciones de la incidencia del matrimonio en las relaciones entre los cónyuges y con terceros, sino que me he limitado a realizar un acercamiento impresionista que parte del contenido de los Derechos civiles españoles y utiliza de una forma muy moderada el Derecho comparado. La razón de ello es que en esta parte del trabajo pretendo únicamente que los ejemplos que se presentan sirvan de ilustración de las distintas manifestaciones de los efectos que articulan la exposición⁸; sin pretender realizar un estudio comparado que desbordaría las dimensiones de este trabajo y la capacidad de su autor.

En la categoría “efectos del matrimonio” desde siempre se ha planteado como problemática la identificación de tales efectos y la articulación de las regulaciones

⁶. *Vid.* E. Rodríguez Pineau, *op. cit.*, pp. 135-165.

⁷. Para los desarrollos en relación con estos extremos me remito a los apartados III.1.A) y IV.1.B).

⁸. Por una parte todo lo relativo a la ordenación de la sociedad conyugal y por otro la incidencia del matrimonio en relaciones jurídicas no matrimoniales, tanto entre los cónyuges como de éstos con terceros.

específicamente matrimoniales y no matrimoniales que confluyen en un supuesto dado⁹. En la actualidad, también el concepto de matrimonio se muestra como problemático. Esto es debido, por un lado, a la admisión en determinados ordenamientos del fenómeno, hasta ahora extraño, de los matrimonios entre personas del mismo sexo; lo que origina la necesidad de pronunciarse acerca del reconocimiento en otros ordenamientos de tales matrimonios y el régimen de las relaciones entre los cónyuges en este tipo de matrimonios. Por otro lado, la proliferación de las regulaciones sobre las parejas de hecho hace necesario que nos pronunciamos sobre la aplicabilidad (o no) a este tipo de relaciones de la normativa de DIPr. en materia matrimonial y, en concreto, de la regulación competencial sobre litigios entre cónyuges y de las normas de conflicto que regulan el Derecho aplicable a los efectos del matrimonio. Finalmente, la estrecha comunicación entre culturas propia de nuestros tiempos implica que son cada vez más frecuentes los supuestos en los que nuestros órganos jurisdiccionales han de pronunciarse sobre cuestiones que surgen en relación a matrimonios constituidos en ordenamientos alejados de las concepciones que nos son propias¹⁰; debiendo concretarse la forma de articulación de tales instituciones en nuestro ordenamiento.

La existencia de estas dificultades en la interpretación del concepto de matrimonio en el DIPr. hacen aconsejable desarrollar de forma autónoma el problema de la determinación de este concepto en relación con los supuestos heterogéneos. El apartado II.2 del estudio se dedica a este fin. Para ello se intenta identificar cuáles son los caracteres esenciales del matrimonio en nuestra propia cultura jurídica, tomando como punto de arranque del análisis los Derechos romano y canónico para, a partir de ellos, identificar las alteraciones que se han derivado de la secularización de la institución en los dos últimos siglos. Una vez identificados los caracteres esenciales de la figura en nuestra cultura jurídica nos encontraremos en situación de poder abordar el tratamiento de aquellas figuras que se denominan matrimonios en otro ordenamiento, pero que presentan diferencias relevantes respecto al matrimonio regulado en el Derecho español (matrimonio entre personas del mismo sexo, matrimonio poligámico, etc.). La concreción de estos caracteres esenciales del matrimonio resultará también útil en relación con el tratamiento jurídico de las parejas de hecho, cuestión que no puede ser obviada en un estudio sobre los efectos del matrimonio en tanto en cuanto el debate

⁹. Así, por ejemplo, en materia de donaciones entre cónyuges, *vid.* P. Jiménez Blanco, “El Derecho aplicable a las donaciones”, *REDI*, 1997, vo. XLIX, núm. 1, pp. 63-89, pp. 73-77.

¹⁰. Así, por ejemplo, en los casos de matrimonios poligámicos (*infra* apartado II.2.C).

acerca de la posibilidad de aplicar analógicamente la normativa matrimonial a las parejas de hecho ya ha llegado al DIPr.¹¹.

Los desarrollos del apartado II del trabajo operan, pues, como presupuesto de los dos siguientes epígrafes, dedicados al estudio de la regulación de la competencia judicial internacional que resulta relevante a nuestros fines y de la normativa de Derecho aplicable reguladora de los efectos del matrimonio en el sistema español de DIPr. Creo que pocas explicaciones necesitan estos dos últimos epígrafes del estudio. En el primero de ellos se ha optado por estudiar esta regulación partiendo de las diferentes fuentes de regulación (Sistema de Bruselas I, Reglamento 1347/2000 y Derecho autónomo español). Las relaciones entre los distintos instrumentos no son objeto de atención especial, pues se parte de que no existen dificultades acerca de la aplicación preferente de la normativa comunitaria e internacional respecto al Derecho autónomo y de que los problemas que plantea la coexistencia de los distintos instrumentos que integran el sistema de Bruselas I (Convenio de Bruselas en sus distintas versiones, Convenio de Lugano y Reglamento 44/2001) exceden el objeto de este trabajo. De esta forma el estudio se centra en cada una de estas sedes de una forma autónoma, centrándose en los problemas interpretativos de los distintos instrumentos reguladores, dedicando una atención especial a la delimitación de los respectivos ámbitos de aplicación.

En la parte de Derecho aplicable (epígrafe IV) se comienza por desarrollar la idea que antes se ha adelantado y de acuerdo con la cual el supuesto de hecho del art. 9.2 del C.c. excede a las relaciones entre los cónyuges. A continuación se abordan con más detalle los problemas de publicidad del régimen económico matrimonial y la aplicación de la ley rectora de los efectos del matrimonio en los supuestos de terminación del vínculo. El núcleo del epígrafe se dedica al análisis de los distintos puntos de conexión de los apartados 2 y 3 del art. 9, así como a las relaciones entre uno y otro apartado para concluir con un somero tratamiento de los problemas de aplicación que se derivan de la existencia de conflictos de calificaciones y de la necesaria consideración en algunos supuestos de la excepción de orden público o de los mecanismos de adaptación.

¹¹. *Vid.* N. Comte Guillemet, “Las parejas no casadas ante el DIPr.”, en A.L. Calvo Caravaca y J.L. Iriarte Ángel (ed.), *Mundialización y familia*, Madrid, Colex, 2001, pp. 295-311.

Quisiera llamar la atención, finalmente, sobre el tratamiento de la problemática de Derecho interregional, especialmente importante en esta materia. Tal como se desprende del examen del índice del trabajo no existe ningún epígrafe dedicado al estudio de los problemas propios de la dimensión interna del sistema; lo que no quiere decir que se trate de un ámbito que no sea objeto de estudio. Tal como adelanté hace un momento, el análisis de Derecho material que se realiza en el epígrafe II.1 parte de los diferentes Derechos españoles y en el apartado IV del trabajo se tiene siempre presente que España es un Estado plurilegal, tanto en la resolución de los problemas calificatorios como en la interpretación y aplicación de los apartados 2 y 3 del art. 9 del C.c.; lo que sucede es que el tratamiento de esta problemática interna se realiza conjuntamente con el de la problemática internacional. La solución del sistema español de Derecho interregional, que remite la solución de los supuestos internos a la que tienen en el ámbito internacional creo que permite esta opción que presenta, a mi juicio, dos ventajas. En primer lugar permite evitar la reiteración de desarrollos que son igualmente válidos para los supuestos heterogéneos internos e internacionales. En segundo lugar, permite apreciar mejor las interacciones entre ambos sectores, a las que ya tuve ocasión de referirme en el primero de los ejercicios presentados a este concurso oposición.

II. Delimitación del objeto de estudio.

1. La categoría “efectos del matrimonio”.

A) La sociedad conyugal.

a) Obligaciones personales.

El elemento definidor del matrimonio, su característica identificatoria, es la de hacer surgir unas obligaciones personales muy concretas entre los cónyuges. Tales obligaciones son, según el Código civil español las de respeto y ayuda mútuas, actuación en interés de la familia, convivencia, auxilio mútuo y fidelidad¹². Sin entrar

¹². Arts. 67 y 68 del C.c.

ahora en la concreción jurídica de tales obligaciones y en las consecuencias de su incumplimiento¹³, intuitivamente creo que existirá consenso en identificar el matrimonio a partir de esta idea de convivencia, que incluye el mantenimiento de relaciones sexuales entre los cónyuges, y a la que la doctrina y, en ocasiones, la legislación se refieren como una comunidad de vida o comunidad de vida plena¹⁴. Esta comunidad implica, a la vez, la asunción común de las responsabilidades que se deriven de dicha convivencia o un determinado reparto de dichas responsabilidades, variando aquí la configuración del matrimonio de unas culturas a otras. En un apartado posterior desarrollaremos con algo más de detalle la forma en que se concreta esta figura en distintas culturas; aquí nos basta con apuntar que el vínculo matrimonial es fuente de obligaciones, normalmente recíprocas, entre los cónyuges. Cuando hacemos referencia a la categoría “efectos del matrimonio” incluimos en ella tales obligaciones junto con las obligaciones patrimoniales a las que nos referiremos inmediatamente¹⁵.

¹³. Se duda acerca del grado de coercibilidad de tales obligaciones. Actualmente, es generalmente admitido que obligaciones como la de cohabitar o la de fidelidad no pueden ser impuestas de una forma heterónoma a los cónyuges; lo que no quiere decir que su incumplimiento carezca de consecuencias jurídicas. Así, puede ser motivo que justifique la separación o el divorcio (*vid.* arts. 82 y 86 del C.c. español; art. 242 del C.c. francés; art. 151 del C.c. italiano) o, incluso, fundamentar una solicitud de indemnización (*vid.* en Italia la Sent. del Trib. de Roma de 17 de septiembre de 1988, *cit.* Por F. Uccella, *Il matrimonio*, Padua, CEDAM, 1996, p. 108, n.º 436).

¹⁴. Cf. C.J. Maluquer de Motes Bernet, “Los efectos del matrimonio”, en *id.* (coord.), *Derecho de familia*, Barcelona, Bosch, 2000, pp. 93-113, p. 95. L.F. Ragel Sánchez entiende que la finalidad del matrimonio “consiste en formar una unión estable de un hombre y una mujer dirigida y ordenada al establecimiento de una plena comunidad de vida” (“Los deberes conyugales”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, Cáceres, 1996/97, núms. 14/15, pp. 261-313, p. 269). Por su parte, P. Salvador Coderch afirma que “la relación matrimonial cuyo establecimiento está protegido por la Constitución responde al concepto de matrimonio que es tradicional en nuestra cultura: relación entre un solo hombre y una sola mujer que supone el establecimiento de una comunidad duradera de vida” (“Artículo 44”, en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Madrid, Tecnos, 1984, vol. I, pp. 118-130, p. 121). *Vid.* también Th. Kipp y M. Wolff, “Derecho de familia”, t-IV, vol. 1º de L. Enneccerus, Th. Kipp y M. Wolff, *Tratado de Derecho Civil*, trad. de la 20º ed. Alemana por B. Pérez González y J. Alguer, Barcelona, Bosch, 1953, pp. 10-11. Existen múltiples definiciones de matrimonio; pueden consultarse algunas en A. García Gárate, *El matrimonio religioso en el Derecho civil*, Burgos, Amabar, 1995, pp. 25-27. En la doctrina internacionalprivatista, M. Aguilar Benítez de Lugo también se refiere a la comunidad de vida plena entre hombre y mujer (“Los efectos del matrimonio”, en M. Aguilar Benítez de Lugo y otros, *Lecciones de Derecho civil internacional*, Madrid, Tecnos, 1996, pp. 146-171, p. 149).

¹⁵. No insistiremos aquí en las opciones ideológicas que se encuentran detrás de la opción entre los términos “efectos del matrimonio” y “relaciones entre los cónyuges” (*vid.* J.D. González Campos “Relaciones entre los cónyuges y régimen económico matrimonial”, en J.D. González Campos y otros, *Derecho internacional privado. Parte Especial*, Oviedo, Gráficas Apel, 1984, vol. II, pp. 169-196, pp. 169-170; M. Aguilar Benítez de Lugo, *loc. cit.*, pp. 146-147; *vid.* también A.P. Abarca Juncos, “Efectos del matrimonio”, en E. Pérez Vera (dir.), *Derecho internacional privado*, Madrid, UNED, 2001, vol. II, pp. 123-135, p. 125). Es cierto que, seguramente, la expresión efectos del matrimonio nos acerca a un contexto en el que la familia precedía al individuo, de tal forma que a partir de la celebración del matrimonio la posición del sujeto en la sociedad dependía de su situación en la sociedad conyugal, lo que implicaba que el matrimonio alteraba el estado civil, limitaba la capacidad de la mujer y otorgaba al marido ciertas potestades y responsabilidades. Desde este punto de vista, la expresión relaciones entre los cónyuges se encontraría más próxima a la sensibilidad jurídica moderna, en la que el individuo no ve alterado su estatus por la celebración del matrimonio y sin que exista un papel diferenciado de los sexos

Así, de la misma forma que podríamos denominar a las obligaciones que surgen entre comprador y vendedor como los efectos de la compraventa, los efectos del matrimonio se refieren, en primer lugar, a las obligaciones que surgen de él para los integrantes de la sociedad conyugal, y dentro de tales obligaciones, las personales se presentan como más trascendentes que las patrimoniales, ya que son las primeras, y no las segundas, las que nos permiten identificar a la institución matrimonial. Poco importa en este momento que tales obligaciones no vengan respaldadas por el establecimiento de sanciones para el caso de su incumplimiento o que, incluso, se carezca de acción alguna para solicitar su cumplimiento. Lo que nos interesa ahora es destacar que tal catálogo de obligaciones nos sirven para identificar el consentimiento que prestan los cónyuges en el momento del nacimiento del vínculo matrimonial, presentando, por tanto, una importancia determinante para la identificación de la figura¹⁶, sobre todo en el ámbito internacional, en el que nos vemos obligados a considerar las configuraciones divergentes que se hacen de una misma institución en ordenamientos diferentes.

En esta fase, por tanto, nos contentaremos con destacar que el matrimonio surge en torno a una relación de convivencia que, con distintos matices, tiene un carácter prácticamente universal. Dicha relación de convivencia, a su vez, se define a partir de determinadas obligaciones personales entre los cónyuges. Tales obligaciones se concretan en cada ordenamiento jurídico. Así, en España, tales obligaciones se encuentran reguladas para el denominado Derecho común en los arts. 66, 67 y 68 del C.c. los que fijan cuáles son esas obligaciones que surgen del matrimonio¹⁷. De acuerdo con el C.c. tales obligaciones afectan por igual a los dos cónyuges (art. 66) y se concretan en el deber de respeto, ayuda mutua, actuación en interés de la familia,

en la comunidad conyugal. En estas circunstancias no resulta ya posible mantener que la expresión efectos del matrimonio se conecta con una visión institucional del matrimonio, imposible en un sentido estricto en nuestro Derecho actual (*vid. M.A. Amores Conradi, “Artículo 9, apartados 2 y 3”, en M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, t-I, vol. 2, Madrid, EDERSA, 2^a ed. 1995, pp. 181-205, pp. 183-184*). No obstante esto considero interesante el mantenimiento de esta expresión frente a la de relaciones entre los cónyuges pues, como veremos a continuación, el matrimonio no supone únicamente el nacimiento de obligaciones recíprocas entre los cónyuges, sino que altera también las relaciones de éstos con terceros, por lo que podemos identificar efectos del matrimonio que van más allá del círculo de relaciones entre los esposos.

¹⁶. Cf. M.^aC. Gete-Alonso y Calera, “Artículo 67”, en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia, op. cit.*, pp. 320-331, p. 321. Vid. también LF. Ragel Sánchez, *loc. cit.*, p. 268 y la STC 184/1990, de 15 de noviembre, donde se afirma que el “vínculo matrimonial genera *ope legis* en la mujer y el marido una pluralidad de derechos y deberes”.

¹⁷. Art. 66: “El marido y la mujer son iguales en derechos y deberes”. Art. 67: “El marido y la mujer deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia”. Art. 68: “Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente.”

convivencia, fidelidad y socorro mútuos, tal como hemos señalado. En el Derecho catalán encontramos una caracterización muy similar de las obligaciones personales que surgen del matrimonio. Así, el art. 1 del Código de familia de Cataluña establece que el marido y la mujer tienen los mismos derechos y deberes en el matrimonio y que ambos han de respetarse y ayudarse mútuamente, actuar en interés de la familia y guardarse fidelidad y respeto. En el Derecho aragonés, el art. 1 de la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y de viudedad¹⁸ establece que “el matrimonio constituye una comunidad de vida entre hombre y mujer en la que ambos son iguales en derechos y obligaciones”. El apartado 2 del mismo art. prevé que ambos cónyuges deben respetarse y ayudarse mútuamente, vivir juntos, guardarse fidelidad y actuar en interés de la familia. En otros ordenamientos de nuestro entorno jurídico tales obligaciones se configuran de una forma parecida. En el Derecho francés, el art. 212 del C.c. establece la obligación mutua entre los esposos de fidelidad, socorro y asistencia y el art. 215 del mismo cuerpo legal prevé la obligación, igualmente, mutua, de establecer una comunidad de vida¹⁹. En Italia, se establece la obligación de los cónyuges de guardarse fidelidad y prestarse asistencia moral y material y a cohabitar. Asimismo, deben colaborar en interés de la familia²⁰. En el Derecho suizo, igualmente, se establece la obligación de cooperación de los cónyuges “en la unión conyugal”, atendiendo a las necesidades de la prole y debiéndose mútua asistencia y fidelidad²¹. Por su parte, en el Derecho alemán se prevé que los cónyuges obigan a establecer una comunidad de vida de la que son recíprocamente responsables²².

Tales obligaciones personales son, por tanto, el núcleo del consentimiento matrimonial e identificadoras de la figura ante la que nos encontramos. En el ámbito interno, la configuración del concreto modelo de matrimonio que siga cada ordenamiento jurídico deberá tener muy presente cuáles son las obligaciones que se derivan del nacimiento del vínculo y la posición de los cónyuges en relación con tales

¹⁸. B.O.E., 13-III-2003.

¹⁹. Art. 212 del C.c. francés: “Les époux se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance.” Art. 215.1 del C.c. francés: “Les époux s’obligent mutuellement à une communauté de vie”.

²⁰. Art. 143 del C.c. italiano: “1. Con il matrimonio il marito e la moglie acquistano gli stessi diritti i assumono i medesimi doveri. 2. Dal matrimonio deriva l’obbligo reciproco alla fedeltà, all’assistenza morale e materiale, alla collaborazione nell’interesse della famiglia e alla coabitazione. 3. Entrambi i coniugi sono tenuti, ciascuno in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità li lavori professionali o casalinghi, a contribuire ai bisogni della famiglia”.

²¹. Art. 159 del C.c. suizo: “1. La celebrazione del matrimonio crea l’unione coniugale. 2. I coniugi si obbligano a cooperare alla prosperità dell’unione ed a provvedere in comuni ai bisogni della prole. 3. Essi si devono reciproca assistenza e fedeltà.”

²². § 1353.1 BGB: “Die Ehe wird auf Lebenszeit geschlossen. Die Ehegatten sind einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet; sie tragen füreinander Verantwortung.”

obligaciones. Así, en los Derechos europeos no es concebible una distinción entre las obligaciones que surgen con el matrimonio para cada uno de los cónyuges, y mucho menos una distribución inequitativa de las cargas matrimoniales en función del sexo; pero esta es aún la regla en Derechos de otros continentes²³, habiendo sido también tónica común en nuestro Derecho histórico²⁴. En el ámbito internacional, sin embargo, la cuestión es algo más compleja. En los diferentes sistemas de DIPr. es usual, y el Derecho español es ejemplo de ello, que la regulación de los efectos del matrimonio, tanto los patrimoniales como los personales, se localice en una norma de conflicto diferente de aquélla o aquéllas que rigen la constitución del matrimonio²⁵. Consecuencia de ello es que en el proceso de celebración de un matrimonio ante una autoridad del foro o en el reconocimiento del matrimonio válidamente celebrado ante una autoridad extranjera no juega ningún papel la consideración del Derecho rector de los efectos del matrimonio²⁶. El resultado de esta falta de conexión entre la normativa sobre constitución del matrimonio y el Derecho rector de los efectos del matrimonio es que

²³. Así, por ejemplo, en el Derecho de algunos Estados musulmanes; *vid.* S. Aldeeb y A. Bonomi (ed.), *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*, Zúrich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1999, pp. 129-133. *Vid.* Para Marruecos, S. Mernissi, “El estatuto de la mujer en Marruecos”, en A. Borrás y S. Mernissi (ed.), *El Islam jurídico y Europa*, Barcelona, Institut Català de la Mediterrània d'Estudis i Cooperació, 1998, pp. 103-121, pp. 106-114.

²⁴. *Vid.*, por ejemplo, la dicción del art. 57 del C.c. en la primera edición del Código: “El marido debe proteger a la mujer, y ésta obedecer a su marido”; redacción vigente hasta el año 1975. Las posiciones de los cónyuges tampoco eran iguales en lo referente a las obligaciones patrimoniales derivadas del matrimonio. Así, el marido era el administrador de los bienes de la sociedad conyugal e, incluso el representante de su mujer (arts. 59 y 60 del C.c. en las ediciones anteriores a la Ley 14/1975, de 2 de mayo). Además, los padres de la esposa estaban obligados a dotar a ésta (art. 1340 del C.c. en la primera edición del C.c.), siendo administrada la dote por el marido y respondiendo de las deudas de la sociedad conyugal (art. 1357 del C.c. en las redacciones anteriores a la Ley 11/1981, de 13 de mayo).

²⁵. En relación con el Derecho rector de la constitución del matrimonio en el DIPr. español *vid.* P. Orejudo Prieto de los Mozos, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en el Derecho internacional privado español*, Pamplona, Aranzadi, 2002, pp. 57-96 y 178-200. Como es sabido, no existe una única ley rectora del conjunto de cuestiones que se plantean en el momento de constitución del matrimonio, sino que leyes diferentes rigen la capacidad de los contrayentes, la forma de celebración del matrimonio y el consentimiento matrimonial. La ley personal de los contrayentes y la *lex magistratus* son las conexiones sobre las que se articula el sistema; los efectos del matrimonio, en cambio, se rigen por el Derecho designado por el art. 9.2 del C.c. En Alemania, el Art. 14 de la EGBGB regula el Derecho rector de los efectos del matrimonio, mientras que la forma en que habrá de constituirse éste se encuentra prevista en el art. 13.3 de la misma ley, que establece la necesidad de que los matrimonios celebrados en Alemania en el que alguno de los cónyuges sea alemán se celebren de acuerdo con las previsiones del Derecho alemán, resultando posible, por tanto, que no sea la *lex magistratus* la que rija los efectos del matrimonio. En Francia, se mantiene que la ley personal de los cónyuges ha de regir la celebración del matrimonio, operando ambas leyes personales de una forma distributiva en la mayor parte de los supuestos y de forma cumulativa en relación con algunos problemas concretos (*cf.* Y., Loussouarn y P. Bourel, *Droit international privé*, París, Dalloz, 6^a ed. 1999, pp. 355-357); en lo que se refiere a los efectos del matrimonio, en cambio, se defiende que en los casos de esposos de nacionalidades diferentes debe aplicarse la ley del domicilio matrimonial (*ibidem*, p. 364).

²⁶. *Vid.* J.M^a Espinar Vicente, *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 1996, p. 121; P. Orejudo Prieto de los Mozos, *op. cit.*, pp. 184-188.

las obligaciones personales de los cónyuges que surgen del vínculo matrimonial pueden ser diferentes de las previstas en el ordenamiento u ordenamientos que se han considerado en el momento de la celebración del matrimonio y, en concreto, en el momento de la prestación del consentimiento matrimonial²⁷.

Así, el consentimiento puede referirse a unas determinadas obligaciones, tal como se encuentran definidas en el Derecho de la autoridad frente a la que se presta dicho consentimiento, mientras que la ley rectora de los efectos del matrimonio puede prever obligaciones distintas. En tales casos no debería existir ningún problema en la aplicación de la regulación prevista en el Derecho rector de los efectos del matrimonio, siempre que el consentimiento que hubiesen prestado los cónyuges pudiese ser considerado como un consentimiento matrimonial, equivalente, aunque no necesariamente igual, al previsto en el Derecho reclamado por la norma de conflicto en materia de efectos del matrimonio. Será, por tanto, necesario en estos casos obrar con especial cuidado en la operación de calificación de la institución matrimonial; tarea para la que nos remitimos al número 2 de este mismo apartado.

Finalmente, debemos tener en cuenta que, dentro de ciertos márgenes, es posible el ejercicio de la autonomía de la voluntad por parte de los cónyuges en el ámbito de las obligaciones personales que surgen del vínculo matrimonial. Así, en el Derecho español, tanto en el denominado Derecho civil común como en el Derecho catalán, parece admitirse la posibilidad de que sean los propios cónyuges quienes concreten la forma de cumplir con las obligaciones personales que definen el matrimonio²⁸. Esta posibilidad aparece también en otros ordenamientos. Así, en el Derecho anglosajón se percibe la evolución de la institución desde la categoría de “estatuto” a la de “contrato”, lo que permite que los cónyuges modulen o establezcan el contenido obligatorio de

²⁷. *Vid.* P. Orejudo Prieto de los Mozos, *op. cit.*, pp. 186-188, donde defiende *de lege ferenda* que, pese a que el consentimiento matrimonial ha de ajustarse al contenido de la *lex magistratus*, resultaría conveniente informar a los contrayentes de cuál será la ley rectora de los efectos del matrimonio.

²⁸. *Vid.* en este sentido M.^aC. Gete-Alonso y Calera, *loc. cit.*, p. 323; L.F. Ragel Sánchez, *loc. cit.*, p. 273. P. Salvador Coderch (*loc. cit.*, p. 136) mantiene que los acuerdos entre los cónyuges relativos al contenido y alcance concretos de su relación, si bien son posibles, carecen de carácter vinculante. Otros autores, en cambio, mantienen una posición mucho más restrictiva acerca de la viabilidad de tales pactos en nuestro Derecho (*vid.* G. García Cantero, en M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t-II, Madrid, EDERSA, 1982, p. 192). En el Derecho aragonés esta autonomía de la voluntad en relación con las obligaciones personales de los cónyuges se encuentra excluida de acuerdo con lo previsto en el art. 3 de la Ley 2/2003, que otorga carácter imperativo a la regulación del art. 1.

aquella²⁹. En estas circunstancias, resultará necesario fijar cuál es el ámbito de esta autonomía de la voluntad en el ámbito internacional. El DIPr. español favorece el ejercicio de esta autonomía al incluir en el art. 9.3 del C.c una norma materialmente orientada tendente a favorecer la eficacia de los pactos entre los cónyuges³⁰. Esta norma limita su eficacia al régimen económico del matrimonio³¹; pero esto no impide que la autonomía de la voluntad de las partes pueda operar en relación con las obligaciones personales del matrimonio dentro del margen que le permita la ley reguladora de los efectos designada por el art. 9.2 del C.c. Será ésta una cuestión de la que nos ocuparemos con algo más de detalle un poco más adelante.

b) Obligaciones patrimoniales.

La sociedad que surge del matrimonio entre los cónyuges implica también la aparición de determinadas relaciones y obligaciones patrimoniales. En primer lugar, ha de fijarse la distribución de responsabilidades respecto a los gastos que se derivan de la vida en común que presupone el matrimonio, así como del cuidado de los hijos en el caso de que éstos existan. En segundo término, es preciso determinar la titularidad de los bienes de los esposos una vez celebrado el matrimonio. Ciertamente, resulta posible que éste no altere de ninguna forma tal titularidad; pero también puede darse el caso de que la sociedad conyugal tenga un cierto reflejo patrimonial, compartiendo ambos cónyuges la titularidad de determinados bienes que, de no ser por el matrimonio corresponderían a uno u a otro de los esposos, tal como se prevé, por ejemplo, en el C.c. español para aquellos matrimonios en los que las relaciones patrimoniales entre los cónyuges se incardin en el régimen de la sociedad de gananciales³². En estos supuestos debe fijarse la composición del patrimonio común, así como las obligaciones de las que responde y su forma de administración.

La aparición de un patrimonio común de los cónyuges como consecuencia del matrimonio es un fenómeno común a muchos ordenamientos. Sin salirnos de España

²⁹. Cf. S.M. Cretney, *Principles of Family Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 1984, pp. 9-10. Estas posibilidades de modulación son, sin embargo, aún reducidas; vid. para Alemania J. Gernhuber y D. Coester-Waltjen, *op. cit.*, pp. 168-170. Para Italia vid. F. Ucella, *op. cit.*, p. 106.

³⁰. Vid. *infra* apartado IV.2.C).

³¹. Cf. M.P. Diago Diago, *Pactos o capitulaciones matrimoniales en Derecho internacional privado*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 1999, pp. 61-62.

³². Arts. 1344 a 1410 del C.c.

esta es también la solución prevista en el Derecho aragonés³³ para el caso de que no dispongan otra cosa los cónyuges, y en el Derecho navarro, también para el supuesto de ausencia de capitulaciones³⁴, lo mismo puede predicarse del Derecho de Vizcaya (comunidad foral de bienes³⁵). Fuera de nuestras fronteras, también se prevé la creación de este patrimonio común de los cónyuges en el Derecho francés³⁶, en el alemán³⁷ y en el suizo³⁸. La existencia de este patrimonio común implica que deberán regularse cuestiones tales como la determinación de qué bienes se integran en este patrimonio común, cuáles serán las reglas para la administración y disposición del mismo y cómo deberá procederse a su liquidación en los supuestos en los que acabe la comunidad patrimonial entre los cónyuges. Todas estas cuestiones son susceptibles de regularse de formas diversas, variando sensiblemente de unos ordenamientos a otros; y resultando, por tanto, relevante la determinación de qué Derecho habrá de regular estos efectos patrimoniales del matrimonio.

Incluso en los supuestos en los que del matrimonio no se deriva la constitución de un patrimonio común entre los cónyuges, la celebración de aquél implica normalmente la aparición de obligaciones específicas entre los esposos, obligaciones que se derivan de la obligación de socorro mútuo que implica la relación matrimonial y de la situación de convivencia que se presume sigue al matrimonio. Tal situación de convivencia implica que existirán gastos y obligaciones que no resultarán fácilmente atribuibles a uno solo de los cónyuges, debiéndose establecer reglas acerca del reparto de tales obligaciones³⁹. La respuesta jurídica a estas cuestiones puede variar de ordenamiento a ordenamiento, ya que resulta posible que no exista unanimidad en la identificación de las cargas del matrimonio⁴⁰ o en la regla de distribución de cargas

³³. Arts. 36 a 59 de la Compilación de Derecho civil aragonés y arts. 28 a 88 de la Ley aragonesa 2/2003.

³⁴. Leyes 82 a 91 de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra.

³⁵. Arts. 94 a 111 de la Ley de Derecho civil foral del País Vasco.

³⁶. Arts. 1400 a 1491 del C.c. francés

³⁷. §§ 1363 a 1390 del BGB.

³⁸. Arts. 196 a 246 del C.c. suizo.

³⁹. *Vid.*, por ejemplo, el art. 1438 del C.c., en el que se prevé, en el régimen de separación de bines, que cada cónyuge estará obligado a sostener las cargas del matrimonio en proporción a sus recursos económicos, salvo que los esposos hayan pactado otra cosa. *Vid.* también la solución del art. 5 de la Ley aragonesa 2/2003, de 12 de febrero. *Vid.* la solución contenida en el art. 214 del C.c. francés.

⁴⁰. Ni en el C.c. (art. 1318) ni en el Derecho de Vizcaya (art. 98 de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco) ni en el Derecho civil balear (arts. 4 y 67 de la Compilación de Derecho Civil de Baleares) determinan qué gastos habrán de incluirse entre las cargas del matrimonio. Si existe esta enumeración en el Derecho catalán (art. 4 del Código de Familia de Cataluña). En el Derecho francés tampoco se determina el contenido de estas cargas (art. 214 del C.c.). El Derecho alemán, en cambio, si determina el alcance de estos gastos domésticos que deben ser sufragados por ambos cónyuges (§ 1360^a del BGB).

entre los cónyuges. Así pues, resultará también preciso fijar qué Derecho rige tales obligaciones surgidas entre los cónyuges como consecuencia del matrimonio.

El Derecho rector de los efectos del matrimonio será, por tanto, el que determinará, en principio⁴¹, cuáles son las obligaciones de los contrayentes derivadas del matrimonio. Ahora bien, con frecuencia los diferentes ordenamientos admiten la posibilidad de que los cónyuges pacten las reglas que regirán su matrimonio. En todos los ordenamientos que han sido utilizados hasta el momento para exemplificar las distintas posibilidades de articulación del régimen económico-matrimonial se admite la posibilidad de que sean los cónyuges los que determinen cuál de entre los diferentes regímenes previstos por el ordenamiento jurídico, será el aplicable a su matrimonio, pudiendo también, dentro de ciertos límites, pactar el contenido de tal regulación, fijando reglas de administración, de atribución de la titularidad de los bienes, regulando la forma de contribuir al sostenimiento de las cargas del matrimonio, etc.

En los supuestos internacionales resultará, por tanto, necesario, fijar el ámbito y la forma de ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes en la determinación del régimen del matrimonio. Conviene ya adelantar que en el DIPr. español no será necesariamente el Derecho que rige los efectos del matrimonio el que determinará el régimen del ejercicio de la autonomía de la voluntad de los cónyuges. Tal como hemos apuntado en el apartado anterior, el art. 9.3 del C.c., que regula con carácter general los pactos entre los cónyuges, se presenta como una norma materialmente orientada tendente a favorecer la eficacia de tales pactos. Así pues, el estudio de los efectos del matrimonio (en sentido académico o científico) deberá extenderse más allá de la determinación y aplicación del Derecho rector de los efectos (tal como lo entiende el art. 9.2 del C.c.). La conjugación de los diferentes Derechos presentes en estos supuestos será una de las tareas más complejas que deben ser abordados en el estudio de esta materia.

La existencia de la sociedad conyugal no implica únicamente la aparición de obligaciones entre cónyuges, sino que incide también en las relaciones que los cónyuges establecen con terceros. Ello es debido, por un lado, a que la responsabilidad conjunta

⁴¹. Más adelante examinaremos cómo la regulación de tales cuestiones deberá considerar también la existencia de otros Derechos con vocación de regir el supuesto, señaladamente el Derecho rector de los alimentos entre parientes y, en los casos de crisis matrimonial, el Derecho rector de la nulidad, la separación o el divorcio.

por las cargas del matrimonio no implica solamente ciertas obligaciones entre los cónyuges, sino que puede conllevar también que respecto a tales obligaciones no solamente respondan los bienes del cónyuge que se ha obligado, sino también los comunes, caso de que existan, e, incluso, los bienes del otro cónyuge⁴². Por otro lado, la protección de la apariencia y de la seguridad del tráfico puede implicar que, en determinadas circunstancias, las actuaciones de un cónyuge puedan vincular al otro. Así, en el Derecho español, y pese a que la regla es que no cabe presumir que un cónyuge representa al otro⁴³; es posible que la actuación de uno de los cónyuges vincule a los bienes comunes e, incluso, los privativos del otro cónyuge. Así, el art. 1365 del C.c. prevé que los bienes gananciales responderán no solamente de las deudas contraídas por un cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica o de gestión de gananciales, sino también “en el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio o en la administración ordinaria de los bienes propios”. En el C. de c. se prevé que el cónyuge comerciante vincula con su actividad a los bienes comunes, siempre que no exista oposición por parte del cónyuge no comerciante. Los bienes propios del no comerciante solamente se vincularán por el ejercicio del comercio por el otro cónyuge cuando lo consienta expresamente⁴⁴. En el Derecho aragonés encontramos una regla semejante, ya que el art. 42 de la Compilación de Derecho foral prevé que los bienes comunes quedan vinculados por las obligaciones que contraiga cada cónyuge en la explotación de sus negocios o en el ejercicio de su profesión⁴⁵.

Finalmente, hemos de tener en cuenta que la existencia del matrimonio altera el régimen de disponibilidad de los derechos sobre determinados bienes esenciales para la comunidad conyugal, en concreto la vivienda habitual y los muebles de la familia. Pese a que tales bienes no sean comunes algunos Derechos establecen que solamente pueda

⁴². *Vid.* el art. 1319 del C.c., art. 8 del CF de Cataluña; art. 3.4 de la Compilación del Derecho civil de Baleares; arts. 42 y 43 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, 7 y 38 de la Ley aragonesa 2/2003; y las Leyes 54, 84.2, apartado 2º y 85 de la Compilación del Derecho civil foral de Navarra.

⁴³. *Vid.* art. 71 del C.c.; art. 3.3 del CF de Cataluña; art. 4.2 de la Compilación de Derecho civil de Baleares, que permite solamente la atribución expresa o tácita (no presunta) por parte de un cónyuge al otro de la administración de los bienes del primero.

⁴⁴. *Vid.* arts. 6 a 12 del C. de c.; sobre esta cuestión *vid.* C. Sanciñena Asurmendi, *Régimen económico matrimonial del comerciante*, Madrid, Dykinson, 1996, pp. 194-196.

⁴⁵. Art. 42 de la Compilación de Derecho civil de Aragón: “Cada cónyuge, en el ejercicio de sus facultades legales de administración, así como en la explotación regular de sus negocios o en el desempeño de su profesión, obliga siempre, frente a terceros de buena fe, a los bienes comunes”. *Vid.* también el art. 37 de la Ley aragonesa 2/2003.

disponerse de ellos mediante el consentimiento de ambos cónyuges⁴⁶. Esta prohibición puede afectar a los contratos que un cónyuge concluya con terceros en relación con tales bienes sin contar con la autorización del otro cónyuge, convirtiéndo tales contratos en ineficaces en cualquier circunstancia o solamente cuando el tercero era conocedor de la falta de legitimidad de su cocontratante⁴⁷. Las soluciones varían en los diferentes Derechos sobre este extremo.

Tal como acabamos de ver, el régimen de responsabilidad de los bienes comunes, de los del cónyuge no deudor por las deudas contraídas por el otro cónyuge e, incluso, la capacidad de disposición sobre determinados bienes no comunes durante el matrimonio varía sensiblemente de un ordenamiento a otro, dependiendo también del régimen económico de éste. En los supuestos internacionales, por tanto, presentará una importancia fundamental la determinación del Derecho rector de tales cuestiones. En este punto veremos cómo se plantea como dificultad más relevante la de determinar el alcance de las distintas normas de conflicto con vocación de regir el supuesto. Así, junto a la norma específica en materia de efectos del matrimonio (los arts. 9.2 y 9.3 en el DIPr. español) deberemos considerar también las normas que rigen las obligaciones cuyo régimen de responsabilidad se trata de regular. Tal como veremos, no resulta indubitable el alcance del Derecho reclamado por la norma de conflicto en materia de efectos del matrimonio en estos supuestos⁴⁸.

⁴⁶. *Vid.* el art. 1320 del C.c., art. 9 del CF de Cataluña, art. 51 de la Compilación de Derecho civil de Aragón y art. 8 de la Ley aragonesa 2/2003, Ley 55 de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra. *Vid.* sobre esta cuestión desde la perspectiva del DIPr. y del Derecho interregional P. Diago Diago, “La protección de la vivienda familiar: un análisis de Derecho interregional”, *ADC*, 1999, núm. 42, pp. 1343-1363.

⁴⁷. Así, por ejemplo, el art. 1320 del C.c. establece que el tercero de buena fe no se verá perjudicado en el caso de que por error o dolosamente el disponente hubiese ocultado o mentido acerca del carácter del bien sobre el que dispuso. La regla general en relación con la eficacia de los actos realizados sin el necesario consentimiento de uno de los cónyuges se encuentra en el art. 1322 del C.c. Según este precepto: “Cuando la Ley requiera para un acto de administración o disposición que uno de los cónyuges actúa con el consentimiento del otro, los realizados sin él y que no hayan sido expresa o tácitamente confirmados podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o de sus herederos.// No obstante, serán nulos los actos a título gratuito sobre bienes comunes si falta, en tales casos, el consentimiento del otro cónyuge.” *Vid.* en aplicación de este precepto la STS (Civil), de 14 de febrero de 2000 (*RAJ*, 2000\676).

⁴⁸. *Vid.* J.C. Fernández Rozas y S.A. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 2^a ed. 2001, p. 482, quienes parecen excluir de la norma relativa a los efectos del matrimonio aquellas cuestiones que se escapan a las relaciones entre los cónyuges. *Vid. infra* apartado IV.1.A).

c) Efectos del matrimonio y disolución del vínculo.

En los dos epígrafes anteriores hemos intentado presentar de una forma muy general la forma en que la aparición de la comunidad conyugal por obra de la celebración del matrimonio hace surgir una serie de obligaciones, derechos y deberes entre los cónyuges, apuntando incluso la forma en que dicha comunidad afecta a las relaciones que cada uno de los cónyuges establece con los terceros. Paradógicamente, sin embargo, tal regulación –si exceptuamos la que se refiere a la responsabilidad frente a terceros de los bienes comunes y de los privativos del cónyuge no deudor- solamente alcanza auténtica relevancia en el momento en el que se produce la disolución del vínculo, bien por obra de una crisis matrimonial, bien por el fallecimiento de uno de los cónyuges. Hasta llegar a ese punto lo usual es que la regulación jurídica de las relaciones entre los cónyuges permanezca en estado de hibernación o en situación de reserva, resolviéndose las relaciones entre estos según los acuerdos formales o informales a los que hayan llegado. Solamente en el supuesto de que la convivencia se acerque a su fin o se haya producido efectivamente la separación comenzarán los esposos a mostrar interés por la concreción jurídica de sus obligaciones respectivas. En fin, nada nuevo bajo el Sol, pues, tal como se ha escrito, el Derecho de familia comienza cuando acaba la familia.

Un examen del Derecho interno en esta materia confirma esta aseveración. Es precisamente en el momento en el que se pone fin a la comunidad conyugal cuando se aprecia la necesidad de determinar con precisión cuál es el régimen de relaciones entre los cónyuges, ya que la forma en que se articulan éstas y el grado de cumplimiento de los deberes recíprocos condicionarán decisivamente la forma en que se organicen las relaciones jurídicas tras la disolución de tal comunidad. Las influencias, por tanto, entre la regulación de los efectos del matrimonio y la específica de los diferentes supuestos de disolución del vínculo son numerosas. Así, en primer lugar, el Derecho regulador de las crisis matrimoniales considera con frecuencia que la separación o el divorcio pueden ser solicitados sobre la base del incumplimiento de los deberes del matrimonio⁴⁹. En

⁴⁹. *Vid.*, por ejemplo, el art. 82 del C.c., donde se prevé como causa de separación “el abandono injustificado del hogar, la infidelidad conyugal, la conducta injuriosa o vejatoria y cualquier otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales”. Hay que tener en cuenta de todas formas que el Derecho español no regula la separación y el divorcio desde una perspectiva culpabilista, de acuerdo con la cual el cónyuge “culpable” se ve sancionado en el régimen que organiza las relaciones entre los cónyuges tras la separación o entre los excónyuges una vez que se ha producido el divorcio. España sigue así el modelo más generalizado en el Derecho comparado (*vid.* en relación con el ordenamiento italiano

segundo término, la normativa referente al régimen económico matrimonial, se ocupa con gran detalle de los problemas que se derivan del fin de la comunidad conyugal⁵⁰. En tercer lugar, también debe considerarse que la disolución del vínculo puede suponer la aparición de un derecho de crédito de un cónyuge respecto al otro. Instituciones como la pensión compensatoria en el Derecho civil común español⁵¹; la pensión compensatoria y la compensación por trabajo del Código de familia catalán⁵² y la prestación regulada en el art. 270 del C.c. francés⁵³ implican una cierta continuidad de la comunidad conyugal una vez disuelta⁵⁴. La articulación entre la regulación de los efectos del matrimonio y de la nulidad, separación o divorcio será necesaria para poder ofrecer una respuesta global a estos supuestos.

No obstante lo anterior, quizá sea el ámbito de las sucesiones aquél donde resulta más relevante destacar la interrelación entre la normativa relativa a los efectos del matrimonio y aquella específicamente sucesoria que tiene como objeto regular la posición del cónyuge supérstite⁵⁵. Esta relación resulta evidente desde el momento en el que los derechos sucesorios del cónyuge supérstite derivan, precisamente, de la relación matrimonial que le vinculaba con el fallecido. De esta manera, los derechos sucesorios del cónyuge viudo pueden considerarse como parte de los efectos del matrimonio si consideramos éstos de una forma amplia.

Si de lo evidente por general pasamos a las concreciones de esta relación entre matrimonio y sucesión, habremos de notar que la regulación de la situación del cónyuge viudo una vez que la muerte ha puesto fin a la comunidad conyugal es una preocupación

M. Dogliotti, *Separazione e divorzio. I dato normativo. I problemi interpretativi*, Turín, UTET, 1988, p. 105; para Alemania *vid.* J. Gernhuber y D. Coester-Waltjen, *op. cit.*, pp. 277-258. En Francia, en cambio, se mantiene la distinción entre divorcio por falta y divorcio por ruptura de la vida en común y, a pesar de que gran parte de los efectos del divorcio son comunes a todos los supuestos, se mantiene residuos de una regulación culpabilista, *vid.* J. Hauser y D. Huet-Weiller, *La famille. Dissolution de la famille*, en J. Ghustin (dir.), *Traité de droit civil*, París, L.G.D.J., 1991, p. 108. Si observamos, sin embargo, ciertos rasgos de “culpabilismo” en la regulación de las sucesiones. *Vid.*, por ejemplo, el art. 834 del C.c., en el que se especifica un régimen distinto para la sucesión del cónyuge viudo en el caso de que estuvieren separados por culpa del difunto o sin culpa de éste. *Vid.* también el art. 381 del CS de Cataluña.

⁵⁰. *Vid.*, por ejemplo, los arts. 1392 a 1410 del C.c., relativos a la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales.

⁵¹. Art. 97 del C.c.

⁵². Arts. 41 y 84 del Código de familia de Cataluña

⁵³. “Sauf lorsqu'il est prononcé en raison de la rupture de la vie commune, le divorce met fin au devoir de secours prévu par l'article 212 du Code civil; mais l'un des époux peut être tenu de verser à l'autre une prestation destinée à compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives.”

⁵⁴*Vid.* S. Álvarez González, *Crisis matrimoniales internacionales y prestaciones alimenticias entre cónyuges*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 44-57.

⁵⁵. *Vid. infra* apartado IV.3.A.

común a los diferentes ordenamientos jurídicos. Esta regulación parte de la necesidad de que, tras el fallecimiento, se produzca una reatribución de los bienes que hasta ese momento se encontraban vinculados a dicha comunidad⁵⁶. Tal redistribución deberá considerar necesariamente, por tanto, la situación de tal comunidad. Esta consideración, a su vez, opera en diversos planos. En primer lugar, el incumplimiento de las obligaciones personales derivadas del matrimonio por parte del cónyuge supérstite puede implicar la privación de sus derechos en la sucesión. Así, por ejemplo, en los arts. 834 y 835 del C.c. se prevé la posibilidad de que en los supuestos de separación el cónyuge viudo no goce de derechos sucesorios respecto al difunto, debiendo considerarse, incluso a quien corresponde la responsabilidad de la ruptura de la convivencia, tal como ya hemos señalado⁵⁷. Podemos encontrar una regulación semejante también en el Derecho catalán⁵⁸. En segundo término, la regulación de los derechos sucesorios del cónyuge viudo no desconoce el diseño legal de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges. Un régimen de comunidad de bienes implica una articulación determinada de los derechos sucesorios del cónyuge, diferente de la que resulta en un Derecho que parte de que lo habitual es que los cónyuges se encuentren en un régimen de separación⁵⁹. Finalmente, el ejercicio de la autonomía de la voluntad material por parte de los cónyuges en la articulación de sus relaciones patrimoniales puede implicar determinados condicionantes en materia de sucesiones⁶⁰.

Por último, debemos tener en cuenta que el fallecimiento de uno de los cónyuges no limitará sus efectos respecto al otro a los meramente sucesorios. La subrogación del supérstite en la posición de arrendatario del fallecido, la determinación de los derechos que correspondan al viudo en relación con las prestaciones de la Seguridad Social de las que fuese titular el desaparecido, la determinación de los créditos que puedan surgir a favor del superviviente en razón de los seguros de vida del fallecido y de los que fuese beneficiario aquél... Se trata de algunos ejemplos de situaciones jurídicas que se verán

⁵⁶. Esto es, los bienes de cada uno de los cónyuges y los comunes en caso de que existan.

⁵⁷. *Vid. supra* n. núm. 49.

⁵⁸. *Vid. arts. 331, 334 y 381 del Código de Sucesiones de Cataluña.*

⁵⁹. En lo que se refiere a los derechos del cónyuge viudo en el Derecho catalán, *vid. A. Lamarca Marquès, “Qui és català? La darrera jurisprudència sobre veïnatge civil”, La Notaria*, 2001, núm. 5, pp. 17-53, pp. 47-51.

⁶⁰. *Vid.*, por ejemplo, la institución catalana de los heredamientos (arts. 67 a 100 del CS de Cataluña); el testamento de hermandad regulado en los arts. 199 y ss. del Código de Derecho Civil Foral de Navarra; el testamento mancomunado previsto en el Derecho de Vizcaya (arts. 49 y ss. de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco) y en el de Guipúzcoa (arts. 172 y ss. de la misma Ley). También deben ser considerados el testamento mancomunado aragonés (arts. 102 y ss. de la Ley de Sucesiones por causa de muerte de Aragón, Ley aragonesa 1/1999, de 24 de febrero) y la institución recíproca regulada en el art. 80 y ss. de la misma Ley.

afectadas por el fallecimiento de un cónyuge y que incidirán en la esfera de intereses del superviviente. A diferencia de los casos que hemos examinado hasta ahora en este epígrafe, los problemas que se dan en estos casos no se vinculan de una manera determinante con la disolución y liquidación de la comunidad conyugal. Se trata de supuestos en los que el fallecimiento de un cónyuge es simplemente un elemento fáctico relevante para el régimen de una determinada relación jurídica; lo que acarrearía importantes diferencias en el tratamiento de estos supuestos desde la perspectiva del DIPr., por lo que nos ocuparemos de tales supuestos de una manera específica en el siguiente epígrafe.

De acuerdo con lo anterior y desde la perspectiva del DIPr., la estrecha relación entre los efectos del matrimonio y la disolución de la comunidad conyugal, bien por muerte de uno de los cónyuges, bien como consecuencia de una crisis matrimonial, implica la dificultad de determinar el ámbito de aplicación de las distintas normas con vocación de regir el caso (arts. 9.2 y 9.3 del C.c. en materia de efectos del matrimonio por un lado y art. 107 del mismo cuerpo legal en lo que se refiere a la separación judicial y al divorcio, art. 9.8 en materia de sucesiones y las distintas normas que pueden entrar a regular la nulidad matrimonial⁶¹ por otro lado). Además, la concurrencia de distintas normas de conflicto en la resolución del mismo supuesto acarrea el riesgo de que diferentes Derechos materiales sean designados para la regulación del supuesto. En estas circunstancias los problemas de adaptación se vuelven una fuerte importante de problemas, tal como muestran la doctrina y la jurisprudencia⁶².

B) Incidencia del matrimonio en otras relaciones jurídicas.

a) Planteamiento.

Hasta el momento nos hemos centrado en las obligaciones, deberes y derechos que surgen para los cónyuges con motivo de la celebración del matrimonio. Éste, sin embargo, no solamente tiene la virtualidad de ser fuente de nuevas relaciones jurídicas, sino que es susceptible de alterar otras. En el epígrafe anterior, al referirnos al régimen

⁶¹. *Vid. infra* apartado IV.1.D.

⁶². *Vid.*, N. Bouza Vidal, *Problemas de adaptación en Derecho internacional privado e interregional*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 161-188; M.A. Amores Conradi, “Artículo 9, apartados 2 y 3”, *loc. cit.*, pp. 202-203; *Vid. infra* apartado IV.3.A.

de responsabilidad de los bienes de los cónyuges ya habíamos adelantado que ésta se ve alterada por la necesidad de proteger la confianza de los terceros que contratan con alguno de los integrantes de dicha comunidad, de tal forma que el tercero puede, en determinadas circunstancias, dirigirse no solamente contra los bienes propios de aquél con quien contrató, sino también contra los comunes y contra los de titularidad de su esposo. Junto con esta normativa tendente a tutelar la seguridad del tráfico jurídico y la confianza nos encontrábamos también con normativa tuitiva de la familia, que limitaba las posibilidades del cónyuge titular de la vivienda familiar o de su mobiliario para enajenar éstos sin el consentimiento del otro cónyuge. En todos estos casos, observábamos cómo la existencia del matrimonio no solamente implicaba la aparición de relaciones específicas entre los cónyuges, sino que alteraba también el régimen de las obligaciones contraídas por cada uno de los cónyuges con terceros, especialmente en lo que se refiere al régimen de la responsabilidad.

Con carácter más general, el matrimonio despliega efectos en relación a otras muchas relaciones, situaciones e instituciones jurídicas⁶³. Así, en muchos ordenamientos la celebración del matrimonio implica la necesidad de alterar el nombre de alguno de los cónyuges⁶⁴; no resulta imposible que altere la capacidad jurídica de la mujer⁶⁵ y puede llegar a limitar la posibilidad de que los cónyuges concluyan entre sí determinados contratos⁶⁶. En todos estos casos el supuesto de hecho matrimonio incide en otras situaciones o relaciones jurídicas; pero a diferencia de lo que sucedía en los supuestos que hemos examinado en el apartado anterior, aquí la normativa relativa a los efectos del matrimonio no va destinada en primer término a regular la comunidad conyugal; esto es, el entramado de relaciones entre los cónyuges que surgen de la comunidad de vida que presupone el matrimonio, sino que se limita a alterar la propia de la relación jurídica afectada⁶⁷. Desde la perspectiva del DIPr. esta distinción resultará relevante, pues obligará al intérprete a considerar simultáneamente la regulación en nuestra disciplina tanto de los efectos del matrimonio como de las relaciones afectadas, discutiéndose si en estos supuestos resulta aplicable la norma de conflicto en materia de

⁶³. Cf. Ch. Von Bar, “Personal Effects of Marriage”, vol. III, cap. 17 de *International Encyclopedia of Comparative Law*, p. 5.

⁶⁴. Vid. el ya mencionado § 1355 del BGB alemán. Vid. también el art. 143 bis del C.c. italiano.

⁶⁵. Vid. *supra* notas. núms. 23 y 24 acerca de la situación en el Derecho español con anterioridad a 1975 y, actualmente, en el Derecho de algunos países musulmanes.

⁶⁶. Vid. G.A.L. Droz, “Regards sur le droit international privé comparé. Cours général de droit international privé”, *R. des C.*, 1991-IV, t-229, pp. 9-424, p. 165.

⁶⁷. Se trataría de los efectos conexos aunque extrínsecos a la relación matrimonial a los que se refiere J.Mª Espinar Vicente, *op. cit.*, pp. 268-271.

efectos del matrimonio o si, por el contrario, las especialidades que se deriven de una relación por el hecho de que un matrimonio incida en ella deberán valorarse a la luz del Derecho que rige la relación afectada. Desde nuestra perspectiva, tal como desarrollaremos más adelante, no es esta la perspectiva correcta, debiendo también en estos supuestos considerarse el Derecho designado por la norma de conflicto en materia de efectos del matrimonio, lo que sucede es que la aplicación de esta norma de conflicto deberá seguir un método diferente en estos supuestos, en los que se trata simplemente de examinar cómo incide en otra relación el vínculo conyugal, que cuando se trata de determinar el régimen de derechos y deberes que corresponden a cada uno de los cónyuges en virtud del matrimonio. Tal como veremos, las relaciones entre la normativa sucesoria y la relativa a los efectos del matrimonio han de ser considerados como un supuesto específico, toda vez que, pese a que formalmente se trata de un supuesto en el que la condición del matrimonio opera como una mera circunstancia relevante en el momento de la sucesión, en realidad tanto la normativa sucesoria como la relativa al régimen económico matrimonial operan en este caso con la misma finalidad, que no es otra que fijar el régimen patrimonial que sigue a la disolución de la comunidad conyugal, en este caso como consecuencia del fallecimiento de uno de los cónyuges. Los problemas de calificación entre sucesiones y efectos del matrimonio tan comunes en este ámbito de problemas encuentran su origen en esta divergencia entre la separación formal de normativas, pese a su unidad teleológica⁶⁸.

b) Capacidad y derechos de la personalidad.

Ni en el Derecho español ni en los ordenamientos de nuestro entorno jurídico es posible identificar en la actualidad limitaciones de capacidad para los cónyuges que se deriven de la celebración del matrimonio; solamente la imposibilidad de vincular determinados bienes fundamentales para la comunidad conyugal sin el consentimiento de ambos esposos puede considerarse hoy en día como un condicionante al ejercicio de la capacidad de disposición de los cónyuges derivado del matrimonio en nuestro

⁶⁸. *Vid.*, por ejemplo, cómo el art. 16.2 del C.c. incluye una institución inicialmente sucesoria como es el derecho de viudedad aragonés en el ámbito de la normativa de Derecho interregional sobre efectos del matrimonio. *Vid.* sobre este precepto, J. Delgado Echevarría, “Artículo 16, apartado 2”, en M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (dirs.), *op. cit.*, t-I, vol. 2º, 2ª ed., pp. 1284-1301.

entorno jurídico⁶⁹. Por lo demás han desaparecido las limitaciones de capacidad de la mujer que eran comunes en los Derechos europeos hasta épocas recientes⁷⁰. Tales limitaciones son, por supuesto, incompatibles con el principio de igualdad entre sexos recogido en el art. 14 de la CE, siendo también contrarias a la previsión específica en materia matrimonial recogida en el art. 32 de la CE⁷¹. No creemos, sin embargo, que resulten inconstitucionales determinadas limitaciones de la capacidad de disposición derivadas del matrimonio y que no vulneren el principio de igualdad entre sexos, tal como la ya señalada contenida en el art. 1320 del C.c. Tales limitaciones deberán pasar únicamente el test de razonabilidad, pues de otra forma deberían ser consideradas inconstitucionales por limitar de forma arbitraria la capacidad de obrar de las personas⁷². En el caso del art. 1320 del C.c. esta justificación se encuentra en la necesidad de proteger a la familia, recogida en el art. 39 de la CE. La obligación de cada cónyuge de obrar en interés de la familia no le permite convertirse en intérprete de este interés desconociendo la opinión de su esposo o esposa. De esta forma, cuando se trata de disponer del elemento fundamental para la familia, su vivienda, se hace preciso que este interés familiar sea valorado por ambos cónyuges, sin que pueda prevalecer el criterio de uno solo de ellos, aunque sea el único titular de la vivienda o del mobiliario.

⁶⁹. *Vid. supra* n. núm. 47. Este condicionante podría plantear algún problema de constitucionalidad si consideramos que el art. 32 de la CE impide imponer un estatuto jurídico diferenciado a los casados. *Vid.* E. Roca, *Familia y cambio social (De la “casa” a la persona)*, Madrid, Civitas, 1999, p. 97. *Vid.* también J.M^a Espinar Vicente, *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 254 y ss. Por nuestra parte, no creemos que pueda llegarse a la conclusión de que la Constitución impide establecer un estatus específico para los casados. El precepto constitucional se limita a establecer el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio con plena igualdad, lo que impedirá establecer un estatus diferenciado de los cónyuges en función de su sexo e, incluso, un estatus diferenciado de los cónyuges que respete la igualdad de sexo (*vid.* en este sentido el lúcido análisis de J.M^a Espinar Vicente, *ibidem*); pero de aquí no creemos que pueda pasarse a la prohibición de establecer discriminaciones basadas en el matrimonio, siempre que tales discriminaciones se encuentren justificadas y no vulneren otros preceptos constitucionales, como son el art. 14 (principio de igualdad) o el 39 (protección de la familia). En el caso que nos ocupa (obligación de contar con el consentimiento del otro cónyuge para disponer de la vivienda habitual y sus muebles) esta limitación de capacidad del casado encuentra su justificación precisamente en el art. 39 de la CE, que obliga a proteger la familia. No creemos que pueda utilizarse en contra de esta conclusión lo establecido en la STC 45/1989, de 20 de febrero de 1989, en la que se declaró la inconstitucionalidad de la obligación de que los cónyuges tributaren conjuntamente. En esta decisión el TC mantuvo la inconstitucionalidad de la regulación tributaria cuestionada no porque estableciese un régimen diferenciado para los cónyuges, sino porque se trataba de un régimen que les perjudicaba. Esto es, de los argumentos del Alto Tribunal se desprende que una discriminación positiva en favor de los cónyuges sí tiene acomodo constitucional. Otra opinión en E. Roca, *op. cit.*, p. 97, donde se utiliza esta Sent. como apoyo a la afirmación de que no resulta constitucionalmente legítimo establecer un régimen jurídico diferenciado para los casados.

⁷⁰. En el Derecho español no es hasta 1975 que se eliminó la limitación de capacidad de la mujer casada prevista en los arts. 60 a 63 del C.c. *Vid. supra* n. núm. 24.

⁷¹. “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”.

⁷². *Vid. supra* n. núm. 69.

También resulta frecuente que en los diferentes ordenamientos se establezcan limitaciones específicas en lo que se refiere a la disposición de bienes comunes, de acuerdo con lo que resulta del régimen económico del matrimonio. Así, en el C.c. español para realizar actos de disposición a título oneroso sobre los bienes comunes (gananciales) es preciso el consentimiento de ambos cónyuges (art. 1377 del C.c.). El acto de disposición que se haya realizado sin contar con el consentimiento de ambos cónyuges será anulable a instancias del cónyuge de cuyo consentimiento se haya prescindido (art. 1322 del C.c.). Si el acto de disposición realizado sin el consentimiento de ambos cónyuges era a título gratuito nos encontraremos ante un acto nulo (arts. 1322 y 1378 del C.c.).

Tal como acabamos de señalar, el matrimonio puede implicar aún determinados condicionamientos a los poderes de disposición, si bien reducidos, como hemos visto, a la posibilidad de disposición sobre determinados bienes. No resultan admisibles actualmente limitaciones generales de capacidad derivadas del matrimonio. Sí que resultan posibles, y aún se mantienen en el Derecho español y en otros ordenamientos de nuestro entorno jurídico, ciertos efectos positivos sobre la capacidad derivados del matrimonio. El más significativo de ellos es la emancipación del menor de edad que contrae matrimonio (art. 314.2º del C.c.)

El matrimonio puede incidir igualmente en algunos derechos de la personalidad. En concreto, en el derecho al nombre. No es éste el caso de España, donde tradicionalmente el matrimonio no ha supuesto alteración alguna en el nombre de los esposos; pero sí en otros ordenamientos donde resultaba tradicional que la esposa asumiera el apellido del marido⁷³. Estas regulaciones han debido ser alteradas una vez que se ha asumido sin limitaciones la igualdad jurídica del hombre y de la mujer; el cambio, sin embargo, no ha privado de relevancia al matrimonio en relación con el nombre, ya que lo usual es que el cambio de nombre sea voluntario⁷⁴ o que se establezca la necesidad de que ambos esposos tengan el mismo apellido, dejando que sean ellos quienes decidan cuál es este apellido⁷⁵.

⁷³. Vid. A. Lara Aguado, *El nombre en Derecho internacional privado*, Granada, Comares, 1998, pp. 33-35.

⁷⁴. *Ibidem*, pp. 34-35.

⁷⁵. Así, en el caso, ya señalado, del Derecho alemán. Llamo la atención sobre el hecho de que, si seguimos la opinión de que nuestra Constitución prohíbe que se establezca un estatus específico para los casados, deberíamos entender que tales regulaciones son inconstitucionales, con las consecuencias que ello tiene en relación con la aplicación de la excepción de orden público en los supuestos internacionales.

En cualquier caso, la existencia de Derechos en los que el matrimonio puede tener como consecuencia la alteración del nombre de los cónyuges implica que resultará necesario determinar el alcance del Derecho regulador de los efectos del matrimonio en relación con el rector del nombre, usualmente el Derecho de la nacionalidad del titular del nombre⁷⁶. En principio, la regulación específica sobre el nombre en el Derecho rector de los efectos del matrimonio habría de prevalecer sobre las previsiones de la ley personal del titular del nombre. Se trata de una solución obligada de acuerdo con la naturaleza de la norma de conflicto rectora de los efectos del matrimonio, tal como desarrollaremos en el apartado IV de este trabajo⁷⁷. Esta solución no puede ser aplicada, sin embargo, cuando nos encontramos en el ámbito de aplicación del Convenio de Múnich de 1980 relativo a la ley aplicable a los nombre y los apellidos⁷⁸, que ha optado por remitir la regulación de esta cuestión al Derecho nacional de cada sujeto⁷⁹. Se trata de una solución que, sin embargo, plantea el problema de la diferencia de régimen del nombre de los dos cónyuges, lo que en la práctica puede ser origen de algunos problemas⁸⁰.

Por nuestra parte ya hemos dicho que nos parece que no puede extraerse esta conclusión de la regulación constitucional del matrimonio.

⁷⁶. De acuerdo con la vinculación entre el nombre y el estatuto personal, *vid.* J.C. Fernández Rozas y S.A. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, pp. 396-403. De esta forma, el nombre se configura como una categoría jurídica autónoma (*cf.* A. Lara Aguado, *op. cit.*, pp. 153-155). No obstante, se ha debatido si el nombre ha de regularse de una forma independiente o conjuntamente con las instituciones jurídico-familiares de las que deriva (*ibidem.*, p. 148 y referencias contenidas en n. núm. 322).

⁷⁷. Tal como desarrollaremos más adelante, la norma de conflicto en materia de efectos del matrimonio habrá de aplicarse con carácter preferente al resto de conexiones por su carácter especial. Solamente quedaría desplazada si existiese una regulación conflictual específica en relación con el nombre de los cónyuges, tal como sucede en Alemania, donde el art. 10.2 incluye una regulación específica sobre el Derecho rector del nombre de los cónyuges “Ehegatten können bei oder nach der Eheschließung gegenüber dem Standesbeamten ihren künftig zu führenden Namen wählen// 1. nach dem Rechts eines Staates, dem einer der Ehegatten angehört, ungeachtet des Artikels 5 Abs. 1, oder// 2. nach deutschem Recht, wenn einer von ihnen seinem gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat.” Conviene apuntar también que en determinados supuestos podría resultar posible que la ley rectora de los efectos del matrimonio afectase al nombre de los hijos matrimoniales, *vid.* la Sent. de la *Cour de cassation* francesa (Sala 1^a Civil), de 7 de octubre de 1997, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1998, vol. 87, núm. 1, pp. 72-73; “Nota” de P. Hammje, *ibid.*, pp. 73-83.

⁷⁸. B.O.E., 19-XII-1989. Se trata de un convenio elaborado en el marco de la CIEC y del que son parte España, Italia, Países Bajos y Portugal. *Vid.* sobre este Convenio, E.M. Rodríguez Gayán, *Derecho registral civil internacional*, Madrid, Eurolex, 1995, p. 81; A. Lara Aguado, *op. cit.*, pp. 95-101 sobre la posición del Convenio de Múnich entre las distintas normas que inciden en la regulación del nombre en el DIPr. español.

⁷⁹. Art. 1 del Convenio. La ley nacional será también la que regirá, a efectos de la determinación del nombre y los apellidos las situaciones de la que dependan éstos. No obstante, la remisión del art. 1 no impide la consideración del reenvío que pueda realizar el Derecho del Estado de la nacionalidad del titular del nombre a otro ordenamiento, en el supuesto de que aquél Derecho entienda que la regulación del nombre se vincula a la de la institución familiar que incide en él, *vid.* A. Lara Aguado, *op. cit.*, pp. 160-165.

⁸⁰. Así, en los supuestos en los que el Derecho personal de uno de los cónyuges establece que ambos deben usar un mismo apellido (§ 1355 del BGB alemán, por ejemplo) mientras que el Derecho

En la actualidad, tampoco resulta usual en nuestro entorno jurídico que el matrimonio suponga una alteración en la nacionalidad de los cónyuges o en otros estatutos semejantes (vecindad civil, domicilio). Hasta fechas relativamente recientes era usual que la mujer adquiriera al casarse la nacionalidad de su marido⁸¹ y, en el caso español, también su vecindad civil⁸². Era consecuencia de una concepción de la sociedad en la que las familias, y no los individuos, se presentaban como su elemento esencial, y en la que el eje de dicha familia era el esposo, resultado de un contexto social y jurídico de discriminación de la mujer. En la actualidad, sin embargo, no resulta admisible mantener esta posición subordinada de la mujer respecto al varón a la vez que se producen algunas quiebras en esta posición central de la familia en la sociedad, lo que redunda en que no resulte ya necesario dotar de un mismo estatuto a todos los miembros de la familia. De esta forma, el matrimonio ya no tiene como consecuencia, por si solo, la alteración de la nacionalidad o el estatuto personal de ninguno de los cónyuges, limitándose los diferentes Derechos a facilitar en estos casos la adquisición por parte de cada uno de los esposos la nacionalidad o vecindad civil del otro. Así, resulta posible que el extranjero que haya contraído matrimonio con un español adquiera la nacionalidad española tras residir en España únicamente durante un año⁸³. En lo que se refiere a la vecindad civil, resulta posible que cualquiera de los cónyuges opte, sin necesidad de requisito adicional alguno, por la vecindad de su cónyuge⁸⁴.

En cualquier caso, el Derecho que resulta de la aplicación de la norma de conflicto en materia de efectos del matrimonio no está llamado a desplegar ninguna eficacia en este sector. En materia de nacionalidad la técnica conflictual está excluida y solamente en los casos en los que el Derecho regulador de la nacionalidad precise la

personal del otro cónyuge no prevé que el matrimonio pueda suponer una alteración del apellido (*vid.* D. Heinrich, *Internationales Familienrecht*, Frankfurt del Meno, Verlag für Standesamtswesen, 1989, p. 44). En estos supuestos o bien mantienen los dos cónyuges los apellidos que tenían con anterioridad al matrimonio o bien el cónyuge que puede alterar su apellido de acuerdo con su ley personal adquiere el de su consorte.

⁸¹. *Vid.* el contenido del art. 21 del C.c. de acuerdo con la redacción dado por la Ley de 15 de julio de 1954: “La extranjera que contraiga matrimonio con español adquiere la nacionalidad de su marido”. *Vid.* también el tenor del art. 22 del C.c. en la primera edición del Código: “La española que se casa con un extranjero sigue la condición de su marido; pero, disuelto el matrimonio, podrá recobrar la nacionalidad española, llenando los requisitos expresados en el artículo anterior”.

⁸². Con anterioridad a la Ley 11/1990, de 15 de octubre, la mujer casada tenía la misma vecindad civil que su marido. *Vid.* el tenor del art. 14.4 del C.c. en la redacción dada por el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo: “La mujer casada seguirá la condición del marido, y los hijos no emancipados, la de su padre, y, en defecto de ésta, la de su madre.”

⁸³. Art. 22.d) del C.c.

⁸⁴. Art. 14.4 del C.c.

concreción de una circunstancia jurídica con elemento extranjero será reclamado. Así, en lo que se refiere a la normativa española, dado que la aplicación de la regla del art. 22.2.d) exige verificar que el extranjero solicitante de la nacionalidad española ha contraído matrimonio con un español, resultará necesario fijar la eficacia de dicho matrimonio desde la perspectiva del Derecho español; esto es, si se trata de un matrimonio válido celebrado ante una autoridad española o si estamos ante un matrimonio ante autoridad extranjera reconocible en España⁸⁵. En ambos casos habremos de recurrir a las normas de DIPr. para poder concluir en relación con estas cuestiones. Ahora bien, fuera de estos supuestos, no es posible una concurrencia entre la normativa de nacionalidad y las normas de conflicto, en concreto las normas de conflicto en materia de efectos del matrimonio⁸⁶.

Tampoco resulta posible que la normativa sobre efectos del matrimonio incida en la determinación de la vecindad civil de los cónyuges. La regulación de la adquisición de la vecindad civil es única para todo el Estado⁸⁷, por lo que no se dan conflictos de leyes en el ámbito interno en relación con esta cuestión. Incluso aunque

⁸⁵. *Vid.* P. Orejudo Prieto de los Mozos, *op. cit.*, esp. pp. 292-299 en lo que se refiere al control por parte de las autoridades españolas de los matrimonios de conveniencia celebrados ante una autoridad extranjera. *Vid. ibidem.*, pp. 37-47 sobre el control que realizan las autoridades españolas sobre la realidad del consentimiento matrimonial durante la tramitación del expediente previo. Sobre esta problemática *vid.* también la postura de S.A. Sánchez Lorenzo, “La inconveniente doctrina de la DGRN acerca de los matrimonios de conveniencia”, *Derecho registral internacional. Homenaje a la memoria del profesor Rafael Arroyo Montero*, Madrid, Iprolex, 2003, pp. 247-273.

⁸⁶. Es preciso tener en cuenta, además, que la normativa en materia de nacionalidad no tiene carácter universal, sino que cada Derecho se limita a regular la adquisición, pérdida y recuperación de la nacionalidad del Estado que ha promulgado tal Derecho, sin pronunciarse sobre la regulación de la nacionalidad extranjera. De esta forma, si el Derecho rector de los efectos del matrimonio establece la posibilidad de que el cónyuge extranjero opte sin límite alguno por la nacionalidad del cónyuge nacional, dicha regulación se limitará forzosamente a la adquisición de la nacionalidad del Estado del Derecho de que se trate, sin que tal norma pueda ser aplicada más que por analogía en lo que se refiere a la adquisición de una nacionalidad extranjera. Huelga aclarar, además, que tal aplicación analógica no resulta posible en relación con la nacionalidad, ya que no puede considerarse que existe identidad de razón entre la normativa sobre la adquisición de la nacionalidad de un Estado y de otro.

⁸⁷. *Vid.* la STC 156/1993, de 6 de mayo de 1993, en la que se declaró inconstitucional parte del art. 2.1 de la Compilación de Derecho civil de Baleares por entender que esta norma incide en la regulación de la vecindad civil, cuando ésta es competencia exclusiva del Estado (Fdo. de Dcho. 3º). El Tribunal Constitucional afirma que la actuación del legislador balear sobre la circunstancia que determina la aplicación de uno u otro de los Derechos españoles vulnera la reserva estatal en materia de conflictos de leyes recogida en el art. 149.1.8º CE. De todas formas, podría resultar cuestionable esta afirmación del TC, toda vez que, llevada hasta el extremo implicaría la imposibilidad de que el legislador autonómico pudiese regular ninguna de las materias que son elegidas como puntos de conexión en la normativa estatal. Así, el lugar de celebración del contrato es relevante para la resolución de los conflictos internos en esta materia (art. 10.5 del C.c.); sin embargo, no resultaría de recibo que, por este motivo, se privara a los legisladores de las Comunidades Autónomas con competencia en materia civil de regular la cuestión de si en los contratos entre ausentes ha de entenderse que la celebración del contrato se produce en el lugar en el que se realiza la oferta o, por el contrario, donde se emite la aceptación.

tales conflictos fuesen posibles⁸⁸, nos encontraríamos ante normativas que responderían al mismo esquema que la regulación de la nacionalidad. Esto es, regulaciones que excluyen la utilización de las normas de conflicto más que en los supuestos en los que se empleen términos jurídicos que necesiten concreción, en cuyo caso –si se trata de supuestos heterogéneos, conectados con más de un ordenamiento- resulta ineludible acudir a la regulación conflictual.

Así pues, en estos casos (nacionalidad, vecindad civil), la eficacia del matrimonio viene regulada directamente por la normativa que se ocupa en cada Derecho de estas cuestiones, sin que la norma de conflicto en materia de efectos del matrimonio incida en ella.

c) Relaciones jurídicas entre los cónyuges.

El matrimonio puede alterar, igualmente, el régimen de las relaciones que éstos puedan establecer entre sí, aunque no se vinculen directamente con la sociedad conyugal. Así, puede resultar que del matrimonio se derive la prohibición o limitación de la posibilidad de contratar entre los cónyuges o de realizarse donaciones. Estas limitaciones pueden pretender por un lado, evitar que la situación que surge del matrimonio perjudique a los terceros y a la seguridad del tráfico. Por otro lado, intenta que los negocios jurídicos que los cónyuges celebren entre ellos no sean utilizados para alterar fraudulentamente el régimen de relaciones entre ellos derivados de la existencia de la sociedad conyugal o la normativa sobre sucesiones.

La consecución del primero de los objetivos señalados implicaría que deben ponerse los medios para evitar que la responsabilidad de los cónyuges frente a los terceros pueda ser burlada como consecuencia del matrimonio. De la misma forma en que –tal como habíamos visto- la protección de la seguridad del tráfico puede exigir que no solamente los bienes de quien haya contraído una obligación, sino también los bienes

⁸⁸. Pese al rigor del TC en la valoración de la competencia autonómica en materia de vecindad civil, existen regulaciones diferenciadas en los Derechos civiles españoles en relación a la vecindad civil. *Vid.* el art. 14 de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco y las Leyes 12 a 15 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra. *Vid.* también los arts. 7.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (sobre este precepto *vid.* M.^aE. Ginebra i Molins, *La qualitat jurídica de català i l'aplicació del Dret civil de Catalunya*, Barcelona, Departament de Justicia de la Generalitat de Catalunya, 2002, pp. 690-722) y 6.2 del Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares (*vid.* L. Garau Juaneda, “Comunidades Autónomas y Derecho Interregional”, *Constitución, Comunidades Autónomas y Derecho Internacional (VI Jornadas de Profesores de Derecho internacional y relaciones internacionales. Santiago de Compostela, 1 al 4 de junio de 1981*, Santiago de Compostelas, Asociación de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales/Xunta de Galicia, 1982, pp. 111-167, p. 153).

comunes y los de su cónyuge respondan de determinadas deudas, puede ser necesario que se limite la posibilidad de que determinados negocios jurídicos entre los cónyuges sean utilizados para distraer bienes que habrían de ser garantía de las obligaciones contraídas por cada uno de los cónyuges. A este fin responden instituciones como la presunción muciana, recogida en el art. 1442 del C.c. español. De acuerdo con este precepto, declarado el concurso o quiebra de uno de los cónyuges, se presume que los bienes adquiridos por el otro cónyuge durante el año anterior a la declaración de la quiebra o a la fecha de su retroacción han sido donados en su mitad por el cónyuge quebrado. Esta presunción admite prueba en contrario⁸⁹. El origen de esta presunción, introducida en nuestro Derecho por la Ley de reforma del C.c. de 13 de mayo de 1981, se encuentra en el Derecho Romano, donde se presumía que los bienes adquiridos por la esposa procedían del marido⁹⁰. Seguramente las razones de esta presunción no eran en su origen la protección de los acreedores del marido⁹¹; pero en la actualidad opera como un mecanismo de evicción de fraudes a los acreedores de uno de los cónyuges a través de la transmisión de bienes del deudor a su cónyuge. El resultado es una presunción *iuris tantum* de donación por parte de uno de los cónyuges a favor del otro por una cantidad equivalente a la mitad de los productos adquiridos por éste último durante el período en el que se aplique la presunción⁹².

Ciertamente, la presunción muciana puede ser objeto de críticas, pudiendo dudarse de su adecuación a las exigencias constitucionales⁹³; pero no es éste el momento de detenerse en ellas, sino simplemente de presentarla como ejemplo de alteración de las relaciones jurídicas entre los cónyuges como consecuencia del matrimonio. En este caso, introduciendo la presunción de existencia de un negocio jurídico entre los cónyuges (una donación) que no se daría si ambos no estuvieran

⁸⁹. *Vid.* sobre este precepto M. Cuena Casa, *La protección de los acreedores en el régimen económico matrimonial de separación de bienes (La llamada presunción muciana)*, Madrid, Dykinson, 1999, esp. pp. 89 y ss.

⁹⁰. *Vid.* M. Cuena Casas, *op. cit.*, pp. 19-20.

⁹¹. *Ibidem.*, pp. 19-26.

⁹². Esta figura también se encuentra en otros Derechos civiles españoles. *Vid.* el art. 12 del Código de familia de Cataluña: “En cas de fallida o concurs de creditors d'un dels cònjuges, els béns adquirits per l'altre a títol onerós durant l'any anterior a la declaració o des de la data de la retroacció s'han de presumir donats pel primer, llevat que s'acrediti que, en el moment de l'adquisició, el matrimoni estava separat judicialment o de fet o que l'adquirent disposava d'ingressos o recursos suficients per a efectuar-la.”

⁹³. El Tribunal Constitucional alemán ha declarado inconstitucional la figura por entender que vulneraba el art. 6.1 de la Ley Fundamental de Bonn, que establece que el matrimonio y la familia se encuentran protegidos por el ordenamiento jurídico, *cf.* M. Cuena Casas, *op. cit.*, p. 54. *Vid.* las consideraciones de esta autora acerca de la inconstitucionalidad del art. 1442 del C.c., *ibidem*, pp. 200-209.

casados entre sí. Desde la perspectiva del DIPr., la existencia en el Derecho español y en otros ordenamientos de esta figura implica la necesidad de determinar la articulación de los diferentes Derechos vinculados con el caso en la regulación de este supuesto y, en concreto, el papel que han de jugar en cada caso las previsiones sobre esta figura contenidos en el Derecho rector de los efectos del matrimonio.

La posibilidad de que los cónyuges concluyan negocios jurídicos entre sí no ha sido contemplada únicamente como un peligro para la seguridad del tráfico, sino que, con frecuencia, ha sido interpretada como un riesgo para la propia figura matrimonial y como una vía de fraude contra la normativa rectora de la comunidad conyugal y, también, para el Derecho de sucesiones. Así, en el Derecho Romano, por ejemplo, encontramos un ejemplo llamativo de las limitaciones que el matrimonio acarreaba a la posibilidad de que los cónyuges concluyesen negocios jurídicos entre sí: la prohibición de las donaciones entre esposos⁹⁴. Pese a que aún se discute acerca del origen de esta prohibición, parece ser que entre los motivos que la justifican está el de evitar que el matrimonio venga motivado por el afán de apropiarse de la fortuna del cónyuge. Junto a este motivo han sido aducidos históricamente otros que pretenden justificar esta prohibición. Así, el que en el matrimonio no se da la dualidad de personas que permite la conclusión del negocio jurídico de la donación⁹⁵ o la limitación del juicio que cabría suponer a los cónyuges en el momento de realizar un acto de liberalidad a favor de su esposo o esposa⁹⁶. Más adelante, la limitación de las donaciones entre esposos fue también conocida por el Derecho germánico⁹⁷ y por los diferentes Derechos europeos tributarios del *Ius Commune*⁹⁸, pasando a los códigos modernos. Así, en el caso español, la prohibición de donaciones entre los cónyuges estuvo recogida en el art. 1334 del C.c. hasta el año 1981⁹⁹. Y pese a que la tendencia actual es la de eliminar estas prohibiciones¹⁰⁰, no podemos desconocer que existen ordenamientos en los que las

⁹⁴. Vid. B. Ancel, *Les conflits de qualifications à l'épreuve de la donation entre époux*, París, Dalloz, 1977, p. 293; M.^aJ. Herrero García, *Contratos onerosos entre cónyuges*, Salamanca, Kadmos, 1976, pp. 6-7; J.L. de los Mozos, “Artículos 1315 a 1391, en M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Jaén, EDERSA, t-XVIII, vol. 1º, 1978, p. 129.

⁹⁵. Vid. M.^aJ. Herrero García, *op. cit.*, p. 6.

⁹⁶. *Ibidem.*, pp. 8-9.

⁹⁷. Vid. B. Ancel, *op. cit.*, pp. 26-27.

⁹⁸. Vid. M.^aJ. Herrero García, *op. cit.*, pp. 103 y ss.

⁹⁹. “Será nula toda donación entre los cónyuges durante el matrimonio.”

¹⁰⁰. Cf. J.L. de los Mozos, *loc. cit.*, p. 130. El art. 1323 del C.c. en su redacción actual recoge la posibilidad de que los cónyuges se transmitan libremente bienes y derechos y que concluyan entre sí cualquier contrato.

donaciones entre cónyuges se encuentran limitadas, lo que plantea en el plano del DIPr. el problema de la determinación de la calificación de tales normas; esto es, la de concretar si habrán de ser reclamadas por el Derecho rector de los efectos del matrimonio, de las donaciones o, incluso de las sucesiones¹⁰¹.

Más extremo aún que la limitación de los negocios jurídicos gratuitos entre los cónyuges es la limitación o la prohibición de que los cónyuges concluyan entre sí cualquier tipo de negocio jurídico, tanto lucrativo como oneroso. En España se sostuvo durante años que debían entenderse prohibidos cualesquiera contratos entre cónyuges. No existía norma expresa que recogiera este extremo, pero la doctrina entendió que la prohibición de las donaciones entre esposos, unida a la necesidad de la licencia marital para que la mujer casada pudiese contratar¹⁰² impedían la admisión de los contratos entre esposos. De permitirse éstos resultaría extraordinariamente sencillo burlar la prohibición de donaciones a través de negocios simulados. Además, tales contratos se enfrentaban a la dificultad de que, debiendo la mujer precisar la autorización del marido para contratar, un contrato entre esposos podría ser considerado como un supuesto de autocontratación¹⁰³. Actualmente, en el Derecho español ya no resulta posible mantener esta prohibición de contratación entre cónyuges; pero no debe desconocerse que en otros ordenamientos pueden hallarse limitaciones a la posibilidad de que los esposos celebren entre sí determinados negocios jurídicos, lo que plantea problemas específicos en el ámbito del DIPr.

Puede suceder también que el ordenamiento no restrinja las posibilidades de conclusión de negocios jurídicos entre los cónyuges; pero que sí modifique las reglas generales que se aplican a tales negocios cuando las partes en ellos sean esposos. Así, por ejemplo, en el caso de las donaciones entre cónyuges con motivo del matrimonio la regulación vigente contenida en el C.c. incluye determinadas particularidades respecto a las reglas generales en materia de donaciones. Así, se limitan los supuestos de

¹⁰¹. No cabe desconocer que las limitaciones que se establecen a las donaciones entre cónyuges tienen, con frecuencia, como justificación la de evitar que la donación se utilice para burlar la normativa que limita la libertad del testador en la disposición de sus bienes (*vid. B. Ancel, op. cit.*, pp. 26-27 y 293). En nuestro Derecho, sobre la problemática en DIPr. de las donaciones entre esposos, *vid. P. Jiménez Blanco, “El Derecho aplicable a las donaciones”, REDI, 1997, vo. XLIX, núm. 1, pp. 63-89, pp. 74-76.*

¹⁰². *Vid. J.L. de los Mozos, loc. cit.*, pp. 135-136.

¹⁰³. De esta forma se defendió que, dada la necesidad de esta licencia, todo contrato entre esposos sería un supuesto de autocontratación. Esta era la opinión sostenida por García Goyena y, posteriormente, fuertemente criticada por la doctrina española, *vid. M.A.J. Herrero García, op. cit.*, pp. 245-273.

revocación de tales donaciones¹⁰⁴. Finalmente, también debe tenerse en cuenta que resulta posible que, en determinadas ocasiones, el ordenamiento jurídico, en vez de limitar las posibilidades de contratación entre esposos, amplie las facultades negociales entre los cónyuges respecto a las reglas generales. Así, en el C.c. español se admite que los cónyuges puedan donarse bienes futuros, aunque solo para el caso de muerte y con ciertas limitaciones (art. 1341 del C.c.) cuando la regla general es la prohibición de donación de bienes futuros (art. 635). Esta posibilidad responde a la necesidad de dotar de transcendencia jurídica a la relación especial que surge entre los cónyuges. Así, en el caso del art. 1341 del C.c., la posibilidad de donación de bienes futuros traduce al C.c. español la figura del pacto sucesorio, prohibido con carácter general en el denominado Derecho común¹⁰⁵, pero admitido en esta forma cuando vincula a cónyuges¹⁰⁶. De nuevo aquí nos encontramos, ya desde la perspectiva del DIPr., con la tarea de delimitar el alcance respecto a esta figura de los derechos rectores de los efectos del matrimonio, de la sucesión y de las donaciones, cuestión sobre la que volveremos en el apartado tercero de este trabajo.

d) Relaciones jurídicas con terceros.

Los efectos del matrimonio no se limitan a las relaciones entre los cónyuges, sino que se extienden con frecuencia a las relaciones que mantengan con terceros. Ya habíamos visto cómo la existencia de la sociedad conyugal tiene como consecuencia en determinados supuestos la ampliación del patrimonio responsable de las deudas

¹⁰⁴. No será causa de revocación la supervivencia o supervivencia de hijos (art. 1343 del C.c.). Se considerá como incumplimiento de cargas la anulación del matrimonio si el donatario hubiese obrado de mala fe, y también será considerado como incumplimiento de cargas el hecho de que se considere que son imputables al donatario los hechos que sean causa de la separación o divorcio del matrimonio (art. 1343, tercer párrafo del C.c.). *Vid.* también la previsión del art. 14 del Código de Familia de Cataluña, en el que se prevé que la supervivencia de hijos solamente será causa de revocación de las donaciones entre cónyuges realizadas fuera de capítulos cuando los hijos sean comunes.

¹⁰⁵. El pacto sucesorio es admitido en el Derecho aragonés (arts. 62 y ss. de la Ley de Sucesiones por Causa de Muerte de Aragón), en Derecho navarro (Leyes 172 a 183 de la Compilación); en el Derecho propio del País Vasco (arts. 74 y ss. de la Compilación para Vizcaya y 179 y ss. para Guipúzcoa) y en el Derecho catalán (arts. 67 a 100 del Código de Sucesiones).

¹⁰⁶. *Vid.* J.A. Corbacho Gómez, “Artículo 1341”, en C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo Ponce de León, R. Bercovitz y P. Salvador Coderch (dirs.), *Comentario del Código Civil*, Madrid, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, 1991, pp. 624-627, pp. 625-626; J. Castán Tobeñas, *Derecho Civil Español Común y Foral*, t-V, vol. I, 12^a ed. (revisada por G. García Cantero y J.M^a Castán Vázquez), Madrid, Reus, 1994, pp. 639-640 y referencias contenidas en n. núm. 1.

contraídas por un cónyuge frente a un tercero¹⁰⁷. También ha sido ya señalado en qué supuestos ciertos contratos con terceros relativos a bienes comunes de los cónyuges, a la vivienda y al mobiliario familiar serán considerados nulos o anulables sobre la base de la falta de consentimiento de alguno de los cónyuges, apartándose de la regla general en materia de disposición de bienes comunes (art. 399 del C.c.) y excepcionando la facultad de libre disposición sobre los bienes propios que garantiza con carácter general el ordenamiento jurídico¹⁰⁸.

No se limitan, sin embargo, a estos supuestos los efectos del matrimonio sobre el contenido de las relaciones jurídicas en las que son parte alguno de los esposos con terceros. El supuesto que ha resultado más relevante en la práctica ha sido el relativo a la facultad del cónyuge del titular del arrendamiento de la vivienda familiar para suceder en dicho contrato a éste último en el caso de separación, nulidad o divorcio, desistimiento o fallecimiento¹⁰⁹. En el caso del desistimiento, la regulación de la LAU puede entenderse como un reflejo de la regla recogida en el art. 1320 del C.c. de acuerdo con la cual no es posible la disposición de los derechos sobre la vivienda habitual sin contar con el consentimiento del cónyuge no titular de tales derechos. En los otros supuestos se trata de disposiciones que pretenden proteger la vida familiar en los casos de crisis matrimoniales o de fallecimiento de uno de los cónyuges¹¹⁰. En todos ellos, el matrimonio se presenta como un elemento que incide de forma relevante en la regulación del arrendamiento, planteándose la duda de si ha de ser el Derecho rector de los efectos del matrimonio o el que rija el arrendamiento el que determine cómo incide el matrimonio en el contrato. Se trata de una cuestión que habremos de examinar en el apartado tercero de este trabajo.

¹⁰⁷. *Vid. supra* apartado A). Como hemos visto, es usual que se establezca que los bienes comunes y los privativos de ambos cónyuges responden de las cargas del patrimonio frente a terceros (art. 1319 del C.c.). Los bienes comunes, en caso de existir pueden responder de las deudas contraídas por un cónyuge en el ejercicio de “su profesión, arte u oficio”. La regla es que de las obligaciones contraídas por un cónyuge que no quepa encuadrar en su potestad de atender a las necesidades ordinarias de la familia solamente responderán los bienes privativos del otro cónyuge si este ha prestado su consentimiento (*vid.*, por ejemplo, el art. 9 del C. de c. español).

¹⁰⁸. Art. 348 del C.c. en lo que se refiere al Derecho de propiedad.

¹⁰⁹. Art. 15.1 de la LAU: “En los casos de nulidad del matrimonio, separación judicial o divorcio del arrendatario, el cónyuge no arrendatario podrá continuar en el uso de la vivienda arrendada cuando le sea atribuida de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 90 y 96 del Código civil.”. Art. 12.1 de la LAU: “Si el arrendatario manifestase su voluntad de no renovar el contrato o de desistir de él, sin el consentimiento del cónyuge que conviviera con dicho arrendatario, podrá el arrendamiento continuar en beneficio de dicho cónyuge.” Art. 16.1 de la LAU: “En el caso de fallecimiento del arrendatario, podrán subrogarse en el contrato: a) El cónyuge del arrendatario que al tiempo del fallecimiento conviviera con él.”

¹¹⁰. Así, por ejemplo, en el caso del derecho expectante de viudedad del Derecho aragonés, *vid.* la Sent. del TSJ de Aragón (Sala de lo Civil y Penal), de 30 de octubre de 1996 (RAJ, 1996/8280); así como el Voto Particular que la acompaña.

Merece una atención especial la regulación de las donaciones por razón del matrimonio. En el C.c. español los art. 1336 a 1343 se dedican a esta cuestión, introduciendo algunas diferencias en el régimen de tales donaciones respecto a la regulación general contenida en los arts. 618 a 656 del mismo cuerpo legal. También en el Derecho catalán y en el navarro se establecen previsiones específicas acerca de las donaciones entre cónyuges¹¹¹. Así, las donaciones hechas a los esposos se entienden hechas pro indiviso, incluyendo el derecho de acrecer, a diferencia de lo que se establece con carácter general en el art. 637, que es la presunción de qu la donación que se realiza a favor de varias personas se entiende hecha por partes iguales sin el derecho de acrecer. También se establece como causa específica para dejar sin efecto la donación el que el matrimonio no se contraiga en el plazo de un año¹¹². También se establece que se considerará como incumplimiento de cargas la separación y el divorcio cuando sean imputables al cónyuge donatario los hechos que hayan causado tal separación o divorcio y la nulidad del matrimonio fuese cual fuese la causa¹¹³. La existencia de estas regulaciones específicas relativas a las donaciones en los distintos ordenamientos vuelve a plantear en los supuestos heterogéneos la forma de articular la norma de conflicto relativa a los efectos del matrimonio con las que rige las donaciones; cuestión de la que nos ocuparemos en el apartado III del trabajo.

e) Matrimonio y Derecho público.

El matrimonio es también una institución relevante desde la perspectiva del Derecho público. Son varios los sectores en los que la norma jurídica establece una regulación diferenciada para aquellos supuestos en los que una relación conyugal incide en la situación regulada. Así, la normativa del impuesto sobre la renta presenta particularidades en aquellos casos en los que el sujeto pasivo del impuesto se encuentra casado. Como es sabido, el TC tuvo ocasión de pronunciarse acerca de la constitucionalidad de la normativa tributaria que diferencia entre solteros y casados en la STC 45/1989, de 20 de febrero de 1989¹¹⁴.

¹¹¹. Arts. 21 a 23 del Código de Familia de Cataluña y en las Leyes 112 a 118 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra.

¹¹². Art. 1342 del C.c.

¹¹³. Art. 1343 del C.c.

¹¹⁴. *Vid. supra* n. núm. 69.

Desde la perspectiva que a nosotros nos interesa, la específica del DIPr., la incidencia del matrimonio en el sector del Derecho público ha planteado hasta el momento los problemas más interesantes en lo que se refiere a la reclamación de prestaciones de Seguridad Social. Resulta frecuente que la normativa de la Seguridad Social prevea que el cónyuge del titular de la prestación resulte también beneficiario de ésta, o que goce de determinados beneficios para el supuesto de fallecimiento del titular. En estos casos la determinación de la existencia del matrimonio entre el titular y el que se pretende beneficiario se presenta como crucial en orden a concretar las posibilidad de que éste disfrute de las ventajas que ofrece la Seguridad Social. En los supuestos heterogéneos el reconocimiento de la existencia de este matrimonio plantea problemas específicos que han sido oportunamente tratados por la jurisprudencia y la doctrina, con especial incidencia en Francia, donde la problemática originada por la presencia en su territorio de un número importante de extranjeros que habían contraído en su propio país matrimonios poligámicos ha originado un profuso debate doctrinal y una importante práctica jurisprudencial¹¹⁵. Por su parte, el Reino Unido ha promulgado normativa específica en relación con los matrimonios poligámicos¹¹⁶, corrigiendo el rechazo total hacia los mismos que se derivaba de la Ley de Procedimientos Matrimoniales de 1973¹¹⁷

En teoría, en los supuestos que aquí se plantean también resultaría posible plantearse el alcance del Derecho rector de los efectos del matrimonio respecto a la normativa de Seguridad Social aplicable. En la práctica, sin embargo, esta concurrencia no se produce. Tal como tendremos ocasión de plantear en la tercera parte de este trabajo, la especialidad de la norma de conflicto en materia de efectos del matrimonio le permite aplicarse concurrentemente con otras normas de conflicto, precisando para ello de una técnica especial en la que la delimitación del alcance de la primera precisa la consulta de la *lex causae*. Ahora bien, esta concurrencia solamente opera en el seno de la técnica conflictual. La normativa en materia de Seguridad Social no precisa la previa consideración de una norma de conflicto que determine su ámbito de aplicación, sino

¹¹⁵. *Vid.* las referencias contenidas en Y. Loussouarn y P. Bourel, *Droit international privé*, París, Dalloz, 6^a ed. 1999, p. 361, notas núm. 1 y 2.

¹¹⁶. Ley Británica de DIPr. de 8 de noviembre de 1995. Puede consultarse en *REDI*, 1996, vol. XLVIII, núm. 2, pp. 345-352, pp. 347-348.

¹¹⁷. Cf. P. Orejudo Prieto de los Mozos, “Ley británica de Derecho internacional privado de 8 de noviembre de 1995. *Private International (Miscellaneous Provisions) Act 1995*”, *REDI*, 1996, vol. XLVIII, núm. 2, pp. 340-345.

que se aplica directamente en los supuestos que entran dentro de su ámbito de aplicación, determinado de una forma unilateral. En estas condiciones, la consideración de cualquier otra norma de conflicto solamente resultará pertinente si su aplicación se deriva de una remisión contenida en la propia normativa de Seguridad Social o si resulta necesaria para determinar el régimen jurídico de un supuesto heterogéneo. Así, si en el curso de la reclamación del cónyuge supérstite se plantea la posible nulidad del matrimonio entre el titular de la prestación o el reclamante puede resultar necesario que se tenga en cuenta la normativa de DIPr., incluidas, en su caso, las normas de conflicto atinentes al caso, ya que se trata de un problema que no viene directamente resuelto por la normativa sobre Seguridad Social. Esta laguna de regulación no se produce, sin embargo, respecto a la cuestión de si el cónyuge es o no beneficiario de las prestaciones reguladas (que sería el problema que, en su caso, podría entrar en el ámbito de la norma de conflicto en materia de efectos del matrimonio). Es la regulación específica relativa a la Seguridad Social la que resuelve esta cuestión, por lo que carece de sentido considerar lo que establezca el Derecho reclamado por la norma de conflicto en materia de efectos del matrimonio.

2. La categoría “matrimonio”.

A) El matrimonio canónico.

- a) La incidencia del Derecho canónico en la regulación civil del matrimonio.

El matrimonio es una institución que en nuestro entorno jurídico se ha incorporado tardíamente al Derecho estatal. Hasta el siglo XIX, y en muchos casos hasta las últimas décadas de éste, la regulación de esta institución fue una competencia exclusiva del Derecho canónico¹¹⁸. En España habrá que esperar al año 1870 para que

¹¹⁸. *Vid.* A. García Gárate, *op. cit.*, pp. 40-44; S.M. Cretney, *op. cit.*, p. 12. La Iglesia se apropió de la jurisdicción sobre el matrimonio en los comienzos de la Baja Edad Media (siglos XI a XIII) desplazando a la jurisdicción civil en esta materia. La competencia eclesiástica aparece con claridad como exclusiva a partir del siglo XVI, aunque será precisamente en esa época cuando la Reforma Protestante sentará las bases para la secularización de la institución, al negarle el carácter de sacramento. En los países en los que triunfó la Reforma la secularización del matrimonio comienza ya en el siglo XVI (1580 en los Países Bajos, siglo XVII en Inglaterra, cf. J. Gernhuber y D. Coester-Waltjen, *Lehrbuch des Familienrechts*, Múnich, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1994, p. 105, n. núm. 105). La secularización del matrimonio en los países de tradición católica no se produce hasta el triunfo de la

se apruebe la Ley de matrimonio civil, que regula por primera vez en nuestro país un matrimonio diferenciado del canónico¹¹⁹. A partir de esta fecha se mantendrá el matrimonio civil en nuestro país, si bien el Decreto de 9 de febrero de 1875 reduce su aplicación a quienes no profesasen la religión católica. El C.c. de 1889 recoge esta misma solución: matrimonio civil subsidiario respecto al canónico reservado a quienes no fuesen católicos. Salvo el paréntesis que supuso la II República, que reguló un matrimonio civil completamente separado del canónico y excluyó que éste pudiera tener efectos civiles, el sistema de matrimonio civil subsidiario respecto al canónico fue el vigente en nuestro país hasta la reforma del Código Civil de 7 de julio de 1981, si bien a lo largo de los años se observa cierta flexibilización en el requisito de acatolicidad necesario para poder acceder al matrimonio civil. Así, desde la radical prohibición inicial de que los bautizados pudiesen celebrar matrimonio civil (Decreto de 9 de febrero de 1875, Orden de 10 de marzo de 1941¹²⁰) se pasó a la admisión de esta celebración si se producía la apostasía de los contrayentes (Decreto de 26 de octubre de 1956¹²¹), bastando, tras la Ley de libertad religiosa de 28 de junio de 1967, una declaración de los interesados de abandono de la religión católica para que fuese posible celebrar el matrimonio civil¹²².

Actualmente, como es sabido, el sistema matrimonial español es de matrimonio civil único, aunque pudiendo celebrarse en forma civil o religiosa¹²³. Como puede observarse, sin embargo, esta solución no tiene en nuestro sistema más que dos décadas de antigüedad, encontrando en los sistemas de nuestro entorno jurídico una situación parecida¹²⁴. Es comprensible, por tanto, que no pueda realizarse ningún análisis del

Revolución francesa (Leyes de 20 de septiembre de 1792 sobre el matrimonio y el divorcio en Francia, aunque en 1787 ya se había establecido en este país la posibilidad de que los protestantes contrajesen matrimonio civil, *cf.* J. Gernhuber y D. Coester-Waltjen, *op. cit.*, p. 105, n.º num. 3), enmarcándose esta secularización en la política de reducción del papel de la Iglesia que defendían determinadas corrientes revolucionarias. En España será también esta corriente anticlerical la que explica las primeras manifestaciones de matrimonio civil en nuestro país, auspiciadas por algunas de las Juntas Revolucionarias que surgieron tras el triunfo de la revolución de septiembre de 1868 (*vid.* F. Martí Gilabert, *El matrimonio civil en España. Desde la República hasta Franco*, Pamplona, EUNSA, 2000, pp. 29-34). En otros países, sin embargo, la instauración del matrimonio civil encuentra su explicación en el intento de los monarcas de reafirmar su poder frente a la Iglesia; así, por ejemplo, en el caso de Austria, donde el emperador José II establece el matrimonio civil en 1783).

¹¹⁹. Ley de 15 de junio de 1870, publicada en la *Gaceta de Madrid* el 21 de junio. Entró en vigor el 1 de septiembre de 1870, *cf.* F. Martí Gilabert, *op. cit.*, pp. 11-14.

¹²⁰. *Cf.* A. García Gárate, *op. cit.*, pp. 55 y 60.

¹²¹. *Ibidem*, p. 61.

¹²². *Ibidem.*, pp. 61-62.

¹²³. Art. 49 del C.c.

¹²⁴. Puede consultarse C.M. Entrena Klett, *op. cit.*, pp. 165-168 sobre las fechas en que se introduce en diversos países el matrimonio civil, bien con carácter obligatorio, bien manteniéndose la posibilidad de celebrar un matrimonio religioso.

matrimonio en el Derecho europeo actual que desconozca al Derecho canónico; no solamente por lo reciente de la emancipación del matrimonio de la tutela de la Iglesia; sino porque esta emancipación, como no podía ser de otra manera, no significó la ruptura con la concepción canónica del matrimonio. Como puede apreciarse de la evolución seguida por esta progresiva instauración del matrimonio civil, ésta se hizo con frecuencia manteniéndose la existencia del matrimonio canónico, y cuando la regulación del matrimonio civil vino acompañada de la privación de efectos civiles para el matrimonio canónico, tal privación no significó que el legislador civil volviese la espalda a la concepción del matrimonio que mantenía la Iglesia y que había tenido una importancia tan determinante en la sociedad desde hacía siglos¹²⁵. De esta forma, algunas de las características más relevantes del matrimonio canónico han pasado a los Derechos europeos y a los que son herederos de éstos en otras partes del Mundo.

b) Del matrimonio romano al matrimonio canónico.

Resulta clásico en el Derecho canónico distinguir entre el matrimonio como acto y el matrimonio como estado¹²⁶. El último es consecuencia de la celebración del primero, lo que reafirma uno de los caracteres más relevantes del matrimonio canónico, su carácter formal, característica que ha sobrevivido, además, a la secularización de la institución. El matrimonio, se ha afirmado es un negocio jurídico de derecho de familia de carácter formal¹²⁷. Así, si el matrimonio (acto) no se celebra de acuerdo a una determinada forma, el estado matrimonial no llega a surgir¹²⁸. Se trata de una característica del matrimonio canónico que en la actualidad se encuentra recogida en el c. 1108.1 del Código de Derecho Canónico de 25 de enero de 1983¹²⁹ y que trae su

¹²⁵. Así, por ejemplo, el legislador español de 1870 se limitó a establecer un remedio del matrimonio canónico, un modelo conocido y, seguramente, más fácilmente asumible por la sociedad, que en su mayoría era católica, *cf.* F. Martí Gilabert, *op. cit.*, pp. 11-12.

¹²⁶. *Cf.* C.M^a Entrena Klett, *op. cit.*, p. 261.

¹²⁷. *Cf.* F. de Castro y Bravo, *El Negocio Jurídico*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1971, p. 266.

¹²⁸. *Cf.* C.M^a Entrena Klett, *op. cit.*, p. 33. *Vid.* L. Díez-Picazo y Ponce de León, “El negocio jurídico del Derecho de familia”, *RGLJ*, Segunda Época, año CX, t-XLIV (212), pp. 771-792, pp. 772-773.

¹²⁹. “Solamente son válidos aquellos matrimonios que se contrae ante el Ordinario del lugar o el párroco, o un sacerdote o diácono delegado por uno de ellos para que asistan, y ante dos testigos, de acuerdo con las reglas establecidas en los cánones que siguen, y quedando a salvo las excepciones de que se trata en los cc. 144, 1112 § 1, 1116 y 1127 §§ 1 y 2.”

origen del Concilio de Trento¹³⁰. Con anterioridad al Concilio de Trento, el matrimonio canónico se configuraba como un puro negocio consensual, y no como un negocio formal¹³¹. A su vez, este carácter negocial, incluso desligado de ningún requisito de forma, suponía un cambio considerable del matrimonio canónico respecto a su antecedente inmediato, el matrimonio romano. En Roma el matrimonio se entendía como una situación de hecho a la que se dotaba de ciertos efectos jurídicos¹³²; tal situación de hecho surgía de la convivencia entre un hombre y una mujer con *affection maritalis*, sin que tuviese relevancia alguna la voluntad de los cónyuges por hacer nacer una determinada relación jurídica. Lo único que valoraba el Derecho era su voluntad de convivir como marido y mujer. En estas condiciones, por tanto, resultaba imposible cualquier exigencia formal, dado que ni siquiera podía hablarse de un negocio jurídico al que hubiese que dotar de carácter formal.

La concepción romana del matrimonio se mantiene durante siglos sin que la Iglesia incida en su regulación. No es hasta el siglo XII-XIII que comienza a percibirse una actuación legislativa de la Iglesia en este sector¹³³. Tal actuación implica la consagración del carácter de negocio jurídico (contrato) del matrimonio¹³⁴, aunque aún sin exigir una forma necesaria para el mismo. Tal forma, como se acaba de indicar, es fruto del Concilio de Trento¹³⁵, manteniéndose hasta la actualidad¹³⁶. Esta actuación

¹³⁰. En concreto, del capítulo Tametsi del Concilio, Sesión XXIV, Decreto *De reformatio matrimonii*, capítulo 1, cf. R. Navarro-Valls, “Canon 1108”, en A. Marzoa, J. Miras y R. Rodríguez-Ocaña (coord.), *Comentario Exegético al Código de Derecho Canónico*, Pamplona, EUNSA, 1996, vol. III, pp. 1446-1449, p. 1447. Puede consultarse en la dirección de Internet www.multimedios.org/docs/d000436 (31 de agosto de 2002).

¹³¹. Cf. R. Navarro-Valls, *loc. cit.*, p. 1447.

¹³². Cf. J. Miquel, *Dret Privat Romà*, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 348. Este autor recoge la definición del matrimonio atribuida a Modestino y que resalta el carácter “realista” del matrimonio romano. *Nuptia sunt coniuctio maris et feminae et consortium onmis vitae divini et humani iuris communicatio* (el matrimonio es la unión de un hombre y de una mujer, consorcio de toda la vida, comunicación de Derecho divino y humano). *Vid.* también J.M^a. González del Valle, *Derecho canónico matrimonial*, Pamplona, EUNSA, 6^a ed. 1991, pp. 20-21. *Vid.* también X. O’Callaghan, “Concepto y calificación jurídica de las uniones de hecho”, en *id. (dir.), Consecuencias jurídicas de las uniones de hecho, Cuadernos de Derecho Judicial 1997*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1998, pp. 13-373, pp. 23-27.

¹³³. Cf. J.I. Bañares, “Introducción al Sacramento del Matrimonio”, en A. Marzoa, J. Miras y R. Rodríguez-Ocaña (coord.), *op. cit.*, vol. III, pp. 1019-1044, p. 1035.

¹³⁴. El elemento clave en la evolución de la situación de hecho romana hasta el contrato matrimonial del Derecho canónico es el consentimiento, elevado por la Iglesia a elemento fundamental del matrimonio (cf. J.M^a González del Valle, *op. cit.*, p. 20); pero no será hasta las Decretales (1234), que se presente el matrimonio como un contrato, cf. C.M^a Entrena Klett, *op. cit.*, p. 261. *Vid.* J. Bart, *Histoire du droit privé. De la chute de l’Empire Romain au XIX^e siècle*, París, Montchrestien, 1998, pp. 278-280.

¹³⁵. *Vid. supra* n. núm. 130. *Vid.* J. Bart, *op. cit.*, pp. 290-291. El Derecho Real recogió los Decretos tridentinos, ratificando así su aplicación en los Estados católicos. En España, fue la Real Cédula de Felipe II de 12 de julio de 1564 la que estableció la obligación de dar cumplimiento en todos los territorios de la Monarquía a los acuerdos del Concilio. En Francia, es el rey Enrique III el que en 1579, siguiente la solicitud de los Estados Generales reunido en Blois en 1576 ordena el cumplimiento de los

legislativa de la Iglesia, sin embargo, no alteró, sino que, en todo caso, confirmó, una de las características esenciales del matrimonio romano, la de constituirse como una “comunidad de vida” entre los cónyuges. Efectivamente, el matrimonio en Roma comienza a entenderse como una relación en la que ambos cónyuges establecen el equivalente a una “sociedad personal” en la que ambos actúan en interés de la familia¹³⁷. Esta caracterización del matrimonio se mantiene y acentúa en el Derecho canónico, pasando posteriormente al Derecho secular y convirtiéndose en un elemento de identificación del matrimonio en las sociedades occidentales, tal como se muestra si consideramos el contenido de las obligaciones personales del matrimonio tal como aparecen definidas en los Derechos de nuestro entorno jurídico¹³⁸. En el Derecho canónico esta comunidad de vida, fruto de la celebración del matrimonio, aparece recogida actualmente en el canon 1055 del Código de 1983¹³⁹. Ya adelantamos que esta característica del matrimonio occidental habrá de considerarse como piedra angular en la identificación de un concepto de matrimonio útil para el DIPr.

c) Las características del matrimonio canónico.

Tal como acabamos de ver, la caracterización del matrimonio como un negocio jurídico formal es una aportación del Derecho canónico que altera la concepción romana

artículos del Concilio referidos al matrimonio (*cf.* J. Bart, *op. cit.*, p. 291). Estos decretos reales reforzaban la competencia exclusiva de la Iglesia en materia matrimonial y el carácter formal del matrimonio, lo que también era percibido como una necesidad social (*vid.* J. Bart, *op. cit.*, p. 292; *vid.* También S.M. Cretney, *op. cit.*, p. 14 sobre la formalización del matrimonio en Inglaterra mediante la *Lord Hardwicke's Act* de 1753. En Escocia se mantuvo la falta de formalidad del matrimonio hasta 1940, resultando posible hasta 1856 que los residentes en Inglaterra se desplazasen hasta Escocia con el fin de celebrar allí su matrimonio sin respetar las exigencias formales que había introducido la ley de 1753).

¹³⁶. Tal como hemos visto, el c. 1108 del Código de Derecho Canónico de 1983 mantiene el carácter formal del matrimonio (*supra* n. núm. 130). Con posterioridad al Concilio de Trento, el Código de Derecho Canónico de 1917 había mantenido el carácter formal del matrimonio (*cf.* c. 1094: “*Ea tantum matrimonia valida sunt quae contrahuntur coram parocho, vel loci Ordinario, vel sacerdote alteutro delegato et duobus saltem testibus, secundum tamen regulas expressas in canonibus qui sequuntur, et salvis excepcionibus de quibus in can. 1098, 1099*”.

¹³⁷. *Vid.* P. Veyne, “El Imperio Romano”, en Ph. Ariès y G. Duby (dir.), *Historia de la vida privada*, t-I, *Del Imperio Romano al Año Mil* (trad. de F. Pérez Gutiérrez), Barcelona, Círculo de Lectores, 1993, pp. 19-227, pp. 49 y 52-56.

¹³⁸. *Vid. supra* apartado 1. Esta característica no es universal. Los antropólogos han identificado instituciones que se asemejan al matrimonio y en el que se encuentra excluida esta comunidad de vida. *Vid. infra* apartado C).

¹³⁹. “La alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida...” En el Código de Derecho canónico de 1917 la idea de sociedad conyugal se hallaba profundamente mediatisada por el fin de procreación, *cf.* el c. 1082 § 1: “*Ut matrimonialis consensus haber possit, necesse est ut contrahentes saltem non ignorant matrimonium esse societatem permanentem inter virum et mulierem ad filios procreandos.*”. El tenor del c. 1055 del Código de 1983 recoge la idea que ya se encontraba en la definición de Modestino, *vid. supra* n. núm. 132.

del matrimonio, una caracterización que, además, ha sido asumida de una forma indubitable por los Derechos europeos. Otras características del matrimonio canónico, sin embargo, ya se encontraban en el matrimonio romano. Así, el carácter heterosexual y monogámico del matrimonio. En lo que se refiere al primer aspecto, no nos encontramos ante un rasgo de especial originalidad, ya que es casi una constante universal el que se excluya la aplicación de las regulación del matrimonio a las uniones homosexuales¹⁴⁰. Por el contrario, la monogamia es una opción del matrimonio romano que no era compartida por muchas de las culturas contemporáneas de la romana y que, aún hoy, es una opción que dista de ser unánimemente aceptada¹⁴¹. La opción por la monogamia en Roma, sin embargo, nunca fue cuestionada¹⁴² y el Derecho canónico la admitió sin reservas, coincidiendo el planteamiento monógamo con la tradición judeocristiana y siendo piedra angular de la consideración sacramental del matrimonio¹⁴³.

El dibujo del matrimonio canónico aún podría perfilarse más. Así, a su carácter formal, monogámico y heterosexual, aún cabría añadir la decidida vinculación del instituto a la procreación. Así, el Código de Derecho Canónico de 1917 establecía que los fines primarios del matrimonio eran la procreación y educación de la prole, siendo fines secundarios el mutuo auxilio y el remedio contra la concupiscencia¹⁴⁴. El Código vigente mantiene la generación y educación de los hijos como un fin del matrimonio¹⁴⁵ siguiendo la tradición existente, de tal forma que la exclusión de la descendencia es

¹⁴⁰. Existen, sin embargo, algunos ejemplos de matrimonio entre personas del mismo sexo en distintas culturas. Así, entre los dahomey (África occidental) resulta posible que una mujer pague la dote de otra mujer convirtiéndose así en el “marido femenino” de esta última, los hijos que ésta pueda tener de las uniones que le asigne la primera pasarán a estar bajo la potestad del “marido femenino”. También se conocen casos de matrimonios homosexuales, en este caso de dos hombres, entre los kwakiutl, de la costa oeste de Norteamérica, cf. M. Harris, *Antropología cultural*, Madrid, Alianza Editorial, 2001, p. 197. E. Artuch Iriberry (“La libertad individual y las parejas ante el Derecho internacional privado”, *REDI*, 2002, vol. LIV, núm. 1, pp. 41-63, p. 45) apunta que en la tradición grecorromana se reconocía a las uniones homosexuales cierta transcendencia jurídica. De las uniones homosexuales en la cultura jurídica occidental actual nos ocuparemos un poco más adelante.

¹⁴¹. El matrimonio poligámico se encuentra presente, de alguna manera, en el 90% de todas las culturas, cf. M. Harris, *op. cit.*, p. 190.

¹⁴². Cf. P. Veyne, *loc. cit.*, p. 47.

¹⁴³. Consideración que no se impone más que a partir del siglo XI, cf. J. Bart, *op. cit.*, pp. 277-278.

¹⁴⁴. Canon 1013.1 del Código de 1917: “*Matrimonii finis primarius est procreatio atque educatio prolis; secundarium mutuum auditorium et remedium concupiscentiae*”. Vid. C.M^a Entrena Klett, *op. cit.*, p. 263.

¹⁴⁵. Canon 1055.1 del Código de 1983: “La alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevada por Cristo Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados.”

causa de nulidad del matrimonio¹⁴⁶. En el canon 1096 se establece que el contenido mínimo del consentimiento para el matrimonio incluye que éste es “un consorcio permanente entre un varón y una mujer, ordenado a la procreación de la prole mediante una cierta cooperación sexual”.

Desde la perspectiva canónica, la indisolubilidad del vínculo se presenta también como un elemento de singular relevancia¹⁴⁷ y de introducción puramente canónica. La tradición romana y de otras culturas admitía el repudio y es propiamente la legislación de la Iglesia sobre la materia (Decreto de Graciano, Decretales de Gregorio IX) la que consagra la indisolubilidad del vínculo¹⁴⁸. Con posterioridad, se ha reafirmado el principio de la indisolubilidad del vínculo, aunque este principio admite excepciones. Así, en los supuestos de matrimonio rato y no consumado¹⁴⁹ y en los supuestos de matrimonio entre no bautizados¹⁵⁰. En los primeros siglos del cristianismo, también era motivo de disolución del matrimonio el acceso a la dignidad episcopal por parte de alguno de los cónyuges¹⁵¹.

B) La secularización del matrimonio en Europa.

a) La herencia canónica.

Cuando se produce la secularización del matrimonio a partir de los últimos años del siglo XVIII y durante el siglo XIX el modelo que se acoge es el matrimonio canónico, tal como ya habíamos apuntado en el apartado anterior. Varias de las características del matrimonio canónico pasan sin cambios sustanciales a las legislaciones civiles europeas. Así, el carácter formal del matrimonio, sustituyendo la presencia del sacerdote por la de una autoridad civil¹⁵². El carácter formal del

¹⁴⁶. *Vid. J.M^a González del Valle, op. cit., pp. 76 y 83.*

¹⁴⁷. *Vid. canon 1056 del Código de 1983: “Las propiedades esenciales del matrimonio son la unidad y la indisolubilidad, que en el matrimonio cristiano alcanzan una particular firmeza por razón del sacramento.”*

¹⁴⁸. *Cf. J. Bart, op. cit., pp. 285-286.*

¹⁴⁹. *Vid. el c. 1142 del Código de Derecho canónico de 1983.*

¹⁵⁰. *Vid. los cánones 1143 y ss. Vid. J.M^a González del Valle, op. cit., pp. 149 y 152-153.*

¹⁵¹. *Vid. M. Rouche, “Alta Edad Media Occidental”, en Ph. Ariès y G. Duby (dir.), op. cit., t-I, pp. 402-533, p. 441.*

¹⁵². *Cf. J. Gernhuber y D. Coester-Waltjien, op. cit., p. 105. Vid. también J. Bart, op. cit., pp. 474-475. En ningún caso se optó por volver a la concepción romana del matrimonio como hecho, alejado de cualquier formalismo. De hecho, durante el siglo XIX, la visión predominante en la romanística, sin duda influida por la percepción del matrimonio propia de aquella época, es la de que en el Derecho romano el*

matrimonio es, incluso, más acusado en la legislación civil que en la canónica, ya que en la primera no suelen preverse supuestos en los que el matrimonio resulte válido cuando no concurre en su celebración una autoridad competente¹⁵³, mientras que en el matrimonio canónico sí se regulan tales casos¹⁵⁴. La concepción del matrimonio como una comunidad de vida entre los cónyuges, que, tal como hemos visto, tiene su origen en el Derecho romano, y ha sido mantenida en el Derecho canónico, también ha sido recogida por los Derechos europeos que siguieron a la etapa codificadora¹⁵⁵. De la misma forma, el carácter monogámico y heterosexual del matrimonio fue asumido sin duda alguna por los Derechos de nuestro entorno jurídico, no siendo hasta estos últimos años en que se ha comenzado a plantear la posibilidad de los matrimonios homosexuales, de los que nos ocuparemos un poco más adelante.

También existe continuidad entre el matrimonio canónico y las regulaciones civiles en lo que se refiere a los requisitos de edad para contraer matrimonio y a las prohibiciones de consanguinidad. Por lo que se refiere a la primera de las cuestiones, tanto el Derecho canónico como el Derecho civil mantienen el criterio de que el matrimonio solamente puede celebrarse entre personas que han alcanzado la pubertad. Cuestión distinta es que la edad en que se concreta este requisito varíe en uno u otro Derecho y en una y otra época. Así, en el Código de Derecho canónico vigente se mantiene que la edad a partir de la cual puede contraerse matrimonio es de 16 años para los varones y 14 para las mujeres¹⁵⁶. Esta misma edad era la prevista en el Código de 1917 como mínima para poder contraer válidamente matrimonio, aunque en éste último se preveía la posibilidad de que, de acuerdo con las costumbres del lugar, se autorizara la celebración del matrimonio a quienes no habían alcanzado todavía esta edad¹⁵⁷. En el Derecho civil español actual, pese a que se mantiene que no pueden contraer

matrimonio era un contrato. No será hasta finales del siglo XIX que se abra paso la explicación del matrimonio romano como una situación de hecho con consecuencias jurídicas.

¹⁵³. En el Derecho español tan solo se prevé (art. 53 del C.c.) que “[L]a validez del matrimonio no quedará afectada por la incompetencia o falta de nombramiento legítimo del Juez, Alcalde o funcionario que lo autorice, siempre que al menos uno de los cónyuges hubiera procedido en buena fe, y aquéllos ejercieran sus funciones públicamente.”

¹⁵⁴. *Vid.* el canon 1116 del Código de Derecho canónico de 1983, donde se establece la validez del matrimonio únicamente ante testigos en caso de peligro de muerte si no se puede acudir a persona competente sin gran dificultad o, incluso fuera del peligro de muerte, si la situación de grave dificultad se prevé prudentemente que la situación de dificultad se prolongará al menos durante un mes.

¹⁵⁵. *Vid. supra* n. núm. 125.

¹⁵⁶. *Vid.* el c. 1083 del Código de Derecho canónico de 1983.

¹⁵⁷. Cf. c. 1067 del Código de 1917: “§ 1. Vir ante decimum sextum aetatis annum completum, mulier ante decimum quartum item completum, matrimonium validum inire non possunt. § 2. Licet matrimonium post praedictam aetatem contractum validum sit, curent tamen animarum pastores ab eo avertere iuvenes ante aetatem, qua, secundum regionis receptos mores, matrimonium iniri solet.”

matrimonio los menores no emancipados, se admite que se dispense el impedimento de edad a partir de los catorce años. Es decir, se mantiene el criterio de la pubertad y no el de la mayoría de edad, aunque no se establece ninguna diferencia entre los sexos al establecer como edad mínima para ambos la de 14 años. Es muestra así nuestro Derecho de que aún no se ha completado el tránsito desde una visión del matrimonio centrada en la procreación a otra que tenga como núcleo la comunidad de vida que ha de seguir a la celebración. Solamente de esta forma se entiende que se mantenga la posibilidad de que una persona que aún no ha alcanzado la capacidad de obrar jurídica que acompaña a la mayoría de edad sí pueda prestar el consentimiento matrimonial¹⁵⁸. El hecho de que el matrimonio entre los catorce y los dieciocho años precise de la dispensa judicial no altera sustancialmente esta conclusión, ya que tal dispensa no aparece en la práctica guiada por el criterio de la especial madurez del joven que desea contraer matrimonio, sino, usualmente, por la concurrencia de circunstancias que se vinculan a la capacidad de procrear (embarazo), y no a la capacidad para asumir responsablemente la constitución de una comunidad de vida¹⁵⁹.

Existe, pues, cierta continuidad entre el Derecho canónico y los Derechos civiles de nuestro entorno jurídico en lo que se refiere a su vinculación a la capacidad para procrear, al menos por lo que respecta a la determinación de la edad mínima para contraer matrimonio. Pese a ello se aprecia la tendencia –más acusada en los Derechos estatales que en el Derecho canónico– a vincular esta edad mínima con la capacidad para asumir responsablemente el compromiso de convivencia que supone el matrimonio, tendiéndose a retrasar la edad mínima para contraerlo hasta alcanzar legalmente la capacidad de obrar (mayoría de edad o emancipación). En cualquier caso, nuestra tradición se encuentra alejada del matrimonio entre niños¹⁶⁰. Dado que el matrimonio exige el consenso de los cónyuges, este no puede entenderse celebrado con anterioridad a que se haya alcanzado el grado de madurez mínimo para que pueda producirse dicho consenso. Ni siquiera en los momentos en los que la sociedad asumió que correspondía a las familias y no a los cónyuges acordar los matrimonios se admitió que el

¹⁵⁸. *Vid.* L.I. Arechederra Aranzadi, “Artículo 45”, en J.L. Lacruz Berdejo (coord.), *op. cit.*, pp. 76-149, pp. 104-108.

¹⁵⁹. *Cf.* L.I. Arechederra Aranzadi, *loc. cit.*, p. 106.

¹⁶⁰. Dada la vinculación entre matrimonio y sexualidad (*vid.* M. Harris, *op. cit.*, p. 195), resulta usual que solamente los púberes puedan contraerlo.

consentimiento de los padres pudiese sustituir al de los esposos, siendo siempre éste preciso para que pudiera entenderse válidamente celebrado el matrimonio¹⁶¹.

En lo que respecta a la prohibición de que contraigan matrimonio entre sí quienes se hayan ligados por un parentesco cercano, la única variación que se observa entre los diferentes Derechos estatales y entre éstos y el Derecho canónico es la concreción del grado de parentesco que impide el matrimonio. El principio no es discutido y se encuentra ampliamente reconocido en nuestro entorno jurídico. La prohibición de matrimonio entre parientes en línea recta es absoluta sin que se conozcan excepciones ni en los Derechos vigentes ni en los Derechos históricos, al menos de nuestra área jurídica. La prohibición de matrimonio entre colaterales es también absoluta hasta el segundo grado (matrimonio entre hermanos), aunque aquí si que existen excepciones a la norma en el Derecho histórico¹⁶². En la tradición que arranca en el Derecho Romano, sin embargo, el matrimonio entre hermanos no fue admitido¹⁶³. El Derecho canónico mantuvo esta prohibición que pasó sin alteraciones a los Derechos seculares.

Existen diferencias entre los diferentes Derechos en lo que se refiere al matrimonio entre colaterales a partir del segundo grado. Así, mientras en algunos Derechos es posible el matrimonio entre tío y sobrino, en otros muchos se encuentra prohibido¹⁶⁴. El matrimonio entre primos se encuentra también sometido a limitaciones en ciertos ordenamientos¹⁶⁵. Menos usuales son los impedimentos por afinidad, que impiden el matrimonio con los que han sido cónyuges de los parientes cosanguíneos y con los parientes cosanguíneos del cónyuge (matrimonio entre suegro y nuera, entre

¹⁶¹. Sin olvidar tampoco, que este consenso debía ir acompañado de la consumación del matrimonio para que éste pudiese entenderse plenamente eficaz. *Vid. infra* n. núm. 171. La necesidad de consumación explica la importancia que tiene haber alcanzado la pubertad para poder contraer válidamente matrimonio.

¹⁶². Es bastante conocido que los faraones del antiguo Egipto podían contraer matrimonio con sus hermanas; también era posible el matrimonio entre hermanos entre las clases dirigentes del Imperio Inca, cf. M. Harris, *op. cit.*, p. 204.

¹⁶³. Cf. F. Betancourt, *Derecho Romano Clásico*, Sevilla, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2^a ed. 2001, p. 402. En el mundo griego, sin embargo, es posible que se admitiera el matrimonio entre hermanos, *vid.* sobre esta cuestión J.M. Modrzejewski, “Die Geschwisterrehe in den hellenistischen Praxis und nach römischen Recht”, en *id.* (ed.), *Statut personnel et liens de famille dans les droits de l’Antiquité*, Aldershot, Hampshire (R.U.)/Brookfield, Vermont (USA), Variorum, 1984, núm. VII (también publicado en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanische Abteilung*, t-81, 1964, pp. 52-82).

¹⁶⁴. Actualmente, en el Derecho español este matrimonio es posible con dispensa judicial (*vid.* arts. 47 y 48 del C.c.).

¹⁶⁵. Este era el caso del Derecho español hasta la reforma de 1981, en el que el matrimonio entre parientes colaterales en cuarto grado exigía dispensa para poder ser celebrado. Actualmente, sin embargo, no existe en nuestro Derecho limitación alguna para el matrimonio entre primos.

suegra y yerno, entre cuñados, etc.). Actualmente el Derecho español no establece ninguna limitación para el matrimonio entre afines, aunque sí las conoció en el pasado¹⁶⁶.

b) Matrimonio y procreación.

Los puntos en los que se observa una mayor diferenciación entre la regulación canónica y la civil en materia matrimonial son los referidos a la indisolubilidad del matrimonio y su vinculación con la procreación. En lo que se refiere a esta última cuestión, actualmente ya no se mantiene que la procreación sea un fin del matrimonio ni que su exclusión pueda ser causa de nulidad matrimonial, a diferencia de lo que sucede en el Derecho canónico¹⁶⁷. Es cierto que la influencia del Derecho canónico sobre las regulaciones seculares del matrimonio implicó que durante un tiempo se mantuviera también en éstas la vinculación entre matrimonio y procreación; de tal forma que se afirmaba el derecho de los esposos a contar con la colaboración del otro para conseguir descendencia¹⁶⁸. Esta vinculación ha ido relajándose paulatinamente, hasta el punto actual, en el que se niega que el matrimonio que por imposibilidad o libre deseo de los padres carece de descendencia deje de ser un matrimonio completamente pleno y eficaz¹⁶⁹.

¹⁶⁶. El art. 84 del C.c. establecía en su primera redacción: “Tampoco pueden contraer matrimonio entre sí: 1º Los ascendientes y descendientes por consanguinidad o afinidad legítima o natural. 2º Los colaterales por consanguinidad legítima hasta el cuarto grado. 3º Los colaterales por afinidad legítima hasta el cuarto grado. 4º Los colaterales por consanguinidad o afinidad natural hasta el segundo grado. 5º El padre o madre adoptante y el adoptado; éste y el cónyuge viudo de aquéllos, y aquéllos y el cónyuge viudo de éste. 6º Los descendientes legítimos del adoptante con el adoptado, mientras subsista la adopción. 7º Los adulteros que hubiesen sido condenados por sentencia firme. 8º Los que hubiesen sido condenados como autores, o como autor y cómplice de la muerte del cónyuge de cualquiera de ellos.”

¹⁶⁷. Cf. J.Mª González del Valle, *op. cit.*, p. 83.

¹⁶⁸. *Vid.* la opinión de Bromley que recoge J.L. Lacruz Berdejo: “el derecho mutuo al trato sexual prosigue cuando el matrimonio se consuma, con tal que sea razonablemente ejercitado: un cónyuge no está obligado a someterse a las exigencias del otros que sean desordenadas o no razonables, o puedan acarrear perjuicio a su salud. La esposa tiene derecho a realizar su natural deseo de tener hijos, de modo que su marido no puede insistir en el uso de anticonceptivos o de otros artificios”. Cf. J.L. Lacruz Berdejo, “Artículo 68”, en J.L. Lacruz Berdejo (coord.), *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil*, Madrid, Civitas, 2ª ed. 1994, pp. 650-664 (revisado para la 2ª ed. Por J. Rams Albesa y J. Delgado Echevarría), p. 655. *Vid.* también sobre el planteamiento de esta cuestión en Francia C. Richards, “The legal recognition of same-sex-couples- The French perspective”, *ICLQ*, 2002, vol. 51, núm. 2, pp. 305-324, p. 307 y referencias allí contenidas.

¹⁶⁹. Cf. J. Gernhuber y D. Coester-Waltjen, *op. cit.*, pp. 176-177. *Vid.* también L.-F. Ragel Sánchez, *¿A qué obliga el matrimonio?*, Cáceres, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Extremadura, 1998, pp. 53-54. En el Derecho anglosajón, en cambio, la imposibilidad de mantener relaciones sexuales entre los cónyuges o la no consumación del matrimonio permanecen como motivo de nulidad del mismo, *vid.* S.M. Cretney, *op. cit.*, pp. 63-72.

La evolución de la vinculación entre matrimonio y procreación es deudora de los cambios que se han producido en la valoración de la relación entre matrimonio y sexualidad entre los cónyuges. Aquí, incluso en el Derecho canónico resulta apreciable una evolución, que se hace patente si consideramos la diferencia existente entre el c. 1081 § 2 del Código de Derecho canónico de 1917 y el c. 1055 § 1 del Código de 1983. De acuerdo con el primero de ellos el consentimiento matrimonial se configura como la entrega recíproca del “derecho al cuerpo” de cada uno de los cónyuges para realizar los actos destinados a engendrar la prole¹⁷⁰. Es decir, el matrimonio se concibe poco más o menos como la recíproca entrega del derecho a mantener relaciones sexuales. El derecho de cada cónyuge a mantener estas relaciones con el otro se complementaba con la prohibición de relacionarse sexualmente con terceros. El Derecho canónico pudo construir así a partir de este punto un Derecho matrimonial basado en la dogmática contractual, en el que el cuerpo de los cónyuges obraba como objeto del contrato¹⁷¹.

El Código de 1983, frente al de 1917 y la posición tradicional de la Iglesia, no menciona este *ius in corpus* para destacar el “consorcio de toda la vida” que surge del matrimonio¹⁷² y que, como veíamos, era elemento nuclear de la concepción romana del matrimonio. Esta evolución no es, seguramente, ajena a los cambios experimentados en la sociedad occidental en las últimas décadas, en las que la concepción canónica del *ius in corpus* resultaba ya totalmente inadmisible por ser contraria a la dignidad de la persona y su libre autodeterminación sexual. Estos principios de dignidad y libertad impiden que el ordenamiento prefigure de alguna forma cuál ha de ser el modelo de relaciones sexuales entre los cónyuges, siendo únicamente competencia de estos su definición. Debe destacarse, sin embargo, que la consagración jurídica de este resultado es muy reciente y que, incluso en nuestro entorno jurídico más inmediato, no dejan de encontrarse algunos elementos que no encajan totalmente con estos principios básicos, plenamente asumidos por la ética dominante en nuestras sociedades.

¹⁷⁰. “*Consensus matrimonialis est actus voluntatis quo utraque pars tradit et acceptat ius in corpus, perpetuum et exclusivum, in orden ad actus per se aptos ad prolis generationem.*”

¹⁷¹. *Vid.* por ejemplo, el debate en torno al carácter consensual o real del matrimonio durante la Edad Media, *cf.* J. Bart, *op. cit.*, pp. 278-279. Actualmente, de acuerdo con el Derecho canónico el matrimonio se entiende válidamente celebrado sin necesidad de consumación; pero aquél matrimonio que no ha sido consumado puede ser disuelto. *Vid.* el canon 1142 del Código de 1983: “El matrimonio no consumado entre bautizados, o entre parte bautizada y parte no bautizada, puede ser disuelto por causa justa por el Romano Pontífice, a petición de ambas partes o de una de ellas, aunque la otra se oponga.”

¹⁷². *Vid.* el c. 1055 § 1 del Código de 1983 (*supra* n. núm. 139). *Vid.* una valoración de las diferencias en este punto de los Códigos de 1917 y 1983 en C.M. Entrena Klett, *op. cit.*, pp. 261-262.

Así, el Derecho secular sobre el matrimonio mantuvo la concepción del *ius in corpus* como resultado de la celebración¹⁷³. De esta forma, el deber de convivencia incluiría el mantenimiento de relaciones sexuales¹⁷⁴ y el deber de fidelidad se concebiría como teniendo dos versiones, una negativa (la prohibición del adulterio) y una positiva, la práctica de relaciones sexuales entre los cónyuges¹⁷⁵. Ciertamente, este contenido obligacional del matrimonio, al igual que los deberes de convivencia y fidelidad estrictos, no pueden ser impuestos coactivamente¹⁷⁶; tales dificultades son presentadas como obstáculos procesales a dicha exigibilidad, pero sin que se plantee abiertamente su exclusión del contenido obligacional del matrimonio¹⁷⁷. Actualmente, sin embargo, debería mantenerse que el diseño de la comunidad de vida que constituye el matrimonio corresponde únicamente a los cónyuges, que pueden libremente incluir en él o excluir el mantenimiento de relaciones sexuales. Como límite a tal diseño aún se mantendría la imposibilidad de incluir en él a terceros, derivado de la obligación de fidelidad que, normalmente, se incluye dentro de las obligaciones personales del matrimonio.

De acuerdo con lo anterior, por tanto, la imposibilidad por parte de alguno o de los dos cónyuges para mantener relaciones sexuales no constituye impedimento matrimonial¹⁷⁸. Tan solo podría, indirectamente, suponer tal si alguno de los cónyuges

¹⁷³. *Vid.* J.L. Lacruz Berdejo, “Artículo 68”, *loc. cit.*, p. 655.

¹⁷⁴. *Vid.* el planteamiento del problema en L.F. Ragel Sánchez, *loc. cit.*, p. 284. G. García Cantero (“Artículo 18”, en M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t-II, Madrid, EDERSA, 1982, pp. 190-198, pp. 195-196 apunta la existencia de una “perspectiva positiva” del deber de fidelidad previsto en el C.c. y que implicaría el mantenimiento de relaciones sexuales entre los cónyuges; *vid.* también J.L. Lacruz Berdejo y otros, *Elementos de Derecho Civil. IV. Familia*, Madrid, Dykinson, 2002 (ed. Revisada por J. Rams Albesa), p. 65.

¹⁷⁵. *Vid.* G. García Cantero, en M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t-II, Madrid, EDERSA, 1982, p. 195.

¹⁷⁶. No debería olvidarse, sin embargo, como hasta tiempos muy recientes, se ha discutido sobre la posibilidad de que se diera el delito de violación dentro del matrimonio, *vid.* C. Carmona Salgado, “Artículo 179”, en M. Cobo del Rosal (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Madrid, EDERSA, t-VI, pp. 469-503, pp. 483-494.

¹⁷⁷. *Vid.* J.L. Lacruz Berdejo, “Artículo 68”, *loc. cit.*, p. 655. *Vid.* también J. Gernhuber y D. Coester-Waltjen, *op. cit.*, pp. 173-177 (las obligaciones personales de los cónyuges son inexigibles). *Vid.* L.F. Ragel Sánchez, *op. cit.*, pp. 284-286, donde se plantea si la ausencia de relaciones puede constituir una infracción del deber de convivencia. La conclusión final a la que llega el autor es la de que ni siquiera la negativa reiterada e injustificada al mantenimiento de relaciones sexuales puede tener consecuencias jurídicas; pero tal conclusión no llega sino tras una detallada consideración de múltiples argumentos contrarios a ella.

¹⁷⁸. Hasta el año 1981 se mantuvo en el Derecho civil español el impedimento de impotencia. *Vid.* la redacción de este precepto con anterioridad a la Ley 30/1981, de 7 de julio: “No pueden contraer matrimonio (...) 3º Los que adolecieren de impotencia física, absoluta o relativa, para la procreación con anterioridad a la celebración del matrimonio, de una manera patente, perpetua e incurable”. Se mantiene, sin embargo, en el Derecho canónico el impedimento de impotencia, aunque la impotencia sobrevenida con posterioridad a la celebración del matrimonio no anula éste. *Vid.* el c. 1084 § 1 del Código de 1983: “La impotencia antecedente y perpetua para realizar el acto conyugal, tanto por parte del hombre como de la mujer, ya absoluta ya relativa, hace nulo el matrimonio por su misma naturaleza.”

contrajo matrimonio desconociendo esta circunstancia, pues podría fácilmente entenderse que la capacidad para mantener relaciones sexuales es una cualidad personal determinante en la prestación del consentimiento¹⁷⁹. Podría, incluso por esta vía del error, mantenerse la nulidad del matrimonio en el que alguno de los cónyuges es estéril desconociéndolo el otro, siempre, claro, que se pruebe que la fertilidad fue un elemento determinante en la prestación del consentimiento matrimonial¹⁸⁰.

c) La disolubilidad del vínculo.

Otro punto en el que las diferencias entre la regulación canónica y la regulación civil del matrimonio es el que se refiere a la indisolubilidad del vínculo. En el caso del matrimonio canónico esta indisolubilidad se presenta como un elemento esencial de la institución, que diferencia, además, el matrimonio canónico y el matrimonio romano, donde la figura del repudio era conocida y practicada. En el Derecho canónico, sin embargo, la disolución del matrimonio solamente es posible si no se encuentra aún consumado o si se trata de matrimonio entre no bautizados¹⁸¹. El matrimonio rato (entre bautizados) y consumado no puede ser disuelto en ningún caso. La única forma de poner fin al estado matrimonial es la declaración de nulidad del mismo, lo que, si bien desde un punto de vista práctico puede implicar las mismas consecuencias que la disolución del matrimonio, parte de una fundamentación completamente diferente.

El principio de indisolubilidad del matrimonio, que había construido la Iglesia católica y consagrado legalmente durante la Edad Media, fue cuestionado por la Reforma protestante, que negó el carácter de sacramento al matrimonio. De esta forma, el matrimonio pasaba a ser considerado un contrato que no tenía por qué estar dotado de un carácter indisoluble¹⁸². En los países que acogieron la Reforma, por tanto, desde el siglo XVI es conocida la posibilidad de disolver el vínculo matrimonial. En los países católicos, sin embargo, la posibilidad del divorcio solamente se plantea una vez que se

¹⁷⁹. *Vid.* el art. 73 del C.c.: “Es nulo cualquiera que sea la forma de su celebración: (...) 4º El [matrimonio] celebrado por error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento.”

¹⁸⁰. Se ha planteado si la esencialidad de la cualidad que ha provocado el error ha de valorarse de una forma subjetiva u objetiva (*vid.* C.M. Entrena Klett, *op. cit.*, p. 390). No parece que existan dificultades para entender que la impotencia debe incluirse entre tales características esenciales, mientras que existen más dudas acerca de la esencialidad de la fertilidad, *vid.* C.Mª Entrena Klett, *op. cit.*, pp. 393-394.

¹⁸¹. *Vid. supra* notas núms. 149, 150 y 151.

¹⁸². Cf. J. Bart, *op. cit.*, p. 290.

produce la secularización de la regulación matrimonial. En varios Estados, incluso, se mantuvo durante décadas la indisolubilidad del vínculo matrimonial como consecuencia de la influencia determinante del Derecho canónico en las primeras legislaciones civiles sobre el matrimonio¹⁸³. En la actualidad, sin embargo, la posibilidad de disolver el vínculo matrimonial se encuentra presente en la inmensa mayoría de los Derechos¹⁸⁴. Esta posibilidad de disolución no implica que el compromiso matrimonial pueda incluir un límite temporal¹⁸⁵. El consentimiento es para constituir una comunidad de vida que, en principio, se pretende no tenga fin más que por la muerte de alguno de los cónyuges. Ahora bien, el ordenamiento jurídico prevé la posibilidad de que los cónyuges no deseen mantener dicha comunidad y les permite disolverla mediante el divorcio. A partir de aquí, las diferencias entre los distintos Derechos son importantes, pues mientras algunos no exigen para admitir el divorcio más que la voluntad de los dos cónyuges o de uno de ellos, en otros el divorcio no puede ser declarado más que si concurre alguna de las causas tasadas previstas por la ley. En algunos ordenamientos nos encontramos con un divorcio culpabilista, en el que uno de los cónyuges puede ser

¹⁸³. Art. 1 de la Ley del matrimonio civil de 1870.

¹⁸⁴. En Irlanda fue legalizado tras un referéndum en 1995. Actualmente, Chile es el único país occidental donde no se admite la disolución del matrimonio, ya que el divorcio previsto en la legislación de aquel país no supone el fin del vínculo matrimonial (*vid. art. 19 de la Ley chilena de matrimonio civil, <http://colegioabogados.org/normas/leyes/matrimonio.htm>*). No obstante, en estos momentos se encuentra en fase de elaboración una ley del divorcio que se pretende entrar en vigor a lo largo del año 2003 (*vid. http://www.imagenlatinoamericana.com/latinoamerica/latinoamerica_es.asp?articleId=286, consultado el 16 de febrero de 2003; <http://www.lasemanajuridica.cl/LaSemanaJuridica/1164/article-15596.html>, consultado el 16 de febrero de 2003*).

¹⁸⁵. *Vid. el art. 45 del C.c.: “No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial. La condición, término o modo del consentimiento se tendrá por no puesta.”* De acuerdo con este precepto, por tanto, no resulta posible el matrimonio sometido a término. En este punto coincide el Derecho español con la mayoría de los ordenamientos jurídicos. Las divergencias surgen en cuanto a la consideración de los efectos que supone la introducción de un término final en el consentimiento matrimonial. En el caso español este término se entenderá como no puesto, por lo que daremos eficacia a la voluntad hipotética de los contrayentes (se entiende que si consentían en un matrimonio a término, consentirían igualmente en un matrimonio de duración indefinida, *vid. I. Arechederra Aranzadi, “Artículo 45”, loc. cit., p. 123; L.Díez-Picazo y Ponce de León, “El negocio jurídico...”. loc. cit., pp. 785-786*). En el Derecho alemán, el § 1311 del BGB establece que el consentimiento matrimonial no puede prestarse sometido a condición o término (“Die Eheschließenden müssen die Erklärungen nach § 1310 Abs. 1 persönlich und bei gleichzeitiger Anwesenheit abgeben. Die Erklärungen können nicht unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung abgegeben werden.”) La vulneración de este precepto implica la posibilidad de declarar la nulidad del matrimonio (§ 1314 (1) BGB: “Eine Ehe kann aufgehoben werden wenn sie entgegen den Vorschriften der §§ 1303, 1304, 1306, 1307, 1311 geschlossen worden ist.”) El art. 108 del Código civil italiano ofrece también una solución específica para este supuesto. De acuerdo con este precepto no pueden introducirse términos o condiciones en el consentimiento matrimonial. En caso de que los cónyuges incluyan en su consentimiento alguno de estos elementos el oficial del Estado civil no ha de proceder a la celebración. Ahora bien, si el matrimonio, pese a todo, se celebra, el término o condición se tendrán por no puestos. Art. 108 del C.c. italiano: “La dichiarazione degli sposi di prendersi rispettivamente in marito e in moglie non può essere sottoposta né a termine né a condizione. Se le parti aggiungono un termine o una condizione, l’ufficiale dello stato civile non può procedere alla celebrazione del matrimonio. Se ciò nonostante il matrimonio è celebrato, il termine e la condizione si hanno per non apposti.”

declarado “responsable” de la ruptura, mientras que en otros Derecho resulta irrelevante a cual de los esposos pueden atribuirse las circunstancias que han puesto fin a la convivencia conyugal (divorcio sanción o divorcio por hechos objetivos¹⁸⁶).

En cualquier caso, la admisión prácticamente universal de la posibilidad de poner fin al vínculo conyugal impide que podamos incluir la indisolubilidad entre los caracteres identificadores del matrimonio. En este punto, el Derecho canónico se encuentra prácticamente aislado en el mantenimiento de este carácter de la institución matrimonial; aunque, tal como hemos visto, incluso en este ordenamiento se encuentran supuestos de disolución del vínculo matrimonial.

Por último apenas hace falta indicar que la secularización del Derecho matrimonial ha eliminado la relevancia que tienen en el Derecho canónico todos los impedimentos matrimoniales que se vinculan a los votos de celibato y castidad. Así, los cánones 1087 y 1088 del Código de Derecho canónico de 1983 prohíben el matrimonio de quienes han recibido órdenes sagradas y quienes están vinculados por voto perpetuo de castidad en un instituto religioso¹⁸⁷. También en este punto se mantuvo en un principio en el Derecho secular la prohibición canónica¹⁸⁸; pero actualmente ya no se recogen estos impedimentos de Derecho eclesiástico en la regulación civil del matrimonio.

C) El matrimonio en las culturas no occidentales.

a) La importancia de la calificación.

El matrimonio occidental, de fuerte influencia romana y canónica, se caracteriza, tal como acabamos de ver, por su carácter heterosexual y monógamo, orientado a formar entre los cónyuges una “comunidad de vida” cuyo contenido, actualmente, es definido fundamentalmente por el acuerdo de los propios cónyuges, estabeciéndose

¹⁸⁶. *Vid.* M. Alonso Pérez, “Artículo 86”, en J.L. Lacruz Berdejo (coord.), *op. cit.*, pp. 892-917, pp. 893-894.

¹⁸⁷. C. 1087: “Atentan inválidamente el matrimonio quienes han recibido las órdenes sagradas.” C. 1088: “Atentan inválidamente el matrimonio quienes están vinculados por voto público perpetuo de castidad en un instituto religioso.” *Vid.* el comentario de este precepto de J.I. Bañares en A. Marzoa, J. Miras y R. Rodríguez-Ocaña (dirs.), *op. cit.*, vol. III, pp. 1179-1186.

¹⁸⁸. En la primera redacción del C.c. se impedía el matrimonio civil de “los ordenados *in sacris* y los profesos en una Orden religiosa canónicamente aprobada, ligados con voto solemne de castidad a no que unos y otros hayan obtenido la correspondiente dispensa canónica” (art. 83.4º).

como elementos mínimos de esta comunidad la convivencia de los esposos y la prohibición de mantener relaciones sexuales con terceros. La institución matrimonial así definida será, seguramente, reconocida por un gran número de ordenamientos de nuestro entorno jurídico, pero dista de ser lo suficientemente flexible como para abarcar un número relevante de instituciones originarias de culturas diferentes a la nuestra y que, pese a que tienen ciertos puntos de relación con nuestro matrimonio, carecen de algunos de los caracteres esenciales de éste. Ciertamente, la carencia de estos elementos esenciales a la institución matrimonial desde la perspectiva del Derecho español imposibilita el que tales figuras puedan ser considerados como equivalentes al matrimonio. Esta conclusión, sin embargo, no hace desaparecer el interés de su estudio en el marco de un trabajo sobre los efectos del *matrimonio* en DIPr.¹⁸⁹ Esta rama del ordenamiento ha de enfrentarse, precisamente, al encaje en nuestro sistema de institutos procedentes de otros ordenamientos y que, quizás, en el suyo reciben la calificación de matrimonio. La concreción del tratamiento jurídico de tales institutos en el sistema español de DIPr. exige analizar la naturaleza y función social de la figura en su propio ordenamiento para, a partir de ahí, determinar sus equivalentes en el Derecho español y concretar las soluciones jurídicas que cabe predicar respectos a las cuestiones que se planteen en relación con estas figuras¹⁹⁰.

Lo anterior explica que el fenómeno del matrimonio en el Derecho comparado no puede ser analizado por el internacionalprivatista mediante la simple proyección sobre los distintos Derechos de la concepción de la institución que se pueda identificar en su propio ordenamiento. La calificación en el ámbito del DIPr. ha de partir de las concepciones del foro; pero, a la vez, ha de estar abierta a la consideración de las diferencias entre los distintos Derechos materiales¹⁹¹. Esto es especialmente relevante en nuestro caso por la extrema variedad de la configuración del matrimonio en las diferentes culturas¹⁹². Solamente mediante una consideración del Derecho comparado no distorsionada por prejuicios etnocéntricos se podrán identificar en cada caso aquellos caracteres del matrimonio que resultarán relevantes para el tratamiento de los supuestos

¹⁸⁹. E. Artuch Iribarri (“La libertad individual...”, *loc. cit.*, p. 51) apunta las dificultades de concreción del concepto matrimonio en DIPr., pese a la aparente “banalidad” del problema desde la perspectiva civil.

¹⁹⁰. *Vid.* J.C. Fernández Rozas y S.A. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 2^a ed. 2001, pp. 202-203; S. Álvarez González, “Artículo 12, apartado 1”, en M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (dirs.), *op. cit.*, t-I, vol. 2, 2^a ed., 1995, pp. 842-880, esp. pp. 868-874.

¹⁹¹. Cf. S. Álvarez González, “Artículo 12, apartado 1”, *loc. cit.*, pp. 859-860.

¹⁹². *Vid.* D. Heinrich, *op. cit.*, p. 2, acerca de la necesidad de que el concepto de matrimonio desde una perspectiva conflictual sea más amplio que el propio del Derecho material.

heterogéneos. Esta tarea de exploración se enfrenta, sin embargo, a la dificultad inicial de encontrar aquel o aquellos elementos que nos permitan identificar la institución matrimonial en aquellos ordenamientos en que ésta no presenta los caracteres definitorios que hemos identificado en el apartado anterior. El concepto de matrimonio se muestra como especialmente esquivo a cualquier tipo de definición. Así, fuera del ámbito de la ciencia del Derecho, en el campo de la antropología cultural, en el que el estudio de los distintos fenómenos matrimoniales presenta un interés relevante, no ha sido posible concretar ninguna definición de matrimonio que abarque todos los fenómenos sociales que en unas y otras culturas reclaman la calificación de matrimonial¹⁹³. Por nuestra parte, a continuación examinaremos algunos de estos institutos que, fuera del marco cultural occidental, son denominados matrimonio con el fin de completar una visión del sustrato material sobre el que descansa la problemática matrimonial en el ámbito del DIPr.

b) La identificación de una comunidad de vida entre los cónyuges.

El primer elemento que deberá ser considerado en el análisis de las figuras que en otros sistemas ejercen funciones sociales cercanas a las del matrimonio occidental es la de que, con frecuencia, el elemento nuclear de tales institutos no es el establecimiento de una comunidad de vida entre hombre y mujer. Los antropólogos no se acercan al fenómeno matrimonial a partir de esta comunidad, sino que exploran las necesidades sociales que explican la aparición de la figura. De esta forma, el matrimonio se vincula inicialmente con la regulación del mantenimiento de relaciones sexuales, la procreación y el cuidado y educación de la prole¹⁹⁴. A partir de este elemento nuclear, sin embargo, la institución matrimonial se va diversificando, ya que la relación que surge

¹⁹³. *Vid.* M. Harris, *op. cit.*, pp. 195-198.

¹⁹⁴. *Cf.* M. Harris, *op. cit.*, pp. 200-201. Así, el matrimonio es definido por K. Gough como “la relación social establecida entre una mujer y una o más personas, que asegura que el hijo nacido de la mujer, en circunstancias que no estén prohibidas por la regla de la relación, obtenga los plenos derechos del status por nacimiento que sean comunes a los miembros normales de su sociedad o de su estrato social.” (*ibidem.*, p. 195). Por su parte, M. Harris lo define como “la conducta, sentimientos y reglas concernientes al apareamiento heterosexual entre corresidentes y a la reproducción en contextos domésticos.” (*ibidem.*, p. 197). El matrimonio es, además, el elemento fundacional de la familia nuclear, institución social reconocida casi universalmente y que, entre otras funciones, garantiza la protección de la mujer y la prole durante los meses de gravidez y durante los meses o años de lactancia, *vid. ibidem*, p. 187.

entre sus integrantes puede ser utilizada con fines más amplios que la protección de la prole¹⁹⁵.

Un examen de las formas matrimoniales en las diferentes culturas nos permite encontrar ejemplos de “matrimonio” en el que el resultado del mismo no es la constitución de una comunidad de vida entre los cónyuges. Se dan supuestos en los que el matrimonio se concibe como una mera forma de legitimación de los hijos, sin que entre marido y mujer surja ningún tipo de comunidad. Es el caso de los nayar de Kerala, en la India, entre los que las mujeres se casan al llegar a la pubertad con un “marido ritual” con el que, sin embargo, no conviven. Siguen viviendo en su casa de origen, con sus hermanos y hermanas, manteniendo relaciones sexuales con varios hombres. Los hijos que tiene la esposa son considerados legítimos a causa de su matrimonio, pese a que tales hijos no lo sean de su marido y a que, incluso, no se identifique a su padre biológico. Ahora bien, tales hijos no se integran en la familia del marido, sino que son educados en unidades domésticas dominadas por el hermano de su madre¹⁹⁶. En África también son conocidos casos en los que el matrimonio no supone la constitución de una comunidad de vida entre esposo y esposa, sino que la mujer asume determinadas obligaciones (preparar la comida para el marido, por ejemplo) mientras que el esposo continúa viviendo con sus hermanas, madres y sobrinos (el caso de ashanti del África occidental¹⁹⁷) o en casas exclusivas para hombres (los fur del sur del Sudán¹⁹⁸). En estos casos y otros semejantes dudo de que la institución pueda ser calificada como matrimonio por el DIPr. español (y, seguramente, por el de cualquier sistema de nuestro entorno jurídico). La constitución de una comunidad de vida entre marido y mujer es solamente una de las opciones posibles desde una perspectiva antropológica para ordenar el mantenimiento de relaciones sexuales y la procreación; pero esta opción ha recibido en la cultura jurídica occidental el carácter de esencial ya desde el Derecho Romano, habiéndose mantenido hasta la actualidad. Es el elemento nuclear de nuestra concepción del matrimonio y pese a que, como veremos, la definición de esta

¹⁹⁵. Integración en una familia, por ejemplo. *Vid.* el ejemplo extremo de los kwakiutl a los que nos referimos en la n. núm. 140. Entre este pueblo de la costa del Pacífico de Norteamérica es posible que un hombre que desee obtener los privilegios de un jefe se case con el lado derecho o izquierdo del jefe, o con una de sus piernas o de sus brazos, *cf.* M. Harris, *op. cit.*, p. 197. En este caso el matrimonio es utilizado como mecanismo de asociación con el jefe. Este autor destaca la multiplicidad de funciones que desempeña la institución matrimonial en las diferentes culturas, haciendo prácticamente imposible encontrar un concepto que permita abarcárlas a todas.

¹⁹⁶. *Cf.* M. Harris, *op. cit.*, pp. 189 y 196.

¹⁹⁷. *Cf.* M. Harris, *op. cit.*, p. 189.

¹⁹⁸. *Ibidem.*

comunidad de vida es extraordinariamente flexible, correspondiendo actualmente a los cónyuges su concreción dentro de un amplio margen de libertad, no podrá calificarse como matrimonio a la relación que excluye tal comunidad. En cada caso deberemos examinar si la función social que desempeña la institución que se considera matrimonial desde una perspectiva *emic*¹⁹⁹ incluye o no esta comunidad de vida. Si tal comunidad no aparece como un fin o una consecuencia del “matrimonio” deberemos negarle equivalencia a tal figura con nuestro matrimonio, haciéndose preciso resolver los problemas de tráfico externo que puedan derivarse de tal instituto desde otras perspectivas. Nos ocuparemos con algo más de detalle de estas cuestiones en el apartado III de este trabajo.

c) El matrimonio poligámico.

Merece una consideración especial el matrimonio poligámico. Tal como hemos indicado, la monogamia del matrimonio occidental desde el Derecho romano es un rasgo relativamente original en el panorama comparado. Desde una perspectiva histórica, la poligamia aparece como la forma de matrimonio predominante entre las culturas humanas y aún hoy, pese al influjo de la concepción occidental del matrimonio en todo el Mundo es frecuente encontrar ordenamientos jurídicos que acogen el matrimonio poligámico. Como resultado de ello, los sistemas de DIPr. occidentales se enfrentan con frecuencia al tratamiento de cuestiones vinculadas a matrimonios poligámicos (validez de los segundos y posteriores matrimonios, pensiones de viudedad o compensatorias, carácter matrimonial o no matrimonial de los hijos, etc.²⁰⁰). El tratamiento de estas cuestiones ha sido ocasión de poner a prueba los límites en la flexibilidad de nuestros propios ordenamientos frente a instituciones extrañas, así como la eficacia de institutos propios del DIPr. como la excepción de orden público y la acción de las normas materiales imperativas. Los epígrafes II y III de este trabajo son el lugar donde corresponde desarrollar estas cuestiones en relación con el tema que nos ocupa: el tratamiento en el DIPr. de los efectos del matrimonio; pero tales tratamientos serán forzosamente deudores de la configuración del matrimonio poligámico en los distintos ordenamientos; cuestión de la que nos ocuparemos a continuación.

¹⁹⁹. *Vid.* sobre las diferencias entre una perspectiva *emic* y *etic* M. Harris, *op. cit.*, pp. 28-29.

²⁰⁰. *Vid.* Y. Loussouarn y P. Bourel, *op. cit.*, p. 361, notas núm. 1 y 2.

La extensión de la poligamia en diferentes países y culturas tiene como primera consecuencia la de que el concepto no es unívoco. Existen grandes diferencias entre unos matrimonios poligámicos y otros. Así, se ha establecido como una diferencia básica dentro de los sistemas poligámicos aquella que separa los casos de poliginia (un solo marido tiene varias mujeres) de los de poliandria (una mujer tiene varios maridos)²⁰¹. Se trata, sin embargo, de una distinción que no resulta relevante a nuestros fines. Desde una perspectiva jurídica poco importa si la multiplicidad es de maridos o de esposas; ya que el principio de la igualdad de sexos nos obligará a proporcionar la misma solución tanto a unos casos como a otros. A nosotros nos resultará mucho más interesante identificar el tipo de relaciones que surgen del matrimonio poligámico, con el fin de identificar si, aunque matizada, surge la comunidad de vida característica del matrimonio occidental. A este respecto se ha señalado desde la antropología que en los matrimonios poligámicos pueden ser explicados como una pluralidad de matrimonios monógamos; existiendo tantas familias nucleares como esposas (en el caso de la poliginia) o maridos (en los supuestos de poliandria)²⁰². Examinado de esta forma el fenómeno de la poligamia, no resultaría imposible identificar en este tipo de matrimonio una comunidad de vida equivalente a la del matrimonio occidental. Cada uno de los matrimonios en los que podría componerse una relación poligámica podría ser equivalente al matrimonio occidental; pudiendo plantearse que en cada uno de estos supuestos existe la comunidad de vida que caracteriza a nuestra institución matrimonial. Ciertamente, el hecho de que uno de los cónyuges mantenga simultáneamente varias de estas comunidades puede resultarnos chocante, ya que la exclusividad parece ser a nuestros ojos un elemento esencial en la identificación de esta comunidad de vida²⁰³; pero debemos tener en cuenta que en nuestra cultura jurídica actualmente la configuración de esta comunidad puede ser extraordinariamente flexible por la incidencia de la autonomía de la voluntad de los cónyuges. No podría resultar imposible que tal comunidad dejara abierta la posibilidad de que los esposos mantuvieran relaciones con terceros. En este supuesto, pese al acuerdo de los cónyuges, resultaría vulnerada la obligación de fidelidad, que define el contenido del consentimiento

²⁰¹. O, como expresa M. Harris, sistemas en los que un marido es compartido por varias esposas (poliginia) o una esposa es compartida por varios maridos (polyandria). *Vid.* M. Harris, *op. cit.*, p. 190. Como es de sobra conocido, son más abundantes los supuestos de poliginia que de polyandria.

²⁰². *Vid.* G.P. Murdock, *cit.*, por M. Harris, *op. cit.*, p. 190.

²⁰³. Recuérdese como una de las obligaciones personales del matrimonio que se encuentran presentes en la mayoría de las regulaciones de nuestro entorno jurídico es la de fidelidad, que remarca este carácter exclusivo de la comunidad de vida.

matrimonial²⁰⁴; pero no el mantenimiento de una comunidad de vida, ya que actualmente no puede dejarse más que en manos de los cónyuges la definición de tal comunidad. A partir de aquí el problema será el de determinar si en cada uno de los concretos supuestos que consideremos es posible identificar tal comunidad de vida. Mientras en algunos supuestos de matrimonio poligámico sí puede que resulte posible encontrar en las relaciones que se establecen entre marido y mujer los elementos esenciales para que podamos identificar tal comunidad de vida²⁰⁵; en otros supuestos la relación que se deriva del matrimonio no resulta descomponible en varias relaciones bilaterales, sino que el conjunto de cónyuges operan como un único grupo²⁰⁶

Incluso admitiendo que en el matrimonio poligámico pueda identificarse la comunidad de vida que caracteriza al matrimonio occidental, aún deberíamos considerar la incidencia en tal comunidad de la no exclusividad de la misma. El primer punto que debemos considerar en este análisis es que la posibilidad de establecer diversas comunidades de vida simultáneamente que se deriva del matrimonio poligámico excede un simple supuesto de infidelidad. Si en el matrimonio poligámico nos encontráramos simplemente ante un caso en el que uno de los cónyuges se viese liberado del deber de fidelidad no creo que resultase posible, a partir de este dato, negar la calificación jurídica de matrimonio a la unión poligámica. El deber de fidelidad se encuentra presente en nuestro matrimonio desde sus orígenes romanos, pero no creo que pueda ser considerado como un elemento identificador de la relación matrimonial. Actualmente, y dado el amplio margen que se concede a la autonomía de la voluntad en la configuración de la comunidad conyugal comienza a dejar de ser extraño que se admita

²⁰⁴. *Vid. supra* apartado 1.1.A .a). La obligación de fidelidad es uno de los deberes que conforman el contenido de la relación matrimonial y, por tanto, no puede ser modificada por ningún acuerdo de los cónyuges que tuviera por objeto alterar el contenido del consentimiento matrimonial (*cf.* P. Salvador Coderch, “Artículo 45”, *loc. cit.*, p. 135). Sin embargo, no se excluye que durante el matrimonio los cónyuges lleguen a acuerdos que tengan como objeto concretar tal obligación (*vid.* L.F. Ragel Sánchez, *loc. cit.*, p. 273). Tales acuerdos podrían para algunos, incluso, implicar una modificación o eliminación de esta obligación (*vid.* Mª. Del C. Gete-Alonso y Calera, “Art. 69”, *loc. cit.*, p. 323). Resulta dudoso, sin embargo, que pactos de este último tipo pudiesen tener carácter vinculante (*vid.* P. Salvador Coderch, “Artículo 45”, *loc. cit.*, p. 136). Los cónyuges pueden excluir entre ellos el deber de fidelidad; pero esto no implica que el cumplimiento de tal pacto pueda ser exigido. Pese a la existencia de tal pacto, la infidelidad conyugal seguirá siendo motivo de separación de acuerdo con el art. 82.1º del C.c.

²⁰⁵. Así, en el matrimonio poligámico propio de los países musulmanes. De acuerdo con el Derecho musulmán, el matrimonio se concibe en cada caso como relación entre el hombre y la mujer; siendo aconsejable la monogamia y resultando posible que el varón contraiga matrimonio con más de una esposa solamente en el caso de que pueda tratar con imparcialidad a todas sus esposas (*El Corán*, 4.3, http://www.intratext.com/IXT/ESL0024/_PF.HTM), *vid.* S. Aldeeb y A. Bonomi (ed.), *op. cit.*, pp. 96-97; Z. Combalía, “Estatuto de la mujer en el Derecho matrimonial islámico”, *Aequitas*, núm. 6, consultado en http://www.juridicas.com/areas_virtual/Articulos/45-Derecho%20Civil/200105-estatuto_de_la_mujer.html, el 16 de febrero de 2003).

²⁰⁶. *Cf.* M. Harris, *op. cit.*, pp. 190-191.

que los cónyuges acuerden la posibilidad de mantener relaciones con terceras personas que no suponen ruptura de la comunidad conyugal. Si el deber de fidelidad no se encontrase separado en la regulación vigente del resto de los deberes conyugales resultaría perfectamente posible mantener la posibilidad de un matrimonio en el que los esposos acordasen excluir el deber de fidelidad. En estas circunstancias, por tanto, no resulta posible excluir de la categoría matrimonio a aquél en el que está permitida, desde nuestro punto de vista, la infidelidad.

Ahora bien, como hemos dicho, la poligamia excede a la infidelidad. En el caso de la poligamia ya no se trata de mantener relaciones sexuales o afectivas²⁰⁷ con terceros, sino de simultanear la especial unión que implica el matrimonio con otra u otras relaciones del mismo tipo. En principio, parecería que el carácter compartido del matrimonio es contrario a la “plena comunidad de vida” que se deriva de éste. Ahora bien, no creo que resulte imposible mantener una postura más matizada. Así, en primer lugar, antes de dar una respuesta definitiva, hemos de afinar los caracteres del concreto matrimonio poligámico al que nos enfrentamos²⁰⁸; determinando la posición en que se coloca cada uno de los cónyuges sucesivos respecto al marido o la esposa que se comparten y frente a los otros cónyuges. Solamente una vez que se haya realizado esta tarea resultará posible analizar si las relaciones que se establecen en el seno de un matrimonio poligámico responden o no a nuestra idea de comunidad de vida. En segundo lugar, hemos de tener en cuenta que, tal como hemos dicho, esta comunidad de vida puede adoptar formas muy diferentes de acuerdo con el diseño que realicen los cónyuges. En estas circunstancias, no creemos que deba acogerse un concepto de comunidad excesivamente estricto, pues este podría dejar fuera de la categoría de matrimonio supuestos que actualmente se encuentran socialmente aceptados y respaldados por algunos ordenamientos jurídicos de nuestro entorno que, como hemos dicho, otorga gran libertad a los cónyuges en la configuración de su convivencia. Finalmente, debemos de tener en cuenta que la poligamia *de facto* ha sido admitida por los ordenamientos y sociedades occidentales durante siglos. Solamente así se explica, por ejemplo, el rigor en la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos y el distinto tratamiento de la infidelidad del marido y de la mujer. Tales diferencias traducían de

²⁰⁷. *Vid.* J.A. Doral, “Artículo 82”, en J.L. Lacruz Berdejo (coord.), *op. cit.*, pp. 840-862, p. 850 sobre la posibilidad del “adulterio sentimental”.

²⁰⁸. Así, puede resultar que las posiciones de las diferentes esposas o maridos difieran. Así, podría ser que, pese a los sucesivos matrimonios del esposo, la primera de sus mujeres mantenga una posición de predominio en el hogar. O también podría darse que las subsiguientes esposas desplazasen a las anteriores, manteniéndose la comunidad de vida únicamente con la última de las esposas.

una forma vergonzante en el Derecho la existencia de “segundas familias”, plenamente reconocidas de hecho por la sociedad. La existencia de estas segundas familias nunca puso en cuestión el mantenimiento de la familia nuclear y la eficacia del vínculo matrimonial. Algunos supuestos de poligamia no se alejan demasiado de este modelo tan cercano a nuestra cultura²⁰⁹.

En resumen, no creo que resulte imposible en todos los casos de poligamia negar a este tipo de unión el carácter de matrimonial. Tras examinar la configuración del instituto en su ordenamiento de origen podría ser que resultara identificable la comunidad de vida entre esposos que caracteriza en nuestra cultura jurídica a la institución matrimonial. Por descontado que esta calificación no implicará automáticamente el reconocimiento en nuestro Derecho de la validez del matrimonio. Para poder llegar a este resultado será aún necesario considerar las exigencias derivadas del orden público internacional y cuestiones tales como el Derecho aplicable a la prestación del consentimiento o a la capacidad de los cónyuges²¹⁰. Estas serán cuestiones de las que nos ocuparemos en el apartado III de este trabajo.

D) La convivencia no matrimonial.

a) Las parejas de hecho.

El aumento en el número de las parejas de hecho en las últimas décadas en Europa y Estados Unidos supone uno de los cambios más relevantes en la estructura de la familia en nuestro entorno cultural. Aunque con ciertos altibajos²¹¹, se aprecia una línea general de aumento en el número de parejas que deciden convivir maritalmente sin formalizar su unión. Esta situación, a su vez, ha originado la necesidad de ofrecer

²⁰⁹. Actualmente, las sociedades occidentales experimentan lo que se ha denominado “poligamia sucesiva”, que acercaría nuestra cultura a aquéllas en las que se admite la poligamia *strictu sensu* (sociedades, en muchas de las cuales, además, la poligamia se encuentra en recesión), *vid.* H. Gaudemet-Tallon, “La désunion du couples en droit international privé”, *R. des C.*, 1991, I (t-226), pp. 121-279, pp. 230-231.

²¹⁰. Resultará determinante pronunciarse sobre la capacidad nupcial de quien ya se encuentra casado.

²¹¹. Acerca de las transformaciones de la familia en la sociedad informacional *vid.* M. Castells, *La era de la información. Vol. 2. El poder de la identidad* (versión castellana de C. Martínez Gimeno de *The Information Age: Economy, Society and Culture. Volume II: The Power of Identity*, Cambridge, Massachusetts, 1997), Madrid, Alianza Editorial, 2001, pp. 248-255; *vid.* los datos que aporta M. Martín Casals, “Informe de Derecho comparado sobre la regulación de las parejas de hecho”, *ADC*, 1995, t- XLVIII, fasc. IV, pp. 1709-1808, pp. 1718-1722.

respuestas jurídicas a una multitud de cuestiones derivadas de esta convivencia. Tales respuestas, además, habían de partir de premisas muy diferentes a las que habían servido de pauta para la regulación de estas situaciones en el pasado inmediato. Efectivamente; con ser importante desde un punto de vista antropológico el incremento de estas situaciones²¹², resulta más relevante para el Derecho el cambio de valoración de las mismas. Así, lo usual durante siglos ha sido la valoración negativa de tales uniones. Como consecuencia los hijos habidos de las mismas recibían un tratamiento diferente al de los que habían nacido en el seno de la familia constituida por el matrimonio y no se establecían obligaciones jurídicas entre los convivientes ni en lo relativo a las sucesiones ni para los supuestos de disolución de la unión. En definitiva, para el Derecho, simplemente, no existían²¹³.

En las últimas décadas, la afirmación de la libertad de cada individuo en su esfera personal, así como la igualdad de la persona con independencia de su origen han implicado, por un lado, la imposibilidad de otorgar un tratamiento diferenciado a los hijos habido dentro y fuera del matrimonio y, por otro lado, la obligación de considerar a las parejas de hecho no como una situación indeseable o “de segundo grado” sino como una opción legítima de los individuos en su desarrollo personal. La consecuencia de todo ello ha sido, en un primer momento, una jurisprudencia llena de matices que debía organizar a partir de las insuficientes disposiciones existentes todo el complejo mundo de relaciones que se tejen en torno a la convivencia de dos individuos y, en un segundo momento, una legislación variada en función de los lugares y los tiempos que, de una forma dubitativa intenta ofrecer un estatuto jurídico a estas situaciones²¹⁴. En España, varias Comunidades Autónomas han legislado sobre las parejas de hecho²¹⁵, estableciendo un estatuto de la institución en el que aparecen cuestiones tales como los derechos y obligaciones recíprocos de los miembros de la pareja, la regulación de las consecuencias del fin de la convivencia o los derechos sucesorios del conviviente

²¹². Vid. P.A. Talavera Fernández, *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, Granada, Comares, 2001, pp. 9-39 y referencias y datos allí contenidos..

²¹³. Recuérdese la frase de Napoleón: “los concubinos rechazan la ley y la ley les rechaza a ellos”, *cit.* por A. Talavera Fernández, *op. cit.*, p. 2.

²¹⁴. Vid. M. Martín Casals, *loc. cit.*, pp. 1722-1798.

²¹⁵. Ley catalana 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja (*DOGC*, de 23-VII-1998); Ley aragonesa 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas; Ley Foral de Navarra 6/2000, de 3 de julio, para la Igualdad Jurídica de las Parejas Estables; Ley valenciana 1/2001, de 6 de abril (*B.O.E.*, 10-V-2001); Ley madrileña 11/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho; Ley balear 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables; Ley del Principado de Asturias 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables; Ley andaluza 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho..

supérstite respecto al fallecido²¹⁶. A nivel estatal, en cambio, no existe ninguna regulación general sobre el fenómeno, habiéndose limitado el legislador a abordar la incidencia de la situación de convivencia en algunas relaciones jurídicas²¹⁷. Ciertamente, esta falta de regulación puede responder a una opción de política legislativa consciente y fundada²¹⁸; pero es fuente potencial de problemas en el ámbito del DIPr. y del Derecho interregional. Así, esta ausencia de regulación material estatal sobre las parejas de hecho va acompañada de la ausencia de regulación conflictual de la cuestión; esto es, no existe ningún precepto que determine en los supuestos heterogéneos qué Derecho ha de aplicarse para la regulación de una situación de convivencia de hecho. En el ámbito interregional esta falta de determinación impide que pueda delimitarse el ámbito de aplicación de las diferentes normativas autonómicas en concurrencia. Ante esta situación, el legislador autonómico ha optado por ser él quien defina dich ámbito de aplicación, regulando este extremo en las diferentes leyes autonómicas, siguiendo así el ejemplo de la ley catalana de uniones estables de

²¹⁶. Es preciso tener en cuenta que no todas las Comunidades Autónomas que han regulado las parejas de hecho disponen de competencias en materia de Derecho civil. Las comunidades catalana, aragonesa y navarra, aprovechando la competencia de que disponen en esta materia, han efectuado una regulación amplia del fenómeno. La Comunidad Balear también ha incluido en su normativa cuestiones civiles, tales como la determinación de las cargas familiares de la pareja y el régimen de responsabilidad de sus integrantes (art. 5); aunque no ofrece una regulación tan completa como la que presentan las leyes catalana, navarra y aragonesa. Andalucía, Asturias y Madrid no disponen de competencias en materia de Derecho civil, por lo que, en principio, deberían excluir de su legislación cuestiones tales como la regulación de las relaciones entre los integrantes de la pareja o las compensaciones a que diese lugar el fin de la convivencia. No obstante esto, estas leyes regulan tales cuestiones (*vid. art. 7 de la Ley andaluza, art. 5 de la Ley asturiana y art. 4 de la Ley madrileña*). La Comunidad Valenciana, pese a que su competencia en materia de Derecho civil ha sido reconocida por el TC (STC 121/1992, de 28 de septiembre de 1992, *J.C., t-XXXIV, pp. 139-162*) ha elaborado una ley de parejas de hecho que se asemeja a las elaboradas por las comunidades sin competencia en materia civil (*vid. art. 4 de la Ley valenciana*).

²¹⁷. Así, por ejemplo, la cuestión de si el conviviente de hecho sucede en el arrendamiento al titular del mismo, de la misma forma en que lo hace el cónyuge respecto al titular del contrato o de si es precisa la autorización del conviviente con el titular del arrendamiento para poner fin a éste (*vid. arts. 12 y 16 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, B.O.E., 25-XII-94, consultada en <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/contract/lau.htm>*).

²¹⁸. En principio, dos razones contrapuestas pueden explicar la apatía del legislador. Por un lado, pretender minimizar el fenómeno de las parejas de hecho en beneficio de las formas tradicionales de familia. No cabe olvidar que ciertos sectores sociales, encabezados por la Iglesia Católica siguen manteniendo su rechazo a estas formas de convivencia (*vid.*, por ejemplo, recientemente la noticia sobre el rechazo de esta forma de convivencia en una carta pastoral del obispo de Valladolid, *El País*, 26-XII-2002). Por otro lado, se ha mantenido que los convivientes de hecho han excluido voluntariamente en la mayor parte de los casos (excepto en las parejas homosexuales, de las que nos ocuparemos un poco más adelante) la opción del matrimonio; esto es, la de dotar de efectos jurídicos a su unión. Si el Derecho la regula otorgándole un estatus semejante al del matrimonio se vulneraría la libertad personal de los individuos, que se han negado a casarse (*vid. E. Roca, op. cit.*, p. 131; P.A. Talavera Fernández, *op. cit.*, pp. 136-157 y 354; N. Comte Guillemet, “Las parejas no casadas ante el DIPr.”, en A.L. Calvo Caravaca y J.L. Iriarte Ángel (ed.), *Mundialización y familia*, Madrid, Colex, 2001, pp. 295-311, p. 305; E. Pérez Vera, “Las parejas de hecho desde la perspectiva del Derecho internacional privado español”, en A.-L. Calvo Caravaca y J.L. Iriarte Ángel (ed.), *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, Colex, 2000, pp. 131-138, p. 134).

pareja²¹⁹. Esta delimitación podría, sin embargo, resultar contraria a la reserva estatal para la promulgación de normas de conflicto de leyes que viene contemplada en el art. 149.1.8º de la CE²²⁰.

Ante la falta de una regulación directa en el DIPr. e interregional de las parejas de hecho, queda abierta la cuestión del tratamiento jurídico de esta realidad en estas disciplinas. Este tratamiento, a su vez, ha de resolver una disyuntiva básica: la asimilación de las parejas de hecho al matrimonio o el rechazo a la equivalencia entre ambas instituciones. La opción por la primera vía implicaría que la normativa sobre efectos del matrimonio contenida en el apartado 9.2 del C.c. podría aplicarse analógicamente a las parejas de hecho, resolviendo de una forma global una parte muy importante de las cuestiones jurídicas vinculadas a esta cuestión. Si acogemos la segunda vía, la problemática jurídica de las uniones estables de pareja deberá abordarse de una forma fragmentada, considerando la naturaleza de cada una de las relaciones que se establecen entre los convivientes²²¹. Se trata de una cuestión que se encuentra en la

²¹⁹. *Vid.* los arts. 1.1 y 20 de la Ley, en los que se prevé su aplicación cuando al menos uno de los miembros de la pareja tenga vecindad civil catalana (para las parejas heterosexuales y homosexuales respectivamente). *Vid.* también el art. 2.3 de la Ley Navarra de Parejas de Hecho y el art. 2.2 de la Ley Balear de parejas estables.

²²⁰. Así lo ha interpretado la Sent. de la A.P. de Navarra de 12 de junio de 2002 (*B.D. Aranzadi*, JUR 2002\201896). En esta decisión, sin embargo, se opta por una interpretación que, forzando la casi segura intención del legislador consigue mantener la constitucionalidad de la delimitación. De acuerdo con la AP este tipo de normas (en concreto el art. 2.3 de la Ley Navarra de Parejas de Hecho) operaría únicamente tras la aplicación de la normativa estatal en la materia y solamente en el caso de que, de acuerdo con ésta, resultase aplicable el Derecho autonómico que incluye la norma de delimitación. De esta forma, tales normas autonómicas tendrían como única virtualidad la de excluir la aplicación de la ley que la contiene en los supuestos en los que, pese a resultar aplicable el Derecho autonómico por obra de la remisión de la norma de Derecho interregional, el supuesto no entrase en el ámbito de aplicación de la ley que define la norma autonómica. Se trata de una interpretación que ya había sido apuntada en relación con otras normas promulgadas por las Comunidades Autónomas y que tenían por objeto la delimitación del ámbito de aplicación personal o territorial del Derecho autonómico (*vid.* R. Arenas García, “Dimensión internacional de la tutela por ministerio de la ley”, *RJC.*, 1998, núm. 3, pp. 349-385, pp. 383-384. Con anterioridad, la doctrina ya había puesto de manifiesto la incompatibilidad de tales normas con la reserva constitucional. *Vid.* N. Bouza Vidal, “El debat sobre els art. 1.1, incis final, i 20.2 LUEP”, *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Madrid, Tecnos, 2000, pp. 1141-1159, 1155-1159; E. Ginebra Molins, “Algunas notas sobre la referencia a la vecindad civil en los arts. 1.1 final y 20.2 de la Ley catalana 10/1998, de 15 de julio, d'unions estables de parella”, en *Conflictos de Leyes en el desarrollo del Derecho civil vasco*, Bilbao, Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País (Comisión de Bizkaia), 1999, pp. 427-439, pp. 434-435; A. Font i Segura, “La sucesión hereditaria en Derecho interregional”, *ADC*, 2000, fasc. I, pp. 23-81, p. 68; C. González Beifuss, “Nuevas normas catalanas: el Código de familia y la ley de parejas de hecho”, *REDI*, 1998, núm. 2, pp. 307-311, p. 311; *id.*, “Recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Foral 6/2000, del Parlamento de Navarra, para la igualdad jurídica de las parejas estables”, *REDI*, 2000, núm. 2, pp. 690-695).

²²¹. Esta es la opción seguida en nuestra doctrina por S.A. Sánchez Lorenzo, “Las parejas no casadas ante el Derecho internacional privado”, *REDI*, 1989, vol. XLI, núm. 2, pp. 487-531. *Vid.* también J.C. Fernández Rozas y S.A. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, pp. 487-489.

base de cualquier tratamiento jurídico de las parejas de hecho. En España, el Tribunal Constitucional ha afirmado reiteradamente que las parejas de hecho no pueden ser consideradas como equivalentes al matrimonio²²². Se trata de realidades jurídicas diferentes que pueden ser objeto de un tratamiento diferenciado por parte del legislador. Ahora bien, el TC también ha afirmado que en ciertos supuestos será necesario aplicar a las parejas de hecho la regulación prevista para el matrimonio²²³. El fundamento de esta aplicación se encuentra en la obligación de protección a la familia recogida en el art. 39 de la CE y que se extiende tanto a las familias constituidas sobre la base del matrimonio como a las que surgen de la unión estable de pareja. Es decir, el TC niega que las parejas de hecho sean equivalentes al matrimonio²²⁴; pero a la vez afirma que tanto éste como aquéllas pueden ser el origen de una familia, familia que en ambos casos merece la protección constitucional.

La consideración de la situación que surge de la convivencia no matrimonial como familia está llamada a desplegar importantes efectos en la regulación de este fenómeno²²⁵. Así, las abundantes lagunas normativas que existen en materia de uniones de hecho deberán ser cubiertas atendiendo a este carácter familiar de la unión, lo que puede dificultar la aplicación analógica a este fenómeno de la normativa patrimonial en beneficio de la propiamente familiar²²⁶. A nuestros efectos tendrá una menor importancia la afirmación del TC de que la unión de hecho no es equivalente al matrimonio. Es cierto que, en un primer momento, tal conclusión podría entenderse como impeditiva de la aplicación a las uniones de hecho de la regulación propiamente matrimonial; pero no creo que, tras un segundo examen, pueda mantenerse esta aseveración. Para llegar a esta conclusión debemos detenernos en la circunstancia de que el TC ha negado la equivalencia entre uniones de hecho y matrimonio para justificar la posibilidad del legislador de ofrecer soluciones diferenciadas en uno y otro ámbito.

²²². Vid. la jurisprudencia citada por C. de Amúnátegui Rodríguez, *Uniones de hecho. Una nueva visión después de la publicación de las leyes sobre parejas estables*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 20-21.

²²³. Vid. C. de Amúnátegui Rodríguez, *op. cit.*, pp. 21-22. De esta forma, la STC 222/1992 entendió que el art. 58 de la LAU resultaba inconstitucional al limitar a los matrimonios el derecho de prórroga en el arrendamiento.

²²⁴. Lo que, entre otras implicaciones, habilita a las Comunidades Autónomas con competencia en materia de Derecho civil a regular esta materia, ya que no incide en la competencia exclusiva del Estado en materia de formas del matrimonio, cf. N. Goñi Urriza, “La Ley navarra para la igualdad jurídica de las parejas estables”, en A.L. Calvo Caravaca y J.L. Iriarte Ángel (ed.), *Mundialización y familia*, Madrid, Colex, 2001, pp. 375-383, pp. 376-377.

²²⁵. Destaca este extremo C. de Amúnátegui Rodríguez, *op. cit.*, pp. 25-26. Vid. sobre esta cuestión P.A. Talavera Fernández, *op. cit.*, pp. 95-123.

²²⁶. Cf. C. de Amúnátegui Rodríguez, *op. cit.*, p. 26; F. Rivero Hernández, “Nota a la STS (Civil), de 29 de octubre de 1997”, *CCJC*, 1998, núm. 46, pp. 189-202.

Las diferencias existentes entre ambos institutos permiten que se ofrezcan soluciones jurídicas divergentes según nos encontremos ante uno u otro fenómeno. Solamente por vía de excepción estará el legislador obligado a ofrecer las mismas soluciones en uno y otro caso; precisamente en los supuestos en los que la regulación matrimonial tenga como objeto la protección de la familia, ya que en este punto tanto el matrimonio como la unión de hecho dan lugar a supuestos equivalentes.

A nosotros, sin embargo, no nos interesa tanto la consideración de la posibilidad que tiene el legislador de ofrecer soluciones diferenciadas para matrimonios y uniones de hecho como la identificación de los principios que deben regir la consideración jurídica de las situaciones que carecen de norma positiva. La jurisprudencia constitucional habilita al legislador, por ejemplo, para ofrecer diferentes soluciones conflictuales para los matrimonios y las parejas de hecho; pero no impide que en las situaciones no reguladas se apliquen a éstas últimas las soluciones que se encuentran previstas para las primeras. Para llegar a este resultado la afirmación –evidente- de que el matrimonio y la unión de hecho no son equivalentes interesa mucho menos que, en primer lugar, la identificación, en el supuesto concreto, de la identificación de la teleología de la concreta normativa reguladora del matrimonio que pretendemos hacer aplicable a las uniones de hecho y, en segundo término, la comparación de tal teleología con la que se encuentra tras las normas que resultarían aplicables de no serlo la norma en materia matrimonio²²⁷.

²²⁷. Sobre la utilización de la analogía entre matrimonio y uniones de hecho, *vid.* P.A. Talavera Fernández, *op. cit.*, pp. 71-82. La STS (Civil), de 5 de octubre de 2001 (*RAJ*, 2001\4993; sobre esta decisión *vid.* S. Salazar Bort, “Parejas de hecho y pensión compensatoria (Comentario a sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2001), *AC*, 2002, núm. 22, pp. 751-758) aplicó analógicamente a una pareja de hecho la figura de la pensión compensatoria del art. 97 del C.c. También aplicaron analógicamente preceptos relativos al matrimonio a parejas de hecho las Sents. del TS (Sala Civil) de 16 de diciembre de 1996 (*B.D. Aranzadi*, *RJ* 1996\9020) y de 27 de marzo de 2001 (*B.D. Aranzadi*, *RJ* 2001\4770). La STS (Civil) de 17 de enero de 2003 (*B.D. Aranzadi*, *RJ* 2003\4) prefiere, sin embargo, no aplicar analógicamente la regulación de la pensión compensatoria a una reclamación de cantidad por cese de convivencia sino conceder una indemnización al conviviente perjudicado por la ruptura acudiendo a los principios generales del Derecho (aunque en su argumentación también tiene en cuenta preceptos reguladores de las crisis matrimoniales). Resulta curioso, sin embargo, que la primera de las decisiones que hemos citado fundamente su decisión, aparte de en la analogía, en la igualdad de todos los españoles, que podría verse perturbada por la falta de regulación estatal de las parejas de hecho, cuando sí lo está en varios Derechos autonómicos. Este último argumento no puede ser compartido. Sobre la progresiva aplicación de la regulación matrimonial a las parejas de hecho en materia de extranjería, *vid.*, M. Aguilar Benítez de Lugo, “Matrimonio, igualdad conyugal y Derecho internacional privado”, *Estudios homenaje al profesor Antonio Pérez Voituriez. Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna*, 2001, vol. 18, pp. 33-51, pp. 39-41.

Partiendo de las premisas anteriores no creo que resulte imposible en DIPr. trasladar a las uniones de hecho buena parte de la regulación matrimonial²²⁸, siempre, claro está, que no exista regulación específica para las uniones de hecho, posible, como hemos visto, desde una perspectiva constitucional. Tal como habíamos visto, el matrimonio en el Derecho español y en nuestro entorno jurídico se caracteriza, tras una evolución secular en la que se han mezclado elementos romanos, canónicos y los específicos derivados de la secularización de la institución desde los últimos años del siglo XVIII hasta la actualidad, por ser una institución mediante la cual los cónyuges constituyen una comunidad de vida. Tal comunidad de vida viene concretada por los propios cónyuges, quienes en uso de su ámbito de autonomía en su esfera personal pueden configurar de una forma particular tal comunidad. Resulta claro que esta caracterización del matrimonio incluye también a las uniones de hecho. En ellas resulta también identifiable tal comunidad de vida. Falta, en ellas, sin embargo, el carácter formal de la constitución. Esta formalidad habíamos visto que era un elemento que se había introducido en el matrimonio occidental tras el Concilio de Trento y que había sido mantenido e, incluso, potenciado por la regulación secular de la institución. No obstante esto, resulta dudoso que tal requisito de formalidad pueda ser considerado como elemento necesario para la calificación como matrimonial de una unión. Al fin y al cabo, en nuestra propia tradición no deja de ser un elemento relativamente reciente, y en algunos países de nuestro entorno jurídico existió una fuerte reticencia a su inclusión²²⁹; manteniéndose hasta la actualidad la posibilidad del matrimonio puramente consensual en algunos Estados de Estados Unidos de América²³⁰.

La relatividad de la importancia del carácter formal en la constitución del matrimonio despliega efectos en tres ámbitos diferentes desde la perspectiva del DIPr. Por un lado, permite que puedan ser considerados como matrimonio relaciones constituidas de acuerdo con un Derecho extranjero en el que no se exija formalidad alguna para el nacimiento del matrimonio. En segundo término, favorece la posibilidad

²²⁸. G. Khairliah (“Les “partenariats organisés” en droit international privé (Propos de la loi du 15 novembre 1999 sur le pacte civil de solidarité)”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2000, vol. 89, núm. 3, pp. 317-330, p. 321) no ve problemas en calificar como matrimonio, a los efectos del DIPr., las uniones de hecho reguladas sobre el molde del matrimonio. *Vid.* también H. Fulchiron, “Reflexions sur les unions hors mariage en droit international privé”, *Journ. dr. int.*, 2000, año 127, núm. 4, pp. 889-913, pp. 900-901.

²²⁹. Ya hemos señalado el caso de Escocia, donde se mantuvo hasta el siglo XX la posibilidad de celebrar un matrimonio informal.

²³⁰. Así, por ejemplo, en Kansas, *vid.* N.G. Maxwell, “Common Law Marriages or Just “Shacking Up?””, <http://classes.washburnlaw.edu/maxw/publications/clm.html>, consultado el 16 de febrero de 2003.

de que en los supuestos heterogéneos se aplique a las parejas de hecho la normativa dirigida a los matrimonios. Tal como hemos defendido, la no equivalencia entre matrimonio y uniones de hecho mantenida por el TC permite al legislador ofrecer soluciones diferentes en uno y otro supuesto; pero no impide que se aplique a cuestiones no reguladas para las parejas de hecho la normativa del matrimonio siempre que en el caso concreto se identifique la identidad de razón suficiente. En tercer lugar, en el ámbito interno, las evidentes semejanzas entre uniones de hecho y matrimonio permiten explorar las posibilidades que ofrece la aplicación a los conflictos internos en relación con las uniones estables de pareja las soluciones previstas para los matrimonios con elementos de heterogeneidad en un Estado complejo como es España. El mero dato de que en las parejas de hecho no exista ninguna constitución formal del vínculo no permite que sea excluida la aplicación de la normativa matrimonial, ya que, como hemos visto, tal carácter formal no forma parte de la esencia de la institución matrimonial²³¹.

De acuerdo con lo que se acaba de exponer, el carácter no esencial de la forma para el matrimonio en una calificación propia del DIPr. es susceptible de desplegar efectos relevantes en el ámbito internacional y también en la resolución de los conflictos que se pueden dar en el seno de los Estados complejos, como es España, derivados de la convivencia de distintas regulaciones de las parejas de hecho. Ahora bien, esta característica de formalidad; pese a su carácter no esencial, deberá ser considerada en el tratamiento de tales supuestos heterogéneos. Así, no podrá ser reconocido como matrimonio desde la perspectiva del Derecho español aquella relación que ha surgido desde la perspectiva de un determinado ordenamiento (y más adelante deberemos determinar cuál ha de ser este Derecho) si tal ordenamiento conoce la figura del

²³¹. Actualmente, las uniones de hecho son consideradas en nuestro país como informales, sin que afecte a esta característica la existencia de múltiples registros de parejas de hecho (*vid.* C. de Amunátegui Rodríguez, *op. cit.*, pp. 104-109 acerca de tales Registros). La inscripción en tales Registros no tiene carácter constitutivo, limitándose a ser un elemento de prueba de la unión o requisito para disfrutar de ciertas ventajas de Derecho público (*vid.* el art. 2 de la Ley aragonesa y art. 3 de las leyes madrileña y valenciana, *vid.* C. de Amunátegui Rodríguez, *op. cit.*, p. 105). En algunos casos, la constitución de la pareja puede ir precedida de un contrato recogido en escritura notarial, lo que supondría ya un elemento de formalización que, además, garantiza un intercambio de consentimientos; lo que podrá ser especialmente relevante, tal como veremos un poco más adelante. Yendo más allá, en algunos supuestos se requiere, para que surja la unión estable de pareja, que se produzca su constitución mediante escritura pública (art. 21 de la Ley catalana, aplicable a las uniones estables homosexuales). En estos casos nos encontramos ante auténticas instituciones formales, ya que no pueden surgir al margen de la forma requerida legalmente. Actualmente, sin embargo, la regulación vigente no establece regímenes diferentes para uno y otro supuesto de unión estable. En cualquier caso, hemos de tener en cuenta que nos encontramos ante situaciones que carecen de los especiales requisitos de publicidad que en el ordenamiento se reservan al matrimonio; lo que implicará, como se expone a continuación, consecuencias específicas en la fase de calificación.

matrimonio formal y en la constitución de dicha relación no han concurrido los requisitos formales necesarios. Es decir, si en un concreto ordenamiento jurídico se distingue entre las categorías matrimonio y unión estable de pareja no podrá pasar por el primero la relación basada en la mera convivencia. Solamente en el supuesto de que no exista tal matrimonio formal, la mera convivencia recibirá en el Derecho español la consideración de matrimonio. En el DIPr. español se reconocerá como matrimonio toda relación que implique una comunidad de vida entre los cónyuges y que haya sido formalizada de acuerdo con los requisitos previstos en el ordenamiento que rija su constitución. El no reconocimiento como matrimonio de las parejas de hecho no impide, sin embargo, que se apliquen a éstas la normativa matrimonial en los supuestos en que sea previsto; pero solamente con base en la analogía para cubrir lagunas de regulación.

El matrimonio, tal como es entendido en nuestro entorno jurídico, y las parejas de hecho, aún se diferencian en otro punto esencial: tal como habíamos visto, en el Derecho romano el matrimonio era una situación de hecho a la que se dotaba de efectos jurídicos. El Derecho canónico transformó la figura para convertirla en un contrato, discutiéndose, como ya se ha señalado, si se trataba de un contrato consensual o real; esto es, si se perfeccionaba por el intercambio de consentimientos o mediante la unión carnal. De esta forma, el matrimonio ha derivado hacia la categoría del negocio jurídico, resultando esencial para su perfección, por tanto, el consentimiento de los cónyuges. En las parejas de hecho, en cambio, nos encontramos de nuevo ante la situación de hecho a la que se dota de efectos jurídicos. La situación adquiere relevancia jurídica no por la voluntad de los contrayentes; que pueden, incluso, pretender que su convivencia no despliegue tales efectos, sino por la concurrencia de determinadas circunstancias (la convivencia durante un determinado tiempo, la convivencia unida a la existencia de descendencia común, etc.²³²).

Así pues, podría establecerse una distinción tajante entre matrimonio y pareja de hecho al tener que incluir al primero en la categoría de los negocios jurídicos, mientras que el segundo sería un hecho jurídico²³³. Esta diferenciación podría originar, en

²³². De acuerdo con el art. 1 de la Ley catalana, la pareja estable existirá si la convivencia se ha prolongado durante dos años o si existe descendencia común; en la ley aragonesa también se establece un periodo de convivencia de dos años para que surja la pareja (art. 3). En la ley navarra se entenderá que existe pareja estable si la convivencia ha durado un año o si existe descendencia común (art. 2). En la Ley balear la inscripción en el registro de parejas estables tiene carácter constitutivo (art. 1).

²³³. *Vid.* C. de Amunátegui Rodríguez, *op. cit.*, pp. 90-91. En este punto basa fundamentalmente la distinción entre una y otra figura X. O'Callaghan (*loc. cit.*, pp. 19-20).

principio, dificultades para la aplicación analógica a las parejas de hecho de la normativa matrimonial; tales dificultades, sin embargo, no creo que impidan llegar a este resultado. Ello es debido a que, por un lado, el matrimonio no se regula estrictamente como un negocio jurídico y a que, por otro lado, pese a que debamos considerar a las uniones estables de pareja como un hecho jurídico, no puede desconocerse que en ellas se encuentra presente un elemento volitivo relevante: la *afectio maritalis*. La conjunción de estos dos factores implica que en el caso que nos ocupa la distinción entre hecho y negocio jurídico carezca de la relevancia suficiente como para concluir que no existe la suficiente identidad de razón entre uno y otro supuesto que justifique la utilización de la analogía. A continuación examinaremos brevemente la forma en que se configuran negocio y hecho jurídico en relación al problema que nos ocupa.

La falta de correspondencia perfecta entre matrimonio y negocio jurídico se deriva del hecho de que el contenido de la relación no se corresponde necesariamente con la voluntad expresada por los contrayentes. En el ámbito puramente interno esta falta de correspondencia puede derivarse de la inclusión en la prestación del consentimiento de extremos que no se corresponden con el contenido legal de la relación y que, en el caso del Derecho español, al igual que en otros ordenamientos se tendrán por no puestos²³⁴. Además, una vez celebrado el matrimonio el contenido de la relación superará el mínimo consentimiento de los contrayentes, pudiendo afirmarse que el matrimonio es un estado, más que un contrato²³⁵. En el ámbito internacional esta falta de correspondencia es aún más evidente, toda vez que los efectos del matrimonio no se regirán por la ley de la autoridad que ha participado en la celebración, y que determina el contenido del consentimiento matrimonial²³⁶; sino por el Derecho designado por el art. 9.2 del C.c.²³⁷. En estas circunstancias, bien podríamos afirmar, apartándonos de la tradición canónica, que el matrimonio, más que un negocio jurídico, es un acto jurídico, en el que el contenido de la voluntad expresado no determina el contenido de las obligaciones y derechos que se derivan de tal acto.

Por su parte, la unión de hecho no puede considerarse como un mero hecho jurídico. En la unión de hecho existe un elemento volitivo ineludible, como es la voluntad de convivencia de los partícipes y de constitución de una comunidad de vida.

²³⁴. *Vid. supra* n núm. 185.

²³⁵. Cf. S.M. Cretney, *op. cit.*, p. 9. *Vid. supra* n. núm. 29.

²³⁶. *Vid.* P. Orejudo Prieto de los Mozos, *op. cit.*, pp. 184-185.

²³⁷. *Ibidem.*, pp. 185-188.

Ciertamente, el contenido jurídico que se deriva de esta voluntad excede la voluntad manifestada, pero esto no la priva de su carácter de acto jurídico. La mera convivencia, si no va acompañada de esta voluntad de compartir una comunidad de vida, no implica que nos encontremos ante una pareja de hecho²³⁸. De esta forma, la voluntad de los partícipes en la pareja juega un papel similar a la de los cónyuges en el matrimonio. Es sobre la voluntad, acompañada en este caso por la convivencia, de donde surge la situación de hecho a la que el ordenamiento dota de eficacia jurídica. Nos encontramos, por tanto, también en este caso ante un acto jurídico y no un mero hecho jurídico²³⁹. El hecho de que en el matrimonio, a diferencia de en las uniones de hecho, no sea preciso que acompañe a la prestación del consentimiento ningún requisito fáctico adicional no debe considerarse como un dato esencial. Al fin y al cabo se mantuvo durante siglos en Occidente que el matrimonio no era perfecto hasta que no se producía la consumación, sin que esta circunstancia impidiera considerarlo como un contrato (aunque fuese un contrato real)²⁴⁰.

Dentro de las parejas de hecho, plantean una problemática particular las uniones homosexuales. En ningún momento de la historia de nuestra cultura jurídica se admitió este tipo de unión dentro de la categoría del matrimonio²⁴¹. La estrecha vinculación entre matrimonio y procreación ha sido, seguramente, una de las principales causas para considerar como imposible el matrimonio entre personas del mismo sexo²⁴². Actualmente, sin embargo, tal como hemos visto, ya no se mantiene esta vinculación entre matrimonio y procreación. El matrimonio se identifica a partir de la comunidad de vida que surge entre los cónyuges, correspondiendo a los cónyuges, tal como hemos repetido, concretar dicha comunidad de vida, pudiendo perfectamente excluir de la misma la procreación o, incluso, el mantenimiento de relaciones sexuales. En estas circunstancias resulta difícil encontrar argumentos para excluir la posibilidad de que entre personas del mismo sexo pueda surgir la relación jurídica que en nuestro ordenamiento se califica como matrimonio. En una pareja formada por dos hombres o dos mujeres puede darse exactamente igual que en una pareja heterosexual la relación

²³⁸. *Vid.* C. de Amunátegui Rodríguez, *op. cit.*, pp. 86-88

²³⁹. *Vid.* F. de Castro y Bravo, *El Negocio Jurídico*, *op. cit.*, p. 20; W. Flume, *El Negocio Jurídico* (trad. de J.M. Miquel González y E. Gómez Calle), Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998, pp. 139-143.

²⁴⁰. *Vid. supra* el apartado I.2.A.a).

²⁴¹. Sí que se conocen en otras culturas ejemplos de matrimonio entre personas del mismo sexo. *Vid. supra* n. núm. 162.

²⁴². *Vid.* C. Richards, *loc. cit.*, p. 307; C.M. Entrena Klett, *op. cit.*, p. 44.

de afectividad y la voluntad de compartir un proyecto de vida que nutre de sentido a la comunidad de vida que identifica al matrimonio. En estas circunstancias, por tanto, y tal como veremos un poco más adelante, resulta posible que se califiquen como auténtico matrimonio desde la perspectiva del DIPr. español aquéllos que se hayan constituido en el extranjero de acuerdo con un ordenamiento que admite la celebración del matrimonio entre dos hombres o entre dos mujeres²⁴³. Quede claro que la resolución del problema calificadorio no implica una solución automática para la cuestión del reconocimiento. Así, se ha repetido con frecuencia que los matrimonios entre personas del mismo sexo²⁴⁴ celebrado en un país que admite este tipo de matrimonio no será reconocido en España por ser contrario al orden público español²⁴⁵. Ciertamente, no acabo de ver cuál es la razón a este rechazo. Desde un punto de vista calificadorio no existe ninguna dificultad para considerar a tales uniones como matrimonio y la intervención del orden público solamente podría operar incidiendo en la valoración de las opciones sexuales de los individuos, lo que me parece rechazable. Las dificultades para justificar la entrada del orden público en esta materia son mayores en el ordenamiento español, donde se vincula el contenido del orden público con los valores y principios constitucionales, lo que debería llevarnos a rechazar que un pretendido rasgo esencial del matrimonio (la heterosexualidad), proveniente de la tradición y de la regulación civil, pueda integrarse sin más en el orden público internacional²⁴⁶.

En la práctica, sin embargo, son escasos los ordenamientos que admiten el matrimonio de personas del mismo sexo; resultando más frecuente el que tales uniones se articulen como pareja de hecho. En el Derecho español esta es la situación en Cataluña, Aragón y Navarra, donde se regula, junto a la unión estable heterosexual, la

²⁴³. Los Países Bajos, por ejemplo, *vid.* P. Orejudo Prieto de los Mozos, *op. cit.*, p. 94. En Bélgica, está en trámites de aprobación una ley que permite también el matrimonio entre personas del mismo sexo (*vid. El País*, 29 de noviembre de 2002). Sobre la calificación y reconocimiento de los matrimonios entre personas del mismo sexo desde la perspectiva alemana *vid.* J. Wasmuth, “Eheschließung unter Gleichgeschlechtlichen in den Niederlanden und deutschen ordre public”, en H. Krüger y H.-P. Mansel (ed.), *Liber Amicorum Gehrard Kegel*, Múnich, C.H. Beck, 2002, pp. 237-259.

²⁴⁴. Entiendo que es más correcto emplear esta terminología que no referirse a los matrimonios “de homosexuales” o “entre homosexuales”. El matrimonio entre dos personas homosexuales no plantea ningún problema sin ambos cónyuges son de sexos diferentes.

²⁴⁵. *Vid.* E. Artuch Iribarri, “La libertad individual...”, *loc. cit.*, pp. 52 y 58.

²⁴⁶. *Vid. ibidem.*, pp. 52-58, donde después de descartar sucesivamente los diferentes argumentos posibles para rechazar el reconocimiento en España de matrimonios celebrados en el extranjero entre personal del mismo sexo acaba concluyendo que la única explicación posible para el rechazo generalizado entre la doctrina a este reconocimiento es la “total materialización” del concepto de matrimonio en DIPr. (*ibidem.*, p. 58).

unión homosexual, aunque con distinto alcance y consecuencias²⁴⁷. En estas circunstancias, en el ámbito internacional los problemas de calificación a los que deberemos enfrentarnos resultarán relativamente sencillos, ya que las uniones que hayan podido constituirse en el extranjero podrán ser asimiladas a las figuras existentes en España. No nos encontramos en ningún caso ante una institución desconocida, ya que en el Derecho español esta figura se encuentra recogida²⁴⁸. Las dificultades surgirán a partir de este punto, ya que no todos los Derechos españoles regulan de la misma forma la unión estable homosexual. En Cataluña, Aragón y Navarra nos encontramos con regulaciones positivas diferenciadas de las que carecen el Derecho gallego, el vasco o el denominado Derecho civil común. Los problemas que se derivan de esta diferencia entre las regulaciones (y de las no regulaciones) serán objeto de atención en el apartado IV de este trabajo.

Pese a las dificultades que puedan existir en el tratamiento jurídico internacional de las parejas de hecho homosexuales, y que serán abordados en los apartados III y IV de este trabajo, la conclusión que cabe extraer de la necesaria presencia en estos supuestos de la comunidad de vida que caracteriza al matrimonio en nuestros sistemas es la de que no resultará imposible cubrir las lagunas de regulación que puedan existir en el ámbito del DIPr. mediante la utilización de la regulación matrimonial. Es decir, no cabe excluir la aplicación a estos supuestos de la normativa sobre efectos del matrimonio para el supuesto de que no exista regulación específica sobre las cuestiones de DIPr. relativas a este tipo de uniones. Se da, además, la circunstancia de que, pese a la regulación material de este tipo de relaciones, la regulación en DIPr. es aún prácticamente inexistente, por lo que el recurso a la analogía se hace, con frecuencia, necesario.

²⁴⁷. Llama la atención el hecho de que se establezca claramente en las leyes catalana y aragonesa la diferente naturaleza de ambos tipos de unión. Una vez excluida la vinculación entre procreación y unión no se acierta muy bien a encontrar dónde está esta diferencia, a salvo, claro, que considerásemos relevante la orientación sexual (o afectiva) de los integrantes de la pareja, lo que parece claramente contrario a la prohibición de discriminación incluida en el art. 14 de la CE.

²⁴⁸. Tal como acabamos de ver, ni siquiera el matrimonio entre personas del mismo sexo constituido en el extranjero debería ser considerado como una institución desconocida, pudiendo entenderse incluido en un concepto de matrimonio que parta –tal como creemos que resulta obligado– de la creación de una comunidad de vida entre los cónyuges. Es comprensible, sin embargo, que dada la importancia que ha tenido para el matrimonio en el pasado la circunstancia de que ambos cónyuges fuesen de distinto sexo se haya defendido, y aún se defienda, que un “matrimonio” entre dos hombres o dos mujeres no puede ser considerado como tal en nuestro Derecho.

b) Otras formas de convivencia.

Actualmente, y al hilo de la regulación de las parejas de hecho, tanto las heterosexuales como las homosexuales, se observan intentos de regular otras formas de convivencia relativamente frecuentes, pero en las que no se encuentra la *afectio maritalis* que caracteriza a las parejas de hecho²⁴⁹. Se trata de los supuestos de hermanos adultos convivientes, o también los casos de amigos que deciden vivir juntos, aunque sin establecer una pareja de hecho (piénsese en el conocido y ambiguo caso de Sherlock Holmes y el Dr. Watson). Desde la perspectiva que aquí se mantiene estos supuestos no se incluirían en nuestro objeto de estudio, toda vez que al faltar el elemento esencial para que podamos hablar de matrimonio, la comunidad de vida, en ningún caso resultará posible aplicar analógicamente a estas situaciones la regulación específicamente matrimonial. Huelga añadir que la comunidad de vida que identifica a la institución de la que nos ocupamos no puede darse en ningún caso cuando los convivientes mantienen una relación de amistad, compañerismo o parentesco que, por definición, no implica el proyecto de compartir plenamente la vida en común²⁵⁰. En estos casos sí resultará apropiado aplicar a la relación resultante, en caso de conflicto jurídico, las reglas relativas a los contratos y, dentro de estos, específicamente la normativa del contrato de sociedad; siempre, en este último caso, que resulte posible sortear el obstáculo que supone en el Derecho español la exigencia de ánimo de lucro²⁵¹.

²⁴⁹. Vid. la Ley catalana 19/1998, de 28 de diciembre, sobre situaciones convivenciales de ayuda mutua y la Proposición de Ley Orgánica de contrato de unión civil, presentada por el Grupo Parlamentario Popular el 29 de septiembre de 1997 (puede consultarse en P.A. Talavera Fernández, *op. cit.*, pp. 426-432).

²⁵⁰. Vid. P.A. Talavera Fernández, *op. cit.*, pp. 158-159, esp. n. núm. 1.

²⁵¹. Vid. C. Paz-Ares, “Ánimo de lucro y concepto de sociedad”, *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girán Tena*, Madrid, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio/Cívitas, 1991, pp. 731-753, pp. 743-748.

III. Competencia judicial internacional.

1. El sistema de “Bruselas I”.

A) La exclusión de los regímenes matrimoniales en el sistema de Bruselas I.

a) Los efectos personales del matrimonio.

El art. 1 de los Convenios de Bruselas y Lugano, y del Reglamento 44/2001 excluyen de su ámbito de aplicación “El estado y la capacidad de las personas físicas, los regímenes matrimoniales, los testamentos y las sucesiones”. Se trata de una exclusión que, obviamente, afecta al tema que nos ocupa, los efectos del matrimonio; pero cuyo concreto alcance resulta difícil de delimitar. El único punto realmente claro en esta delimitación es la exclusión del ámbito de aplicación del Convenio y del Reglamento 44/2001 de las cuestiones vinculadas a las relaciones personales entre los cónyuges. El sistema CB/CL/Reglamento 44/2001 no regula la competencia judicial ni el reconocimiento y ejecución de decisiones en los supuestos de reclamaciones basadas en el incumplimiento de los deberes de convivencia, fidelidad o cualquier otra obligación personal derivada del matrimonio. Tal como habíamos visto, este tipo de reclamaciones se presentan en la inmensa mayoría de los casos en el marco de una crisis matrimonial, lo que implica normalmente la aplicación del Reglamento 1347/2000, del que nos ocuparemos a continuación.

b) Los alimentos entre cónyuges.

Si de las obligaciones personales entre los cónyuges pasamos a las consecuencias patrimoniales del matrimonio, la cuestión que nos ocupa –la delimitación de aquellos supuestos que quedan incluidos en el ámbito de aplicación del sistema CB/CL/Reglamento 44/2001 (instrumentos a los que nos referiremos a partir de ahora como el Sistema Bruselas I)- se torna problemática. El punto más claro en este ámbito de problemas es la inclusión en el ámbito de aplicación del Sistema de las cuestiones de alimentos entre cónyuges. Como es sabido, las reclamaciones de alimentos, sea cual sea

su origen, se entienden incluidas en el ámbito de aplicación del Sistema Bruselas I²⁵². La claridad de esta inclusión choca, sin embargo, con las dificultades de concreción del concepto “alimentos” en el marco del Sistema Bruselas I. Así, no existe una definición legal de los mismos, y los informes explicativos no permiten llegar a soluciones concluyentes sobre este extremo. Finalmente, la jurisprudencia comunitaria tampoco ha aportado criterios definitivos sobre la delimitación de este concepto, más allá de manifestar la voluntad de dotarlo de una interpretación extensiva, incluyendo en el concepto de alimentos la pensión compensatoria del Derecho francés, figura sobre la que se pueden fundar dudas razonables sobre su asimilación a los alimentos²⁵³. La delimitación de este concepto de alimentos presenta una enorme importancia; pero no nos detendremos aquí en ello, pues ya ha sido objeto de estudios muy detallados en nuestra doctrina, a los que desde ahora nos remitimos²⁵⁴. A nuestros fines debe ser suficiente destacar que en este caso concreto el Sistema de Bruselas condiciona su ámbito de aplicación a la calificación alimenticia del supuesto litigioso, ya que en caso de concluir que nos encontramos ante una reclamación de alimentos resultará indiferente que su origen sea matrimonial o no²⁵⁵, pese a la exclusión de los regímenes matrimoniales del art. 1 del CB/CL y Reglamento 44/2001²⁵⁶. Se trata de una particularidad relevante en lo que se refiere a la exclusión de los regímenes

²⁵². Cf. “Informe Jenard” (consultado en M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil europeo convenios internacionales y otras normas procesales de origen comunitario europeo en materia civil y mercantil, anotados; informes oficiales de los convenios*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, pp. 43-130), p. 76. Vid. también el “Informe Schlosser” (*ibid.*, pp. 131-243), pp. 148-154 y 174-181.

²⁵³. Cf. J.C. Fernández Rozas y S.A. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, pp. 504-505; M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil internacional*, Madrid, Civitas, 2000, pp. 173-174.

²⁵⁴. Hemos seguido especialmente en esta cuestión el trabajo de S. Álvarez González, *Crisis matrimoniales internacionales y prestaciones alimenticias entre cónyuges*, Madrid, Civitas, 1996, esp. pp. 38-72.

²⁵⁵. Vid. S. Álvarez González, “Nota a la STS (Sala Civil) de 21 de julio de 2000, CCJC, 2001, núm. 55, pp. 240-247, p. 243 y referencias allí contenidas.

²⁵⁶. En el “Informe Schlosser” (*loc. cit.*, p. 155, núm. 49) se afirma que “se puede decir con toda certeza que los alimentos entre cónyuges no se derivan en ningún sistema jurídico de regulaciones que formen parte de las normas relativas a los regímenes matrimoniales”. Se trata de una afirmación dudosa, ya que cuestiones como el uso de la vivienda habitual o la pensión compensatoria difícilmente pueden excluirse de la normativa que regula las relaciones básicas entre los cónyuges. De la misma forma, los alimentos entre cónyuges, por definición, derivan del matrimonio, por lo que no acierto a ver cómo pueden considerarse excluidos de la regulación del régimen matrimonial. Más bien entiendo que lo que sucede es que, tal como se mantiene en el texto, si una reclamación o decisión ha de ser considerada como alimenticia, esto supondrá su inclusión en el ámbito de aplicación del Sistema de Bruselas. Dar por buena la formulación del “Informe Schlosser” implicaría que una determinada prestación podría incluirse o excluirse del ámbito de aplicación del Sistema en función de que el Derecho que hubiera de aplicarse vinculase los alimentos al régimen matrimonial o lo desvinculase del mismo (aunque tampoco acierto muy bien a comprender cómo podría producirse esta desvinculación de los alimentos *entre cónyuges* del régimen matrimonial, máxime si tenemos en cuenta la amplitud con que se define este régimen a efectos del Sistema de Bruselas, tal como examinaremos a continuación).

matrimoniales del art. 1 de estos Textos, ya que, en general, la inclusión o no de una determinada demanda o sentencia en el ámbito del Sistema de Bruselas dependerá, en lo que se refiere a este punto concreto, de que la reclamación se base en el matrimonio o su disolución²⁵⁷. En cambio, si, pese a vincularse la reclamación con la regulación específica de las relaciones jurídicas que surgen del matrimonio²⁵⁸, ha de ser calificada como una demanda de alimentos, entrará en el ámbito de aplicación del Sistema de Bruselas.

En lo que se refiere a nuestro tema, esta inclusión implicará que la competencia para conocer de determinados litigios que traen causa del vínculo conyugal será regulada por el Sistema de Bruselas. Consecuentemente, la eficacia extraterritorial de las decisiones que se dicten en tales litigios en el ámbito cubierto por el CB/CL y el Reglamento 44/2001 se regirá también por el Sistema de Bruselas. En concreto, se incluirán aquí las reclamaciones por alimentos entre cónyuges, incluso aunque se soliciten o dicten en el marco de un procedimiento de separación²⁵⁹. También se incluirán aquí las reclamaciones de prestaciones compensatorias derivadas del divorcio, pese a que, como hemos apuntado, su calificación como alimentos, fuera del Sistema de Bruselas, resulta dudosa²⁶⁰. A partir de esta concepción amplia de alimentos, también las reclamaciones o decisiones sobre *litis expensas* y sobre la atribución del uso de la vivienda habitual podrían ser incluidos dentro del concepto de alimentos que maneja el Sistema de Bruselas²⁶¹; pese a que la regulación sustancial que deberá aplicar el tribunal competente o que haya aplicado el órgano jurisdiccional que haya pronunciado la decisión cuyo reconocimiento se pretende se encuentre estrechamente vinculada con el régimen matrimonial; esto es, con los efectos patrimoniales del matrimonio. No nos

²⁵⁷. Vid. la STJCE de 27 de marzo de 1979, C- 143/78, *De Cavel*, Rec., 1979, pp. 1055 y ss., donde se afirma que la noción de regímenes matrimoniales del CB incluía no solamente los regímenes de bienes específicos y exclusivamente conocidos por ciertas legislaciones nacionales en virtud del matrimonio, sino también “todas las relaciones patrimoniales resultantes directamente del vínculo conyugal o de la disolución de éste”. Vid. sobre esta cuestión el “Informe Schlosser”, *loc. cit.*, pp. 152-155.

²⁵⁸. La exclusión no se limita a las relaciones entre los esposos, ya que la categoría regímenes matrimoniales puede incluir también reclamaciones de terceros, siempre que el litigio verse sobre relaciones jurídicas que tienen su origen en el vínculo matrimonial, cf. “Informe Schlosser”, *loc. cit.*, p. 154 (núm. 47).

²⁵⁹. En este supuesto la solicitud de alimentos debe considerarse como una cuestión accesoria a la solicitud de separación, por lo que la competencia en relación a los alimentos debe determinarse de forma independiente a la competencia para decidir sobre la separación; *vid. STJCE* (Sala 3^a), de 6 de marzo de 1980, *Louise de Cavel/Jacques de Cavel*, C- 120/79, Rec., 1980, pp. 731-742; “Notas” de G.A.L. Droz, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1980, pp. 621-629; y A. Huet, *Journ. dr. int.*, 1980, pp. 442-448.

²⁶⁰. *Vid. S. Álvarez González, op. cit.*, pp. 41-64.

²⁶¹. *Vid. S. Álvarez González, op. cit.*, pp. 67-72; M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal..., op. cit.*, pp. 173-174.

detendremos aquí en las consecuencias de esta inclusión de las cuestiones alimenticias (en sentido amplio) derivadas del matrimonio de los cónyuges, ya que supondría reproducir el abundante y profundo tratamiento doctrinal y jurisprudencial de esta cuestión; para la que nos remitimos a los trabajos existentes sobre la aplicación del Sistema de Bruselas en materia de alimentos.

c) Los efectos patrimoniales del matrimonio: examen de los diferentes supuestos.

Una vez aclarado que los alimentos, incluso derivados del matrimonio, sí quedarán incluidos en el ámbito de aplicación del Sistema de Bruselas, la concreción de la exclusión del resto de cuestiones vinculadas a los regímenes matrimoniales plantea dificultades de cierta consideración. Ello es debido a las particularidades del concepto regímenes matrimoniales utilizado por el CB/CL y por el Reglamento 44/2001, concepto del que pueden predicarse algunos de los problemas que examinábamos al analizar la categoría efectos del matrimonio. En efecto, la utilización del término regímenes matrimoniales en vez de efectos del matrimonio no impide que nos encontremos ante un categoría basada, en parte, en la especialidad de su regulación respecto a la general. Así, en el concepto regímenes matrimoniales se incluye tanto la regulación específica que es aplicable a todos los matrimonios como las reglas particulares que afectan a las relaciones patrimoniales entre esposos y que son susceptibles de ser elegidas, dentro de cierto margen, por los propios esposos, como también, finalmente, normas que regulan relaciones en las que intervienen personas diferentes de los esposos, pero que derivan del régimen de los bienes del matrimonio²⁶². Se trata de una delimitación de los regímenes matrimoniales que, creo, se ajusta bastante bien a la clasificación de los efectos patrimoniales del matrimonio que se realizaba en el apartado I.1 anterior. Allí veíamos como el matrimonio tenía como primer efecto hacer nacer una sociedad conyugal, construida en torno a unos determinados derechos y obligaciones personales y patrimoniales. La regulación de la comunidad conyugal en su vertiente patrimonial sería así un componente básico del régimen matrimonial, incluyéndose aquí, por tanto, el reparto de las cargas y gastos de la comunidad conyugal y las alteraciones en la capacidad de disposición sobre

²⁶². *Vid. "Informe Schlosser", loc. cit., pp. 152-154 (núms. 44-47)*

determinados bienes que se derivan de la existencia de esta sociedad conyugal²⁶³. También se incluirían aquí las alteraciones en la titularidad de los bienes que se derivan de la existencia del matrimonio, tanto si vienen impuestas directamente por la ley como si son fruto de la autonomía de la voluntad de las partes en el ámbito matrimonial (elección del régimen económico matrimonial, realización de capitulaciones matrimoniales). Todas estas cuestiones se vinculan a la regulación de la comunidad conyugal y, por tanto, su inclusión en el concepto regímenes matrimoniales no plantea dificultades.

Supone mayores problemas la consideración de otros dos aspectos claramente incluidos dentro de la categoría efectos del matrimonio, pero de más difícil encaje en los regímenes matrimoniales a los que se refiere el Sistema de Bruselas. Se trata, por un lado, de las alteraciones en las relaciones patrimoniales de los cónyuges que se derivan del matrimonio, pero que no se vinculan directamente a la existencia de la comunidad conyugal y, por otro lado, de las alteraciones que la existencia del matrimonio proyecta sobre las relaciones que sostengan los cónyuges con terceros. En relación con el primero de estos supuestos (la afectación del matrimonio a las relaciones entre los cónyuges, aunque no se vinculen directamente a la comunidad conyugal), se ha mantenido su exclusión del ámbito de aplicación del sistema de Bruselas a partir de una interpretación amplia del concepto regímenes matrimoniales, permitiendo únicamente la aplicación del Sistema Bruselas I a los litigios sobre relaciones patrimoniales entre cónyuges que no tengan relación con el matrimonio²⁶⁴. De acuerdo con esta interpretación, los litigios entre los cónyuges que se encuentren afectados por la regulación específicamente matrimonial se encontrarían excluidos del ámbito de aplicación del Sistema de Bruselas;

²⁶³. Así, la limitación de disponer de la vivienda habitual del matrimonio, incluso aunque su titularidad corresponda en exclusiva a uno sólo de los cónyuges (art. 1320 del C.c.) o la posibilidad de que uno de los cónyuges asuma la representación del otro (negada actualmente en nuestro Derecho como presunción, aunque sí resulta posible que se apliquen las normas generales sobre representación también entre los esposos; *vid. supra* apartado II.1.A.b).

²⁶⁴. Cf. STJCE de 27 de marzo de 1979 (*supra* n.º núm. 257), núm. 7. Esta interpretación, sin embargo, podría ser cuestionada. Así, del “Informe Schlosser” parece desprenderse que los litigios entre cónyuges que tengan su origen en la regulación general de las obligaciones quedan incluidos en el ámbito del Convenio, incluso aunque les afecten algunas especificidades derivadas del matrimonio: “En todos los sistemas jurídicos de la Comunidad, se pueden imaginar también determinadas relaciones patrimoniales entre cónyuges que resulten de la aplicación del derecho general de obligaciones, del derecho delictual o del derecho de la propiedad. Algunas leyes contienen diferentes disposiciones aplicables a los casos en que existan tales relaciones entre cónyuges; así el artículo 1595 del Código civil francés limita la validez de los contratos de venta entre cónyuges. Asimismo, la jurisprudencia desarrolló a veces en esta materia unas normas especiales que tenían en cuenta la existencia de tales relaciones entre cónyuges. Esto no modifica para nada el hecho de que las relaciones jurídicas que tengan su fuente en una relación general de obligación o de naturaleza delictual estén sometidas al Convenio también cuando existan entre cónyuges.”

pese a que la base de la relación sí se correspondiera a su ámbito de aplicación²⁶⁵. Más adelante examinaremos las dificultades que plantea la exclusión de estos supuestos del Sistema Bruselas I.

El supuesto que ha de ser analizado con más cuidado es el de las relaciones jurídicas en las que intervienen terceros, pero que se encuentran afectados por la regulación específicamente matrimonial. Se trata de casos que, en principio, pueden quedar afectos por la exclusión²⁶⁶; aunque su concreción se presenta como problemática. Así, hemos de distinguir, por un lado, aquellos supuestos en los que pese a que alguno, al menos, de los litigantes, no es un cónyuge, el litigio tiene como objeto la comunidad conyugal²⁶⁷; y, por otro lado, aquellos casos en los que el litigio versa sobre una relación jurídica ajena a la comunidad conyugal, pero que puede quedar afectada por la regulación específica del matrimonio²⁶⁸ En el primer caso, la exclusión

²⁶⁵. Puede tratarse de un contrato entre los cónyuges, una donación o la disputa acerca de los frutos de un bien común por haber sido adquirido por ambos cónyuges (*vid. la Sent. de la A.P. de Baleares de 18 de julio de 1995, Aranzadi Civil*, 1995, núm. 1306; *REDI*, 1996, vol. XLVIII, núm. 2, p. 266, “Nota” de R. Arenas García, *ibid.*, pp. 266-269).

²⁶⁶. Cf. “Informe Schlosser”, *loc. cit.*, p. 154, núm. 47: “Por último, las normas jurídicas designadas con la expresión “regímenes matrimoniales” no cubren sólo las relaciones jurídicas entre cónyuges. Así, en derecho italiano pueden existir litigios entre padres e hijos acerca de un “fondo patrimonial” (párrafo tercero del artículo 171 del Código civil italiano), litigios que, según el sistema jurídico italiano, tienen sin duda alguna por objeto unas relaciones jurídicas que se derivan del régimen de los bienes matrimoniales (“il regime patrimoniale della famiglia”). En derecho alemán, existe lo que se denomina la comunidad de bienes prolongada (“Fortgesetzte Gütergemeinschaft”), que vinula al cónyuge superviviente a los descendientes comunes.”

²⁶⁷. Es el caso del art. 171 del C.c. italiano señalado en el “Informe Schlosser” (nota precedente). En este supuesto, el C.c. prevé que tras la disolución del matrimonio se mantenga el “fondo patrimonial” que pudiera haberse constituido para el sostenimiento de las necesidades de la familia en tanto existan hijos menores de edad. El juez puede, incluso, atribuir el disfrute o la propiedad de una cuota del fondo al hijo, en perjuicio en este caso de los derechos de los cónyuges, a quienes corresponde la propiedad del fondo, salvo que se haya establecido otra cosa en la constitución de éste.” En el caso de la comunidad de bienes prolongada del Derecho alemán (§§ 1483 a 1518 del BGB), la vinculación del supuesto con la comunidad conyugal es aún más evidente, toda vez que nos encontramos frente a la prolongación de la comunidad tras el fallecimiento de uno de los cónyuges, pasando a ser los integrantes de la misma el cónyuge supérstite y los descendientes comunes (§ 1483 del BGB). En el Derecho español nos encontraríamos con un supuesto semejante en la comunidad conyugal continuada del Derecho aragonés (*vid. arts. 60 a 71 de la Compilación del Derecho civil de Aragón; vid. N. Bouza i Vidal, Problemas de adaptación en Derecho internacional privado e interregional*, Madrid, Tecnos, 1977, pp. 147-151; M.^aE. Zabalo Escudero, *La situación jurídica del cónyuge viudo. Estudio en el Derecho internacional privado y Derecho interregional*, Pamplona, Aranzadi, 1993, pp. 79-84). La reciente Ley aragonesa 2/2003 sobre régimen económico matrimonial y viudedad no ha mantenido la regulación de esta figura, limitándose a prever la continuidad de la comunidad tras su disolución hasta el momento en que se produzca su división (arts. 68 a 75, *vid. apartado IX de la Exposición de Motivos de la Ley*).

²⁶⁸. Así, por ejemplo, uno de los cónyuges contrae una deuda con un tercero. El cónyuge no satisface esta deuda y el tercero reclama la ejecución de bienes gananciales para satisfacerse la deuda. En este caso, la base de la reclamación puede ser un contrato ajeno a la comunidad conyugal; pero la ejecución deberá tener en cuenta la regulación de la comunidad de bienes que puede establecerse entre los cónyuges. Los supuestos pueden multiplicarse. Así, todos los casos en los que uno de los cónyuges dispone de bienes comunes sin la autorización del otro cónyuge o de la vivienda habitual o los muebles de uso ordinario de la familia y el otro cónyuge impugna la transmisión. También en supuestos en los que el tercero que tiene un crédito contra un cónyuge solicita la ejecución de bienes del otro cónyuge sobre la

del ámbito del Sistema de Bruselas parece lógica. La relación jurídica que sirve de base al litigio se integra en el marco de las relaciones específicas que regulan la comunidad que surge del matrimonio. Las profundas divergencias en la normativa que afecta a tal comunidad en los diferentes Estados europeos se encuentran en la base la exclusión de los regímenes matrimoniales del ámbito de aplicación del Sistema de Bruselas²⁶⁹. Por tanto, no existen razones que justifiquen incluir en el régimen del CB/CL y del Reglamento 44/2001 las reclamaciones que se fundamenten en la extensión a los hijos o descendientes de los efectos de tal comunidad, ya que tales reclamaciones se vinculan necesariamente a las particularidades de la organización de las relaciones entre los cónyuges. Planteado, por tanto, como objeto principal del litigio la atribución de derechos patrimoniales que se derivan del matrimonio, incluso aunque sean terceros los que litiguen debe entenderse que opera la exclusión de los regímenes matrimoniales del ámbito de aplicación del art. 1 del CB/CL y Reglamento 44/2001. Esta misma exclusión del ámbito de aplicación del Sistema Bruselas I debería predicarse también de los litigios y decisiones relativos a relaciones jurídicas de los cónyuges con terceros que se encuentren directamente vinculados a la comunidad conyugal y afectados por la regulación específicamente matrimonial. Así, lo relativo a las donaciones por causa del matrimonio, cuando se encuentren vinculadas a la constitución del patrimonio común de los cónyuges que les permitirá hacer frente a las obligaciones que se deriven de la comunidad conyugal²⁷⁰.

Resulta más dudosa la exclusión del Sistema Bruselas I de los litigios que puedan surgir respecto a aquellas relaciones jurídicas que vinculan a alguno de los cónyuges (o a ambos) con terceros y que, pese a que no derivan de la existencia de la comunidad conyugal, se ven afectadas por la regulación específica de ésta. Se trata, como hemos indicado, de los supuestos en los que la relación jurídica con el tercero puede verse afectada por las alteraciones de las facultades de disposición que se derivan del régimen matrimonial o por la extensión a bienes comunes o propios del cónyuge que no ha contratado de la responsabilidad por las obligaciones derivadas de la relación en las que el tercero resulte acreedor. Excluir estos supuestos del ámbito de aplicación del Sistema de Bruselas implicaría, potencialmente, excluir del mismo un número

base de la responsabilidad que, en determinados supuestos establece la regulación específicamente matrimonial. Para un desarrollo más amplio de la forma en que el matrimonio puede afectar a las relaciones jurídicas que los cónyuges establecen con terceros *vid. supra* apartado I.1.

²⁶⁹. Cf. "Informe Jenard", *loc. cit.*, p. 57.

²⁷⁰. Así, por ejemplo, en el caso de la dote.

significativo de relaciones jurídicas en las que se vean envueltas personas casadas. No creo que deba llegar a este resultado, ya que en tales casos la cuestión principal sobre la que se litiga no puede encuadrarse dentro de la categoría regímenes matrimoniales. La forma en que la regulación de estos regímenes incide en la cuestión litigiosa no pasa de ser un incidente, cuya naturaleza no puede afectar a la determinación del ámbito de aplicación del Sistema Bruselas I²⁷¹. La aplicación para la resolución del caso de normativa relativa a los efectos del matrimonio no impide que el CB/CL o el Reglamento 44/2001 regulen la competencia judicial internacional para la resolución del caso o la eficacia extraterritorial de la sentencia que se llegue a dictar en el litigio.

d) Las relaciones jurídicas accesorias al matrimonio o a su disolución.

De acuerdo con lo que hemos visto hasta ahora, los litigios en los que se plantee el incumplimiento de las obligaciones personales que se derivan del matrimonio quedan excluidos del ámbito de aplicación material del Sistema Bruselas I. El incumplimiento de tales deberes se suele plantear al hilo de un procedimiento relativo a una crisis matrimonial (nulidad, separación o divorcio) por lo que, en la práctica, los efectos

²⁷¹. Recordemos que el CB (y, por tanto, también el CL y el Reglamento 44/2001) solamente regulan la competencia para conocer de la cuestión principal del litigio, mientras que la competencia para conocer de los incidentes viene determinada por el Derecho interno del Tribunal que se encuentre conociendo; cf. “Informe Jenard”, *loc. cit.*, p. 55; G.A.L. Droz, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché Commun (Eutde de la Convention de Bruxelles du 27 spetembre 1968)*, París, Dalloz, 1972, p. 31; P. Gothot y D. Holleaux, *La Convención de Bruselas de 27 Septiembre 1968* (trad. de I. Pan Montojo de *La Convention de Bruxelles du 27 Septembre 1968 (Compétence judiciaire et effets des jugements dans la CEE)*, París, 1985), Madrid, La Ley, 1986, p. 16. *Vid.* también J. Kropholler, *Europäisches Zivilprozessrecht*, Heidelberg, Recht und Wirtschaft, 7^a ed. 2002, p. 88. En el Derecho español, la competencia para conocer de la cuestión principal incluye la de conocer de los incidentes (*vid.* art. 61 de la LEC), aunque la aplicación de este precepto a los supuestos internacionales puede plantear algún problema. *Vid.* la STC (Sala Primera) 61/2000, de 13 de marzo, *REDI*, 2001, vol. LIII, núms. 1 y 2, pp. 461-462, “Nota” de M.-A. Michinel López, *ibid.*, pp. 462-467; *vid.* también L. Carballo Piñeiro, “Competencia judicial internacional y modificación de prestaciones de ejecución continuada: más allá de la STC 61/2000, *AEDIPr.*, 2001, vol. I, pp. 463-482. En esta decisión, el TC negó la posibilidad de utilizar el art. 55 de la LEC (1881), antecedente del art. 61 de la LEC (2000) para determinar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles, ya que no se trataba de una norma de competencia judicial internacional. Esta Sentencia supone, pues, un obstáculo a la posibilidad de que dicho precepto pueda utilizarse en el ámbito internacional. No obstante, no creemos que resulte imposible esta utilización, toda vez que en el caso planteado propiamente no se trataba de una cuestión incidental, sino de una cuestión con diferente objeto que la principal que, equivocadamente, pretendió incluirse en la previsión del art. 55 LEC (cf. L. Carballo Piñeiro, *loc. ult. cit.*, pp. 476-477). Además, en el caso se trataba de excluir la competencia de los tribunales españoles, no de determinarla, como sucede en los supuestos de cuestiones incidentales auténticas (cf. M.-A. Michinel Álvarez, *loc. ult. cit.*, p. 465), por lo que no se descarta que, de haber considerado en su argumentación el Juez ordinario tanto el art. 55 de la LEC como el art. 22 de la LOPJ la decisión del TC hubiera sido diferente (cf. I. Heredia Cervantes, “Competencia de los Tribunales españoles para modificar decisiones extranjeras”, *Derecho Privado y Constitución*, 2000, núm. 14, pp. 185-205, pp. 202-205).

personales del matrimonio acabarán vinculándose a la regulación del Reglamento 1347/2000. En lo que se refiere a los efectos patrimoniales del matrimonio deberemos distinguir entre la regulación de la comunidad conyugal y los supuestos en los que la normativa matrimonial afecta a relaciones jurídicas que no se derivan del matrimonio. En lo que se refiere a los litigios que surjan en relación con los derechos y deberes patrimoniales de los cónyuges como consecuencia de la comunidad de vida que surge del matrimonio, éstos quedarán excluidos del ámbito de aplicación del Sistema Bruselas I de acuerdo con la previsión del art. 1 de los CB/CL y del Reglamento 44/2001. Los regímenes matrimoniales que figuran en este precepto hacen referencia a las relaciones jurídicas que surgen entre los cónyuges como consecuencia del matrimonio²⁷². En determinados supuestos, la especial comunidad que surge del vínculo conyugal puede mantenerse respecto a terceros de acuerdo con las previsiones de algunos Derechos. En estos casos, los litigios que se planteen, incluso por estos terceros, en relación con los derechos que surjan de esta comunidad quedarán también excluidos del ámbito de aplicación del Sistema Bruselas I. Sí se incluiran en el ámbito de aplicación material de éste último los litigios en los que la cuestión principal que se plantea no sea matrimonial, aunque se encuentre afectada por la regulación de la comunidad conyugal. En estos supuestos no podrá operar la exclusión porque la cuestión principal del litigio (la única que resulta relevante para el Sistema Bruselas I) no tiene carácter matrimonial. Por último, aquellos supuestos en los que las relaciones entre los cónyuges no se deriven del matrimonio, pero se vean afectados por éste podrían considerarse también excluidos del ámbito de aplicación del Sistema Bruselas I. En otro caso, estos litigios habrán de considerarse incluidos en el ámbito de aplicación del CB/CL y Reglamento 44/2001. Se trata de una solución que hace depender la resolución de la cuestión de competencia judicial internacional de una cuestión previa de Derecho aplicable y que, además, implica el riesgo de que el Sistema Bruselas I se aplique de forma diferente en varios Estados al mismo supuesto, ya que dependiendo de cuál sea el Derecho rector de los efectos del matrimonio (que vendrá determinado por la norma de conflicto del foro)

²⁷². *Vid.* la definición del alcance de la exclusión de los regímenes matrimoniales del ámbito de aplicación del CB que realiza el “Informe Schlosser” (*loc. cit.*, p. 155, núm. 50): “La competencia de los órganos jurisdiccionales del Reino Unido y de Irlanda, así como su obligación de reconocer y ejecutar las resoluciones extranjeras no estarán regidas por el Convenio cuando el litigio tenga por objeto cuestiones que se planteen entre cónyuges –excepcionalmente, también entre cónyuges y terceros– durante el matrimonio o tras la disolución del matrimonio, a propósito de derechos patrimoniales que resulten del vínculo conyugal. Estos derechos comprenden todos los derechos de administración y disposición, previstos por la ley o por las capitulaciones matrimoniales relativos a los bienes que pertenezcan mutuamente a los dos cónyuges.”

el supuesto en cuestión quedará afectado por la normativa específicamente matrimonial o no. Pese a lo particular de esta situación, ha sido defendida como una consecuencia de la interpretación amplia de regímenes matrimoniales que se deriva de la Sent. *De Cavel I*²⁷³ y mantenida posteriormente en la Sent. *C.H.W. c. G.J.H.*²⁷⁴. Se trata de una propuesta que, tal como adelantábamos en el apartado anterior, merece un poco más de atención y de la que nos ocuparemos a continuación.

El punto de partida en el estudio de la inclusión o exclusión del ámbito de aplicación del Sistema Bruselas I de aquellas relaciones entre cónyuges que no se derivan directamente del vínculo matrimonial, pero que se encuentran afectados por éste ha de ser la consideración que una interpretación tan amplia del concepto “regímenes matrimoniales” que abarcara estos supuestos no parece haber estado en la voluntad de los redactores del Convenio. En este sentido ha de interpretarse el último párrafo del apartado 46 del “Informe Schlosser”²⁷⁵. De esta forma, las relaciones entre cónyuges que no se derivasen de la existencia de la comunidad que surge del matrimonio, aunque estuviesen condicionadas por normas que se aplicasen únicamente a las relaciones entre cónyuges, entrarían en el ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas. Esta solución se mostraría, además, coherente con la exclusión del ámbito de aplicación del Convenio de únicamente de aquellas demandas en las que el objeto principal del litigio se incluya en las excepciones previstas en el art. 1 del Convenio.

Pese a lo anterior, el TJCE, tal como hemos señalado, en la Sent. *De Cavel* interpretó de una forma amplia el concepto de regímenes matrimoniales, para incluir en él “todas las relaciones patrimoniales resultantes directamente del vínculo conyugal o de su disolución”. Ciertamente, el examen de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo en el caso *De Cavel I* habría de tener en cuenta que la interpretación se extiende solamente a las relaciones patrimoniales que deriven *directamente* del vínculo conyugal; lo que podría excluir aquellas otras cuya causa no sea matrimonial, aunque su regulación se encuentre afectada por la regulación de los efectos del matrimonio. No puede desconocerse que esta Sent. del TJCE se dictó para determinar la inclusión o no dentro del ámbito del Convenio de una demanda de medidas provisionales en el marco de un procedimiento de divorcio entre un nacional francés y una nacional alemana. En

²⁷³. Sent. del TJCE de 27 de marzo de 1979 (*supra* n. núm. 257).

²⁷⁴. STJCE de 31 de marzo de 1982, C- 25/81, *C.H.W. c. G.J.H.*, Rec. 1982, pp. 1189-1210.

²⁷⁵. *Vid. supra* n. núm. 264.

este contexto, la afirmación del tribunal podría vincularse a la especificidad de las medidas cautelares; debiendo concretarse si la inclusión o no de las medidas en el ámbito de aplicación del Convenio dependía de lo que se decidiera en relación a ese cuestión respecto al objeto principal del litigio, o si, por el contrario, debía determinarse de una forma autónoma la inclusión o no de las medidas cautelares en el ámbito del Convenio. La Sent. del Tribunal tendría como objeto incidir en este debate en el sentido de hacer seguir a las medidas cautelares la misma suerte que a la cuestión de la que dependiesen tales medidas²⁷⁶. Es por ello por lo que no resulta extraño que se realice una extensión del alcance de la exclusión de los regímenes matrimoniales, pero no desde una perspectiva material (ya que se mantiene la necesidad de que la relación de que se trate derive directamente del vínculo material), sino procesal (las cuestiones que se planteen al hilo de un procedimiento excluido del ámbito de aplicación del Sistema Bruselas I, incluyendo la adopción de medidas provisionales o la solicitud de documentos para ser utilizados en el caso²⁷⁷ quedan igualmente excluidas del ámbito de aplicación del CB/CL y del Reglamento 44/2001). Así entendidas, las decisiones dictadas por el Tribunal de Luxemburgo en los casos *De Cavel I* y *C.H.W. c. G.J.H.* no tendrían la virtualidad de ampliar sustancialmente los supuestos vinculados con la relación matrimonial que quedarían excluidos del ámbito de aplicación del Convenio, sino ratificar que en el caso de las materias excluidas no solamente los procedimientos dirigidos principalmente a hacer valer los derechos que resulten de estas relaciones jurídicas que se encuentran fuera del ámbito del Sistema Bruselas I, sino también las actuaciones procesales accesorias a estos procesos quedan fuera del Sistema²⁷⁸.

La doctrina, sin embargo, ha optado por interpretar las decisiones citadas en línea con una interpretación extensiva del concepto materia matrimonial. Así, se ha sostenido que, tras estas sentencias, solamente quedan incluidos en el ámbito de aplicación del CB “las relaciones patrimoniales entre esposos sin ningún vínculo con el

²⁷⁶. *Vid.* S. Álvarez González, *op. cit.*, pp. 105-110; V. Fuentes Camacho, *Las medidas provisionales y cautelares en el espacio judicial europeo*, Madrid, Eurolex, 1996, pp. 153-162; F.J. Garcimartín Alférez, *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, pp. 19-25.

²⁷⁷. Este es el supuesto del que conoció el TJCE en la Sent. *C.H.W. c. G.J.H.* *Vid.* V. Fuentes Camacho, *op. cit.*, pp. 160-161, esp. n. núm. 171.

²⁷⁸. Entiéndase que cuando aquí se afirma que la exclusión de las cuestiones matrimoniales del ámbito del Sistema Bruselas alcanza al proceso cautelar en cuanto accesoria al principal no se utiliza el concepto de accesoriedad en el sentido que tiene habitualmente en Derecho procesal para distinguir el objeto principal del procedimiento de aquellas otras cuestiones que pueden plantearse en el mismo y que no son cuestiones previas (incidentales) que han de resolverse en relación con la principal. *Vid.* esta distinción claramente expuesta en F.J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, pp. 23-25.

matrimonio o el divorcio”²⁷⁹, llegando a mantenerse la exclusión del ámbito del Sistema Bruselas I de todos los litigios que pudieran llegar a resultar afectados por esta normativa específica, con independencia de que en el supuesto concreto resultase aplicable la regulación general contractual, extracontractual o real²⁸⁰. Se trata de una solución que pretende evitar los problemas que se derivan de que la aplicación del CB/CL o del Reglamento 44/2001 dependa del Derecho aplicable al supuesto, lo que impediría una aplicación homogénea del Sistema Bruselas I en los diferentes Estados Miembros.

Esta interpretación amplia del concepto regímenes matrimoniales no puede, sin embargo, ser acogida. La exclusión de todos aquellos litigios en los que pudiera incidir la normativa específicamente matrimonial supondría, como ya hemos apuntado, una reducción inadmisible del ámbito de aplicación del Sistema Bruselas I. Por otra parte, como hemos visto, no se encontraba en la voluntad de los redactores del Convenio original el establecer una limitación tan amplia del ámbito de aplicación del Convenio. La exclusión de los regímenes matrimoniales pretendía únicamente dejar fuera del CB unos litigios delimitados en los Derechos de los seis Estados originarios y que se vinculaban a las obligaciones que nacían de la convivencia matrimonial y de las relaciones especiales sobre el patrimonio de los cónyuges que se derivaban del vínculo matrimonial. Como hemos visto, se trata de una categoría que, pese a tener regulaciones bastante diferentes en uno y otro ordenamiento es relativamente fácil de delimitar *a priori*, tal como hemos intentado hacer en el apartado II.1.A) anterior. A partir de ahí, las dificultades de delimitación surgen de la incidencia que esta comunidad conyugal tiene en diversas relaciones jurídicas no derivadas directamente del matrimonio. En principio, la existencia de cierta incidencia de la regulación matrimonial en estas relaciones²⁸¹ no debería tener como consecuencia la exclusión del ámbito convencional tales materias, pues en este caso la cuestión matrimonial es puramente incidental al objeto principal del litigio. Interpretada de esta forma la exclusión del art. 1 del CB/CL

²⁷⁹. Cf. H. Gaudemet-Tallon, *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano. Compétence internationale, reconnaissance et exécution des jugements en Europe*, París, L.G.D.J., 2^a ed. 1996, p. 25; Vid. también P. Kaye, *Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments*, Abingdon, Professional Books, 1987, pp. 100-102; J. Basedow, “Europäisches Zivilprozeßrecht”, *Handbuch des internationalen Zivilverfahrensrecht*, Tubinga, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), t-I, 1982, capítulo II, pp. 99-181, pp. 148-150.

²⁸⁰. Cf. J. Basedow, *loc. cit.*, pp. 149-150.

²⁸¹. Negocios jurídicos onerosos o gratuitos entre cónyuges, contratos con terceros en relación con las necesidades de la comunidad conyugal, contratos relativos a bienes comunes, etc.

y del Reglamento 44/2001 resultaría que el Derecho rector del supuesto no tendría ninguna incidencia en la delimitación del ámbito de aplicación del Sistema Bruselas I, pues sería posible resolver esta cuestión a partir de una interpretación autónoma del concepto regímenes matrimoniales que incluyese en éste todas las relaciones entre cónyuges que derivasen directamente del vínculo conyugal; de acuerdo, además, con la interpretación del TJCE en el caso *De Cavel I*.

La referencia al Derecho rector de las relaciones entre los cónyuges para determinar el alcance de la expresión “regímenes matrimoniales” aparece por primera vez en el “Informe Schlosser”, en relación con la concreción de esta categoría respecto al Derecho del Reino Unido y de Irlanda, donde no existía propiamente una regulación de los regímenes matrimoniales equivalente a la vigente en Francia, en Alemania o en otros Estados continentales, rigiéndose las relaciones entre cónyuges en Gran Bretaña e Irlanda por las normas generales en materia patrimonial, aunque aplicándoseles algunas disposiciones específicas²⁸². Ciertamente, la existencia de esta particularidad en el Reino Unido e Irlanda no debería, por sí sola, impedir una interpretación autónoma del concepto regímenes matrimoniales. La relación que se establece entre ésta y el vínculo matrimonial es funcional, no formal, de tal manera que si la pretensión de que se trate se fundamenta en la existencia del matrimonio, el hecho de que la fundamentación jurídica se realice sobre la normativa específicamente matrimonial o sobre la normativa contractual general no debería resultar relevante. Si se hubiese generalizado una calificación de este tipo, seguramente los problemas interpretativos del art. 1 del CB hubieran sido mucho menos virulentos. Sin embargo, no fue éste el camino seguido. La categoría regímenes matrimoniales siguió vinculada a la existencia de determinadas regulaciones específicas en materia matrimonial; de alcance general en el caso de unos derechos y como meras matizaciones a las reglas del Derecho patrimonial general en otras (Reino Unido e Irlanda)²⁸³.

²⁸². Vid. “Informe Schlosser”, *loc. cit.*, p. 152 (n. 43): “Los acuerdos de orden general relativos al patrimonio que celebren entre sí los cónyuges tienen estrictamente la misma naturaleza jurídica que los contratos celebrados con terceros. No obstante, las leyes prevén determinadas disposiciones patrimoniales especiales para los cónyuges. Así, la ley inglesa (“Matrimonial Homes Act” de 1967) y la ley irlandesa (“Family Home Protection Act” de 1976) garantizan a cada cónyuge determinados derechos de ocupación del domicilio. Además, los tribunales del Reino Unido competentes en materia de divorcio están dotados en virtud del “Matrimonial Causes Act” de 1973, de amplios poderes, cuya extensión varía no bostante en las diferentes partes del reino, para ordenar el pago de un capital a uno de los antiguos cónyuges. En Inglaterra el tribunal puede incluso llegar a decidir un nuevo reparto de los bienes entre los antiguos cónyuges y sus hijos.”

²⁸³. Vid. P. Kaye, *op. cit.*, p. 91.

Resulta comprensible, de acuerdo con lo anterior, que cuando se materializaron las primeras dificultades interpretativas en relación con el art. 1 del CB, se optara por vincular la solución de esta cuestión con el Derecho rector de la pretensión litigiosa. Esta vía, sin embargo, debía conducir a una extensión difícilmente asumible de la exclusión prevista en este precepto²⁸⁴, difícilmente conciliable con la obligación de interpretación estricta de las excepciones a la aplicación del Sistema Bruselas I²⁸⁵. La imposibilidad de llegar a una interpretación uniforme del CB/CL y del Reglamento 44/2001 en todos los Estados miembros a partir de esta interpretación es otra circunstancia que impide que esta interpretación pueda ser finalmente acogida²⁸⁶. Una vez excluido que el ámbito de aplicación del Sistema Bruselas I en materia de regímenes matrimoniales dependa de la calificación que realiza de la pretensión el Derecho aplicable de acuerdo con el sistema de DIPr. del foro, la tarea que queda es la delimitar el alcance de la categoría regímenes matrimoniales a partir de una calificación funcional en la línea que hemos defendido.

e) La calificación funcional de la categoría “regímenes matrimoniales”.

De acuerdo con una interpretación funcional de la categoría regímenes matrimoniales orientada por las indicaciones que pueden extraerse de los Informes oficiales que acompañan a las distintas versiones del CB y al CL, deberán incluirse en este concepto todos aquellos litigios que se planteen en relación con las obligaciones que surgen entre los cónyuges con motivo de la constitución de la comunidad conyugal. Tal como hemos visto, estas obligaciones son objeto de una regulación específica en diversos ordenamientos, el español entre ellos; pero el hecho de que no exista esta regulación específica no debería servir para excluir un supuesto determinado de esta categoría si el fundamento fáctico de la reclamación es la específica relación que surge del vínculo conyugal, con independencia de que no exista una regulación específica del supuesto en el Derecho que resulte aplicable de acuerdo con el sistema de DIPr. del foro. De esta forma, la delimitación del ámbito de aplicación del Sistema Bruselas I se

²⁸⁴. *Vid.*, por ejemplo, la Sent. de la A.P. de Baleares de 18 de julio de 1995, *cit. supra* en n. núm. 265.

²⁸⁵. Cf. M. Desantes Real, “El Convenio de Bruselas (competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales) y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: criterios de interpretación y orientación metodológica”, *La Ley: Com. eur.*, 1988-1, pp. 15-39, p. 28; M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal...*, *op. cit.*, p. 74.

²⁸⁶. Sobre la necesidad de una interpretación uniforme del CB *vid.* M. Desantes Real, “El Convenio de Bruselas..., *loc. cit.*, p. 18.; H. Gaudemet-Tallon, *op. cit.*, pp. 8-9.

realiza de una forma independiente del contenido del Derecho reclamado, partiendo únicamente del fundamento de la pretensión. De acuerdo con este acercamiento quedarán excluidos del ámbito del Convenio tanto las reclamaciones directas entre cónyuges en las que se reclame la contribución que a cada uno le corresponde en las cargas del matrimonio como aquellas que se vinculen a la distribución del patrimonio común que, en determinadas circunstancias, puede surgir de la celebración del matrimonio. Aquí se incluirán acciones que tiendan a delimitar el contenido de este patrimonio, diferenciándolo del privativo de cada uno de los cónyuge y aquellas en las que se solicite la división de dicho patrimonio común; no deberían incluirse aquí, sin embargo, las acciones que se vinculen con la copropiedad que pueden mantener los cónyuges sobre determinados bienes y que no trae causa del matrimonio. Así, en los matrimonios que se encuentran en régimen de separación de bienes, los litigios relativos a los frutos o la utilización de aquellos bienes que hayan sido adquiridos por ambos cónyuges, o la solicitud de disolución de la comunidad que esta adquisición hace surgir respecto a tales bienes²⁸⁷. Las acciones en las que se pretenda determinada consecuencia con base en la existencia del matrimonio o su disolución respecto a determinadas relaciones jurídicas que, en principio, son independientes del matrimonio solamente quedarán excluidas del ámbito de aplicación del Sistema Bruselas I si la cuestión matrimonial no puede ser considerada como meramente incidental del objeto principal del litigio.

Este acercamiento puede plantear, sin embargo, algún problema respecto a aquellas relaciones jurídicas que se pueden ver afectadas por la regulación matrimonial, pero que no cabe insertar en la regulación específica de la comunidad conyugal. Así sucederá con las previsiones que habíamos examinado acerca de las limitaciones que prevén algunos ordenamientos a las donaciones entre cónyuges o, incluso, a los negocios jurídicos onerosos entre marido y mujer. Igualmente, puede plantearse este problema en relación con las presunciones de gratuidad que se preven en determinados Derechos para los negocios entre cónyuges en los supuestos de concurso de acreedores sobre los bienes de uno de los cónyuges (presunción mucina), a la que también nos hemos referido en el primer apartado de este trabajo. Finalmente, también resulta dudosa la incidencia en el ámbito de aplicación del Sistema Bruselas I de las

²⁸⁷. En estos casos, aún resultaría posible que operase la exclusión si la reclamación de que se trata se fundamenta en las limitaciones que puede establecer el ordenamiento respecto a la capacidad de disposición de aquellos bienes que resultan imprescindibles para la comunidad conyugal (la vivienda habitual y su mobiliario).

limitaciones a la capacidad de disponer en relación a determinados bienes que se derivan de la regulación de la comunidad conyugal.

En todos estos supuestos, la existencia de un matrimonio puede condicionar cuestiones tales como la validez de una donación, la determinación del carácter oneroso o gratuito de un negocio jurídico o a la eficacia de un acto dispositivo de un cónyuge respecto a un bien común o esencial para la comunidad conyugal; pero no creo que debamos considerar que los litigios que puedan surgir en relación con estos supuestos hayan de considerarse incluidos en la categoría regímenes matrimoniales y, por tanto, excluidos del ámbito de aplicación del Sistema Bruselas I. En estos casos la afectación del matrimonio a la regulación de las donaciones o los contratos no tiene la virtualidad de implicar la incorporación de tales relaciones jurídicas al instituto de comunidad conyugal, elemento estructurador de la categoría regímenes matrimoniales desde la perspectiva que aquí se mantiene. Solamente deberían considerarse incluidos en esta categoría aquellos supuestos en los que la figura de un determinado negocio jurídico sea utilizada con el fin de configurar en una determinada manera dicha comunidad; así mediante institutos como la dote o los bienes parafernales²⁸⁸.

B) La aplicación del Sistema Bruselas I en materia de efectos del matrimonio.

a) Sistema Bruselas I y relaciones vinculadas al matrimonio.

La exclusión de los regímenes matrimoniales del ámbito de aplicación del Sistema Bruselas I no impide, sin embargo, que éste despliegue una incidencia notable en relación con los efectos del matrimonio. Como hemos visto en el primer apartado de este trabajo, esta categoría excede la regulación de la comunidad conyugal que surge del matrimonio, único ámbito que quedaría incluido en la categoría regímenes matrimoniales del art. 1 del CB/CL y Reglamento 44/2001. Las alteraciones que se deriven del matrimonio en las relaciones jurídicas que se establezcan entre los cónyuges y los terceros o entre los cónyuges entre si, siempre que no quepan incluirse en el ámbito de la comunidad conyugal, no implicarán que el Sistema Bruselas I dejará de aplicarse a las reclamaciones judiciales y a las sentencias que tengan como fundamento

²⁸⁸. *Vid.* esta perspectiva, aunque en materia de Derecho aplicable y en relación con la delimitación entre los supuestos de, por un lado, el art. 10.7 del C.c. y, por otro lado, los arts. 9.2 y 9.3 también del C.c., P. Jiménez Blanco, “El Derecho aplicable...”, *loc. cit.*, p. 74.

tales relaciones jurídicas. Así, las reclamaciones que se encuentren vinculadas a bienes comunes y que se dirijan contra los cónyuges por terceros o por éstos frente a los cónyuges se incluirán en el ámbito de aplicación del Sistema Bruselas I. Se tratará de supuestos en los que la existencia del matrimonio puede afectar a la legitimidad para actuar²⁸⁹, lo que, a su vez, puede afectar a la eficacia del contrato concluido por uno solo de los cónyuges²⁹⁰; pero esto no implica que, caso de litigarse sobre la eficacia del acto de disposición que se haya realizado, el objeto principal del litigio tendrá carácter contractual o será de naturaleza real, planteándose la cuestión matrimonial como un mero incidente. En estos casos, los foros del CB/CL y del Reglamento 44/2001 deberán ser considerados en la determinación de la competencia judicial internacional del tribunal ante el que se presente la demanda. Será así el Sistema Bruselas I el que deberá aplicarse para dilucidar si existe competencia para pronunciar una sentencia sobre el fondo del litigio. Ahora bien, en el supuesto de que finalmente se determine que dicha competencia existe, ello no implica por sí solo que se tenga conocimiento para pronunciarse sobre la cuestión matrimonial vinculada al objeto principal del litigio. La competencia para conocer de las cuestiones incidentales que se plantean junto con la principal ha de determinarse de acuerdo con lo que establezca el Derecho autónomo del foro²⁹¹. Aquí, a su vez, caben dos opciones. Puede ser que el Derecho del foro entienda que la competencia para conocer de la cuestión principal implica asumir también la competencia para conocer de las cuestiones incidentales que puedan plantearse o, por el contrario, puede que resulte necesario determinar de una forma independiente la competencia para conocer de la cuestión incidental²⁹². En general, se admite que la competencia para conocer de la cuestión principal implica también la competencia para pronunciarse sobre los incidentes que sea necesario resolver para poder pronunciarse sobre el proceso principal²⁹³.

²⁸⁹. Así, por ejemplo, porque al tratarse de bienes comunes la disposición sobre ellos debe realizarse con el consentimiento de ambos cónyuges o, incluso siendo un bien privativo de uno de los cónyuges, porque se encuentra adscrito al cumplimiento de los fines básicos de la comunidad conyugal (vivienda habitual del matrimonio). *Vid. supra* apartado I.I.B.d).

²⁹⁰. *Vid.* arts. 1322 y 1378 del C.c. *Vid. supra* apartado I.I.B.b).

²⁹¹. Cf. P. Kaye, *op. cit.*, p. 151; R. Arenas García, *El control de oficio de la competencia judicial internacional*, Madrid, Eurolex, 1996, p. 114.

²⁹². *Vid.* R. Arenas García, *El control de oficio..., op. cit.*, p. 115.

²⁹³. *Vid.* para el Derecho español M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal..., op. cit.*, p. 74, donde apuntan que la consecución del efecto útil del Sistema Bruselas I exigiría en la mayoría de los supuestos la asunción de la competencia en relación con la cuestión incidental si se es competente para conocer de la cuestión principal de acuerdo con lo previsto en el Convenio de Bruselas.

De la misma forma, los litigios en los que se pretenda la extensión de la responsabilidad por los actos de un cónyuge a los bienes comunes o a los privativos del otro cónyuge²⁹⁴ no tendrán naturaleza matrimonial, pese a que la extensión de la responsabilidad se derive, precisamente, de la existencia del matrimonio. En estos supuestos la base de la reclamación que pueda realizar el tercero tendrá naturaleza contractual, basada en el contrato que le vincula con el cónyuge con el que ha contratado, derivándose también de este contrato la responsabilidad que pueda recaer sobre los bienes comunes o privativos del otro cónyuge. La relación matrimonial operará únicamente como factor de extensión de la responsabilidad, no como fundamento de la misma. De nuevo en este caso el vínculo matrimonial y sus consecuencias se presenta como una circunstancia incidental a la resolución de la cuestión que es objeto principal del litigio y, por tanto, no determinante para la delimitación del ámbito de aplicación del Sistema Bruselas I²⁹⁵. Esta exclusión operará incluso en aquellos casos en los que la extensión de la responsabilidad derive del hecho de que la obligación de que se trate está vinculada a la satisfacción de las necesidades de la comunidad conyugal²⁹⁶, ya que la reclamación, en cualquier caso, derivará de la obligación que se ha asumido frente a terceros, siendo una cuestión accidental el que tal obligación se enmarque en el ámbito de la potestad doméstica o no. En estos casos, pese a la vinculación del litigio con la regulación matrimonial, será el Sistema Bruselas I el que determine la competencia para pronunciarse sobre el fondo de la pretensión, decidiendo el Derecho del foro acerca de la competencia para conocer del incidente matrimonial, al igual que veíamos que sucedía en los litigios en los que se discutiese la eficacia del negocio concluido por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro.

También deberán considerarse incluidos en el ámbito de aplicación del Convenio aquellos litigios que se planteen entre los cónyuges o entre los cónyuges y terceros en relación con las donaciones efectuadas por razón del matrimonio. Ya habíamos examinado como éstas *donationes propter nuptias* gozan de una regulación específica en diversos ordenamientos, que matiza la general sobre donaciones. La existencia de esta normativa no altera, sin embargo, la naturaleza de tales donaciones, a

²⁹⁴. *Vid. supra* apartado I.1.A.b).

²⁹⁵. En estos supuestos no nos encontramos ante una relación jurídica que deriva *directamente* del vínculo conyugal o de su disolución, lo que impide la consideración de la exclusión de los regímenes matrimoniales prevista en el art. 1 del CB de acuerdo con la jurisprudencia del TJCE. *Vid. supra* referencias contenidas en las notas núms. 276 a 278.

²⁹⁶. Es decir, que entren en el ámbito de la potestad doméstica, *vid. art. 1365 del C.c.; art. 4 del Código de Familia de Cataluña, Ley 54 de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra, etc..*

salvo de aquellos supuestos en los que la donación tenga por objeto la integración del patrimonio común de los cónyuges, como sucede con las donaciones dotales, los bienes parafernales o las arras²⁹⁷. A salvo de estos casos, la determinación de la competencia en los litigios que se vinculen a las donaciones por razón del matrimonio deberá seguir las reglas previstas en el Sistema Bruselas I, si no opera una exclusión diferente a la de los regímenes matrimoniales. En principio, el foro del domicilio del demandado podrá operar, así como el de la sumisión expresa o tácita. También resultaría posible, seguramente, considerar el foro contractual, dada la interpretación autónoma amplia de este fuero realizada por el TJCE²⁹⁸, quien, como es sabido, define el contrato a partir de la existencia de un acuerdo de voluntades del que derivan una serie de obligaciones²⁹⁹.

²⁹⁷. Los arts. 1336 a 1391 del C.c., en su redacción anterior a la Ley 11/1981, de 13 de mayo, regulaban en el ámbito del denominado Derecho común la figura de la dote (arts. 1336 a 1380) y de los bienes parafernales (arts. 1381 a 1391). La dote estaba constituida por los bienes que aportaba la mujer al matrimonio, pudiendo constituirla en su favor los padres, los parientes de los esposos y las personas extrañas a la familia e, incluso, el marido si la constitución era anterior al matrimonio (art. 1338 del C.c.). Los padres se encontraban obligados a dotar a sus hijas legítimas con la mitad de su legítima presunta (art. 1341 del C.c.). Los bienes que componían la dote o bien se transmitían al marido, quedando este obligado a la restitución de la dote en los supuestos legalmente previstos (dote estimada, art. 1346 del C.c.) o bien permanecían tales bienes en el dominio de la mujer, siendo el marido el administrador y usufructuario de ellos (dote inestimada, arts. 1346 y 1357 del C.c.). Los bienes parafernales eran aportados por la mujer al matrimonio, pero no se incluían en la dote, conservando la mujer el dominio sobre los mismos (arts. 1381 y 1382). Tanto en el caso de la dote como de los bienes parafernales nos encontramos ante aportaciones que tienen como objeto la creación de un patrimonio que permita hacer frente a las obligaciones de la vida en común; *vid.* G. García Cantero, “Capítulo Tercero”, en M. Albaladejo (dir.), *op. cit.*, t-XVIII, vol. 1, pp. 142-144; *id.*, “Artículos 1381 y 1382”, *ibid.*, pp. 258-263. En el Derecho catalán se mantiene aún la figura de la dote (*vid.* arts. 26 a 37 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, dejados en vigor por la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de familia); aunque actualmente apenas se utiliza (*vid.* J.M. Abril Campoy, “La protecció del consort supervivent en Dret català”, *RCDP*, 2003, núm. 2, en prensa). Los arts. 5 y 66 de la Compilación del Derecho civil de Baleares prevén la existencia de la dote en el Derecho de Mallorca, y de Ibiza y Formentera respectivamente, remitiendo en el primer caso su regulación a la escritura de constitución y al “al régimen que tradicionalmente ha sido de aplicación en la isla” y a lo pactado, interpretado de acuerdo a la costumbre en el segundo (art. 66.5: “Cuando las estipulaciones capitulares se refieran a instituciones familiares y sucesorías consuetudinarias, tales como constitución de dote o de “escreix”, acogimiento en una cuarta parte de los “milloraments”, donaciones universales, heredamientos, pacto de usufructo universal y cláusula de confianza, se estará a lo pactado, y se interpretarán aquéllas con arreglo a la costumbre.”) El Derecho aragonés también recoge la figura de la dote (arts. 30-32 de la Compilación del Derecho civil de Aragón; derogados por la Ley 2/2003, de 12 de febrero, en vigor a partir del 23 de abril de 2003). En el Derecho navarro existen las figuras de la dote y de las arras. La dote la constituyen “los bienes que en tal concepto la mujer aporta formalmente al matrimonio, antes o después de su celebración” (Ley 119 de la Compilación del Derecho civil foral de Navarra). Las arras son “la donación que el esposo hace a la esposa, antes o después del matrimonio, en contraprestación a la dote” (Ley 125).

²⁹⁸. *Vid.* M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal...*, *op. cit.*, pp. 103-104.

²⁹⁹. *Vid.* la STJCE de 17 de junio de 1992 *Jakob Handte y Cia. GmbH c. Traitaments mécano-chimiques des surfaces Sa*, C- 26/91, *Rec.*, 1992, pp. I-3967 y ss.; si bien en este asunto la formulación del Tribunal es negativa (no existirá contrato si no existe una obligación libremente asumida por las partes). P. Jiménez Blanco (*loc. cit.*, pp. 68-69) defiende la calificación contractual de las donaciones en las que sea precisa la aceptación del donatario sobre la base de la interpretación hecha por el Tribunal de Luxemburgo de la categoría obligaciones contractuales; en el mismo sentido *vid.* L. Fumagalli, “La Convenzione di Roma e la legge regolatrice delle donazioni”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1993, año XXIX, pp.

Solamente en aquellos casos en los que la donación se configure como acto puramente unilateral, sin que sea precisa la aceptación para su eficacia, resultará imposible la utilización del foro especial en materia contractual, debiendo determinarse la competencia judicial a partir de lo establecido en los arts. 2 a 4 del Reglamento. También sería posible la utilización del foro de la sumisión expresa (art. 23) en caso de que el acto de donación incluya una cláusula de elección de tribunal, y también el foro de la sumisión tácita del art. 24. En algunos supuestos sería posible que la donación fuese la base de reclamaciones no contractuales, para las que podría utilizarse el foro previsto en el art. 5.3 del Reglamento³⁰⁰.

Finalmente, también se incluirán en el ámbito de aplicación del Sistema Bruselas I aquellos litigios entre los cónyuges que no se deriven directamente del matrimonio, con independencia de que exista alguna regulación específicamente matrimonial de los mismos. Al igual que sucede en lo que se refiere a las obligaciones que contrae uno de los cónyuges o ambos con terceros, la cuestión matrimonial es puramente incidental respecto a la cuestión principal objeto del litigio (contractual, extracontractual o de naturaleza real). En la práctica tales litigios se referirán a contratos celebrados entre los cónyuges³⁰¹ o a la distribución de los frutos y cargas de los bienes comunes. Tales litigios, en tanto en cuanto no se vinculen a la comunidad conyugal deben considerarse incluidos en el ámbito de aplicación del Sistema Bruselas I, aplicándose las reglas pertinentes del mismo sin ningún matiz³⁰².

De la enumeración que se acaba de realizar resulta que en no pocos casos el Sistema de Bruselas deberá determinar la competencia judicial internacional respecto a litigios en cuya resolución deberán tenerse en cuenta reglas específicas relativas al matrimonio. Una interpretación funcional del concepto regímenes matrimoniales permite llegar a esta solución obviando las dificultades de mantener que quedarán

589-606, p. 594. Mantienen en nuestra doctrina esta calificación contractual de las donaciones a efectos de aplicar el Sistema Bruselas J.C. Fernández Rozas y S.A. Sánchez Lorenzo (*Derecho internacional privado*, *op. cit.*, pp. 596-597), sin limitar esta calificación a los supuestos en los que sea precisa la aceptación para la eficacia de la donación; al igual que J. Carrascosa González (A.-L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González (dirs.), *Derecho internacional privado, volumen II*, Granada, Comares, 3^a ed. 2002, p. 404).

³⁰⁰. Cf. J. Carrascosa González, en A.-L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González (dirs.), *op. cit.*, p. 404.

³⁰¹. Ya hemos indicado en el apartado I de este trabajo que pueden existir regulaciones especiales sobre estos contratos limitando, por ejemplo, la posibilidad de conclusión de negocios jurídicos entre los cónyuges. La tendencia legislativa, sin embargo, es a que estas limitaciones desaparezcan.

³⁰². *Vid. supra* n. núm. 264.

excluidos del ámbito de aplicación del convenio aquellos supuestos en los que la reclamación se fundamente en la normativa específica matrimonial³⁰³. Solamente en los supuestos en los que el litigio se vincule a la comunidad de vida que surge del matrimonio resultará obligado excluir el supuesto del ámbito de aplicación del Sistema Bruselas I.

b) La problemática de las parejas de hecho.

En el apartado I de este trabajo hemos defendido que la calificación de matrimonio que debe realizarse en el DIPr. podría incluir en esta categoría, con ciertos matices³⁰⁴, las uniones estables de pareja, tanto de carácter homosexual como heterosexual. Se trata de una conclusión a la que se llegaba examinando los caracteres esenciales del matrimonio propio de nuestra cultura jurídica que se han ido decantando en una evolución multisecular desde el Derecho Romano hasta la actualidad, con una especial influencia del Derecho canónico. Se trata, por tanto, de una calificación que debería poder predicarse sin excesivas dificultades no solamente del DIPr. español, sino también del de otros Estados de nuestro entorno y, en concreto, de los ordenamientos jurídicos de los Estados que integran la Comunidad Europea.

La conclusión más evidente, a nuestro juicio, de la calificación del matrimonio realizada en el apartado I de este trabajo es la de que los matrimonios entre personas del mismo sexo son equivalentes a los matrimonios entre personas de sexos diferentes. Esto es, si no se establece otra cosa en la norma matrimonial de que se trate, habrá de aplicarse tanto a los matrimonios homosexuales como a los heterosexuales. De hecho, tal como hemos señalado, en algunos Estados Europeos ya se ha admitido la posibilidad del matrimonio homosexual³⁰⁵. En estos supuestos, no debería existir inconveniente alguno en aplicar a tales matrimonios las reglas relativas a la aplicación del Sistema Bruselas I que hemos desarrollado en los apartados anteriores. De esta forma, los mismos supuestos que quedan excluidos del ámbito de aplicación del Sistema respecto a los matrimonios heterosexuales quedarían excluidos respecto a los homosexuales. De

³⁰³. *Vid.* esta perspectiva en la Nota de R. Arenas García a la Sent. de la A.P. de Baleares de 18 de julio de 1995 (*loc. cit.*, p. 267) y referencias allí contenidas.

³⁰⁴. Recordemos que los matrimonios y las uniones de hecho no son equivalentes, y que existiendo una regulación diferenciada para una y otra no existe razón alguna para extender la regulación del matrimonio a las uniones estables de pareja. Ahora bien, en caso de laguna no deben existir mayores dificultades para aplicar a las uniones de hecho las soluciones previstas para el matrimonio. *Vid. supra* apartado I.2.C).

³⁰⁵. *Vid. supra* las referencias contenidas en la n. núm. 243.

hecho, la exclusión estaría aún más justificada en este último caso, toda vez que las diferencias entre los distintos Derechos europeos son aún más acusadas en este ámbito que en la regulación de los matrimonios entre personas de distinto sexo, habiendo sido esta diferencia de regulación uno de los elementos que hicieron aconsejable excluir los regímenes matrimoniales del ámbito de aplicación del CB³⁰⁶.

La aplicabilidad del Sistema Bruselas I a las relaciones derivadas de una unión estable de pareja (homosexual o heterosexual) es algo más compleja. Hemos de tener en cuenta que, evidentemente, unión de hecho y matrimonio no son lo mismo. Existen diferencias entre una y otro que impiden que se apliquen automáticamente y en toda circunstancia la regulación del matrimonio a las uniones de hecho. En cada caso deberá determinarse, en primer lugar, si existe una laguna en la regulación de las uniones de hecho para, a continuación, examinar si esa laguna puede cubrirse con la aplicación a la misma de la regulación equivalente del matrimonio. En el caso de que exista una regulación específica para las parejas de hecho no resultará posible la consideración de la regulación matrimonial³⁰⁷.

En relación con el problema que nos ocupa, el ámbito de aplicación del Sistema Bruselas I a las parejas de hecho, debemos partir de que no existe una regulación específica sobre esta cuestión ni en el CB ni en el CL o en el Reglamento 44/2001. Ante esta situación, resulta posible plantearse la aplicación de la exclusión de los regímenes matrimoniales del art. 1 de estos Textos a las reclamaciones que se fundamenten en una relación estables de pareja. Desde una perspectiva teleológica, la exclusión resultaría plausible, pues la situación actual, en la que algunos Estados europeos han regulado el fenómeno mientras otros no, a la vez que las regulaciones existentes son de muy diverso alcance³⁰⁸ es un escenario poco propicio para una regulación supranacional como es el Sistema Bruselas I. La frecuente aparición de la excepción de orden público en el ámbito del reconocimiento y ejecución de decisiones puede desaconsejar la inclusión de estos supuestos en el ámbito de aplicación del CB/CL y del Reglamento 44/2001. Ya ha sido señalado, y es de sobra conocido, que las divergencias en puntos esenciales entre las regulaciones de los diferentes Estados europeos explican varias de las exclusiones previstas en el Sistema Bruselas I. Así pues, resultaría razonable, a partir de la

³⁰⁶. *Vid. supra* apartado II.1.C).

³⁰⁷. Me remito a las consideraciones hechas en el apartado I.2.C).

³⁰⁸. *Vid.* M. Martín Casals, *loc. cit.*, pp. 1722-1798; P. A. Talavera Fernández, *op. cit.*, pp. 9-39.

consideración de las razones que justifican tales exclusiones en el ámbito de aplicación material del Sistema, interpretar que los litigios que se deriven directamente de la convivencia en el seno de una pareja de hecho no se encuentran incluidos en el ámbito de aplicación del CB/CL y del Reglamento 44/2001. Esta interpretación choca, sin embargo, con el tenor literal del art. 1 de estos Textos, que se refiere únicamente a los regímenes matrimoniales, sin que exista ningún indicio de que estuvo en la voluntad del legislador incluir dentro de esta categoría las relaciones patrimoniales entre convivientes. Además, debemos tener en cuenta que, en principio, las excepciones a la aplicación del Sistema Bruselas I contenidas en el art. 1 del CB/CL y del Reglamento 44/2001 deben ser interpretadas restrictivamente³⁰⁹, por lo que una ampliación de la categoría regímenes patrimoniales podría resultar problemática.

Estos dos últimos argumentos (la interpretación literal del precepto y la necesidad de interpretar restrictivamente las limitaciones en el ámbito de aplicación material del Sistema Bruselas I) suponen un serio obstáculo a la posibilidad de que los litigios que se deriven de la convivencia en el seno de las uniones estables de pareja se vean exceptuados del régimen competencial del CB/CL y Reglamento 44/2001. Ciertamente, puede mantenerse que en el momento en el que se elaboró el CB las uniones estables de pareja no tenían la importancia que presentan hoy en día y que, al no existir regulación específica alguna sobre ellas en los diferentes Estados europeos no resultaba justificada efectuar ninguna referencia a ellas en el Convenio³¹⁰. En aquel momento, no resultaba realista plantearse la posibilidad de una reclamación entre convivientes de hecho basada en la convivencia ni, menos aún, un litigio entre un tercero y alguno de los convivientes que tuviese como base tal convivencia. La exclusión del ámbito de aplicación del CB no sería necesaria pues no existiría propiamente una cuestión jurídica que excluir. Este argumento histórico permitiría, quizás, mantener la interpretación teleológica que se ha defendido en el párrafo anterior y sostener la inclusión en la categoría regímenes matrimoniales del art. 1 las relaciones

³⁰⁹. Cf. M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal...*, op. cit., p. 74.

³¹⁰. Las primeras regulaciones de este fenómeno se encuentran en los países del Este de Europa, ya en los años 20 (cf. N. Comte Guillemet, “Las parejas no casadas ante el DIPr.”, en A.L. Calvo Caravaca y J.L. Iriarte Ángel (ed.), *Mundialización y familia*, Madrid, Colex, 2001, pp. 295-311, p. 295 y referencias contenidas en n. núm. 1). En otras regiones habrá de esperarse a los años 80 para encontrar una regulación jurídica de las parejas no casadas (Suecia, 1987, cf. M. Martín Casals, *loc. cit.*, p. 1766; Australia, 1984, *ibidem.*, p. 1775; Canadá, 1986, *ibidem.*, p. 1790). En los años 60', además, no se daban las circunstancias que permitieran aplicar analógicamente a las parejas de hecho la regulación del matrimonio, tal como se planteó posteriormente la jurisprudencia. En aquel momento el fenómeno era marginal (el aumento del número de parejas de hecho data de los años 70) y su admisión social no era la actual (cf. M. Martín Casals, *loc. cit.*, p. 1772).

específicas entre los convivientes de hecho. Esta solución se apoyaría en la necesidad de interpretar la norma de acuerdo con las circunstancias del tiempo en que ha de ser aplicada. Ahora bien, no cabe olvidar que el Reglamento 44/2001 ha sido promulgado en un momento en el que la compleja realidad de las uniones de hecho se encuentra presente en los ordenamientos de muchos Estados europeos, por lo que la falta de referencias en el texto del Reglamento ya no puede ser considerada como una imprevisión del legislador comunitario. En estas circunstancias, la carga argumentativa necesaria para poder excluir del ámbito de aplicación del Sistema Bruselas I los litigios entre convivientes de hecho derivados de tal convivencia puede resultar excesiva³¹¹; pese a que, seguramente, resultaría más útil proceder a esta exclusión³¹².

³¹¹. Esta parece, sin embargo, la opinión del Consejo, quien incluye la regulación de la competencia judicial y el reconocimiento para la resolución de los litigios que surjan en el ámbito de las relaciones de familia no matrimoniales en el programa de medidas para el reconocimiento mutuo de decisiones en materia civil y mercantil (*vid. la Comunicación del Consejo sobre el proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*”, *DOCE*, núm. C 12, de 15 de enero de 2001, esp. p. 3). En esta misma línea R. Wagner (“Das neue Internationale Privat-und Verfahrensrecht zur eingetragenen Lebenspartnerschaft, *IPRax.*, 2001, año 21, núm. 4, pp. 281-293, p. 281) entiende también que los litigios entre convivientes deben considerarse excluidos del ámbito de aplicación del CB y del Reglamento 44/2001, ya que la comunidad de vida que da lugar la unión ha de considerarse como un instituto familiar. El argumento puede servir para excluir del ámbito de aplicación del sistema de Bruselas I los litigios relativos a la declaración de existencia, inexistencia o disolución de la unión, por poder entenderse que se trata de cuestiones de estado civil; pero no a las reclamaciones patrimoniales basadas en la convivencia. *Vid.* también H.U. Jessurun d’Oliveira, “Registered Partnerships, Pacses and Private International Law, Some Reflections”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2000, año XXXVI, núm. 2, pp. 293-322, p. 298.

³¹². Las dificultades de incluir en el Sistema Bruselas I las relaciones entre convivientes de hecho pueden ser mayores en el ámbito del reconocimiento y ejecución de decisiones que en el de la competencia judicial internacional. En el primero, y dadas las ya mencionadas diferencias entre unas y otras regulaciones, puede resultar frecuente la utilización de la excepción de orden público (art. 34.1 del Reglamento). Piénsese, por ejemplo, en la solicitud de reconocimiento en Portugal (país en el que no se han regulado las parejas de hecho) de una decisión española en la que, con base en los arts. 3.2 y 4 de la Ley catalana sobre uniones estables de pareja, se haya condenado a un integrante de una pareja heterosexual al pago de 40.000 € al otro conviviente con base en los gastos de una operación a la que se había sometido el demandante en un hospital de Estados Unidos (el art. 4.1.c. de la Ley incluye entre los gastos comunes, que deben ser satisfechos por cada miembro de la pareja en proporción a sus ingresos, los gastos sanitarios). Si el fundamento de la condena ha sido la situación de convivencia y las obligaciones que de ella se derivan de acuerdo con el Derecho español, bien podría ser que su reconocimiento pudiese ser obstaculizado en otro país en el que se considere contrario al orden público la imposición de deberes legales con base en la mera convivencia. Recuérdese que la regulación contenida en la ley se aplica a las parejas heterosexuales por el mero transcurso de dos años de convivencia, sin necesidad de que se formalice la unión en escritura pública (art. 1 de la Ley); a diferencia de lo que sucede con las parejas homosexuales, a las que solamente se les aplicará la regulación legal si se otorga escritura pública de acuerdo con la previsión del art. 21 de la Ley. También la Ley Aragonesa 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas establece en su art. 5.3 la obligación de los miembros de la pareja de contribuir a los gastos comunes, en ausencia de pacto, en proporción a sus ingresos, y si no son suficientes, de acuerdo con sus patrimonios. Este mismo precepto considera gastos comunes los derivados de la atención médica-sanitaria.

De acuerdo con lo anterior, los litigios entre convivientes de hecho, aunque se planteen únicamente sobre la base de la convivencia, entrarán en el ámbito de aplicación del Convenio. En estos supuestos resultará aplicable el foro general del domicilio del demandado y el foro especial de las obligaciones extracontractuales (art. 5.3) al no resultar posible reconducir la reclamación al ámbito contractual³¹³. Tampoco resulta descartable la utilización del foro de la sumisión expresa, ya que éste puede operar tanto respecto a las reclamaciones de carácter contractual como también en relación con reclamaciones que han de ser calificadas como extracontractuales, aunque incluibles en el ámbito de relaciones jurídicas a las que se extiende el pacto³¹⁴. También resultaría posible la utilización del foro de la sumisión tácita (art. 24 del Reglamento 44/2001).

c) Régimen de los alimentos.

Los alimentos, tanto entre cónyuges como entre convivientes se encuentran incluidos en el ámbito de aplicación del Sistema Bruselas I³¹⁵. Se trata de una excepción a las exclusiones del ámbito de aplicación del CB/CL y del Reglamento 44/2001, ya que, pese a que el fundamento de la obligación de alimentos se incardine en alguna de las materias excluidas del ámbito de aplicación del Sistema Bruselas I, la reclamación de alimentos sí entrará en su ámbito de aplicación. En estas circunstancias, la definición de alimentos adquiere una importancia determinante. Pese a esta importancia, aún se plantean dudas relevantes en torno al concepto de alimentos que retiene el Sistema Bruselas I³¹⁶; planteándose precisamente los problemas más agudos en relación con la

³¹³. Si la reclamación no se basa en la convivencia, sino en un acuerdo concluido entre los convivientes podría aplicarse el foro especial del art. 5.1 junto con el foro elegido por las partes según lo establecido en el art. 23 del Reglamento; pero en estos casos resultaría más dudosa la posibilidad de incluir el supuesto dentro de los regímenes matrimoniales, ya que el fundamento de la reclamación no sería meramente la convivencia. No obstante lo anterior, es preciso considerar que la mera existencia de un acuerdo entre los cónyuges que incida en la reclamación planteada no permite excluir un litigio del ámbito del Sistema Bruselas I, siempre que el acuerdo se enmarque en el régimen general derivado de la convivencia, *vid.* “Informe Schlosser”, *loc. cit.*, pp. 152-153, núm. 45. En el caso de que resultara posible extender la categoría regímenes matrimoniales a las uniones estables de pareja resultaría preciso pronunciarse sobre estos supuestos; lo que no es necesario una vez que se ha asumido la inclusión de estos litigios en el ámbito de aplicación del Sistema Bruselas I.

³¹⁴. *Vid.* G. Kaufmann-Kohler, *La clause d'élection de for dans les contrats internationaux*, Basilea/Frankfurt del Meno, Helbing & Lichtenhahn, 1980, p. 146 y referencias en n. núm. 494; M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal...*, *op. cit.*, p. 212; R. Arenas García, “Nota a la Sent. de la A.P. de Madrid (Sección 14^a), de 10 de julio de 2000, *REDI*, 2001, vol. LIII, núms. 1 y 2, pp. 474-481, pp. 479-480.

³¹⁵. *Vid. supra* apartado II.1.B.

³¹⁶. Sobre la interpretación del concepto “alimentos” en el Sistema Bruselas I *vid.* M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal...*, *op. cit.*, pp. 173-174; H. Gaudemet-Tallon, *op. cit.*, p. 135.

calificación alimenticia de determinadas prestaciones entre cónyuges y excónyuges³¹⁷. No volveremos ahora sobre esta cuestión, a la que ya nos hemos referido en un apartado anterior y que ha sido objeto de un tratamiento profuso y preciso tanto en España como en la doctrina comparada. Aquí nos bastará con recordar que, una vez que se constate que nos encontramos ante una reclamación de carácter alimenticio, resultará aplicable el Sistema Bruselas I para la determinación de la competencia judicial internacional en el ligero de que se trate.

Dentro del Sistema Bruselas I, no origina dificultad alguna la aplicación a las reclamaciones alimenticias del foro general del domicilio del demandado (art. 2). Plantea más problemas, sin embargo, el foro específico del art. 5.2 del CB/CL y Reglamento 44/2001. Estas dificultades se derivan de la carencia de una interpretación autónoma del concepto de alimentos que permita determinar qué supuestos entran en el art. 5.2 y cuáles están excluidos del mismo. En principio, el concepto “alimentos” debe reservarse a la obligación que tiene una persona de suministrar a otra los medios necesarios para satisfacer las necesidades esenciales de la vida³¹⁸. En el ámbito de la competencia judicial internacional no se hace preciso concretar cuáles son esas necesidades esenciales, cuál ha de ser el parámetro de determinación de estas necesidades vitales³¹⁹. Aquí nos basta con constatar que para que existan alimentos debe existir una situación de necesidad del acreedor (aunque no es necesario que sea una necesidad vital)³²⁰, lo que excluye, en principio, aquellas obligaciones que tienen un carácter indemnizatorio³²¹. Esta necesidad del acreedor será antecedente de una obligación alimencia de acuerdo con el art. 5.2 del CB/CL y del Reglamento 44/2001, cuando su cuantía se fije de acuerdo con las necesidades y recursos de los interesados³²². Además, debe tratarse de una obligación que no derive de una sucesión, de un delito o de un contrato³²³. Se tratará, por tanto, de una obligación de origen legal,

³¹⁷. *Vid.* S. Álvarez González, *op. cit.*, pp. 38-72.

³¹⁸. *Cf.* H. Gaudemet-Tallon, *op. cit.*, p. 135.

³¹⁹. M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez (*Derecho procesal...*, *op. cit.*, p. 173) se refieren a las necesidades “socioeconómicas” del individuo.

³²⁰. *Vid.* S. Álvarez González, *op. cit.*, p. 48.

³²¹. Sobre los supuestos “grises” que han sido considerados alimentos por el Tribunal de Luxemburgo (pensión compensatoria del Derecho francés) nos remitimos a la ya tantas veces citada monografía de S. Álvarez González (*op. cit.*, pp. 44-47).

³²². *Cf.* H. Gaudemet-Tallon, *op. cit.*, p. 135.

³²³. *Cf.* “Informe Schlosser”, *loc. cit.*, p. 175, núm. 92. Se muestran contrarios a esta limitación del concepto de alimentos P. Gothon y D. Holleaux, *op. cit.*, pp. 50-52; H. Gaudemet-Tallon, *op. cit.*, pp. 135-136; aunque sin argumentar suficientemente su disentimiento del “Informe Schlosser”.

que no se vinculará con la comisión de un ilícito por el deudor, sino de alguna relación específica entre ellos. Algunos han limitado esta relación a una relación de familia³²⁴; lo que resultaría plausible si aparte de los supuestos de fundamento contractual o delictual no fuera pensable más obligación de alimentos que la que se base en una relación de familia. Precisamente, la regulación de las parejas de hecho podría implicar la existencia de obligaciones de alimentos que no cabe encuadrar en las relaciones de familia. La legislación existente en materia de uniones estables de pareja reconoce la obligación de los convivientes de prestarse alimentos entre sí³²⁵, incluyendo la posibilidad de que tras la disolución de la unión se establezca una “pensión compensatoria” a favor del conviviente “que sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar común o para el otro conviviente (...) en caso de que se haya generado por este motivo una situación de desigualdad entre el patrimonio de los dos que implique un enriquecimiento injusto”³²⁶. También se prevé el establecimiento de una pensión alimentaria periódica al cese de la convivencia “si la convivencia ha disminuido la capacidad del solicitante de obtener ingresos”³²⁷. De acuerdo con la legislación aragonesa, la compensación económica al cese de la vida en común se concederá “si la convivencia ha supuesto una situación de desigualdad patrimonial entre ambos convivientes que implique un enriquecimiento injusto” y además se da alguno de los siguientes casos: “el conviviente ha contribuido económico o con su trabajo a la adquisición, conservación o mejora de cualquiera de los bienes comunes o privativos del otro miembro de la pareja estable no casada” o “cuando el conviviente, sin retribución insuficiente, se ha dedicado al hogar, o a los hijos comunes o del otro conviviente, o ha trabajado para éste.”³²⁸.

La naturaleza de las retribuciones que haya de satisfacer uno de los convivientes al otro tras el cese de la convivencia pueden ser de naturaleza discutible. A diferencia de

³²⁴. M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal...*, op. cit., pp. 173-174

³²⁵. Vid. arts. 8 y 26 de la Ley catalana; art. 13 de la Ley aragonesa.

³²⁶. Art. 13 y 31.1 de la Ley catalana. Vid. también el art. 5.5 de la Ley Foral de Navarra 6/2000, de 3 de julio para la igualdad jurídica de las parejas estables.

³²⁷. Art. 14.a) y 31.2 de la Ley catalana. En el caso de las parejas heterosexuales, además, también puede concederse esta pensión si el solicitante “tiene a su cargo hijos o hijas comunes, en circunstancias en que su capacidad de obtener ingresos quede disminuida”. Este mismo supuesto se encuentra previsto también en la legislación aragonesa (art. 7.2 de la Ley de Aragón 6/1999): “Al producirse la extinción de la convivencia por las causas previstas en el párrafo anterior, cualquiera de los convivientes podrá exigir al otro una pensión, si la necesitase para su sustento, en el supuesto de que el cuidado de los hijos comunes le impida la realización de actividades laborales o las dificulte seriamente. La pensión se extinguirá cuando el cuidado de los hijos cese por cualquier causa o éstos alcancen la mayoría de edad o se emancipen.” También se recoge una regulación prácticamente idéntica en el art. 5.4 de la Ley Foral de Navarra 6/2000.

³²⁸. Art. 7.2 de la Ley aragonesa sobre parejas estables no casadas.

lo que es usual en los alimentos no parece que tengan carácter periódico, y en las regulaciones que acabamos de recoger se utiliza con frecuencia el término “enriquecimiento injusto” por lo que podrían, quizás, excluirse de la calificación alimenticia³²⁹. Ahora bien, en lo que respecta a la obligación de alimentos constante la convivencia pocas dudas caben acerca de su fundamento, junto con la necesidad del acreedor y la diferencia de recursos entre acreedor y deudor, es la relación que se establece con la convivencia. Al tratarse de alimentos y no poder vincularse a una previa relación contractual o extracontractual resultará obligado aplicar a los mismos la previsión del art. 5.2 del CB/CL y Reglamento 44/2001, cuando resulte aplicable el Sistema Bruselas I. Desde la perspectiva que aquí se sostiene, esta inclusión de los alimentos entre convivientes en la previsión del art. 5.2 de los diferentes Textos que integran el Sistema Bruselas I no cuestiona la limitación de su alcance a los supuestos de alimentos entre parientes, toda vez que entiendo que la relación que surge entre los convivientes de hecho es una relación familiar³³⁰. Ahora bien, esta última afirmación es discutible, habiéndose negado que la unión estable de pareja suponga el nacimiento de una familia³³¹. Es por ello que no creo que resulte necesario que la obligación de alimentos de que se trate deba considerarse necesariamente de origen familiar para que pueda entenderse aplicable el art. 5.2 del Reglamento 44/2001 y de los Convenios de Bruselas y de Lugano³³².

Así pues, el foro del art. 5.2 del CB/CL y del Reglamento 44/2001 será aplicable en la determinación de la competencia judicial en materia de alimentos, tanto entre cónyuges como entre convivientes de hecho. Como es sabido, de acuerdo con este precepto será competente para conocer de la reclamación de alimentos el tribunal del lugar del domicilio o de la residencia del acreedor de alimentos y también el tribunal que esté conociendo de una acción relativa al estado de las personas si la cuestión de

³²⁹. Aunque probablemente no por lo que respecta al Sistema Bruselas I, dada la ya mencionada amplitud con que se interpreta el concepto de alimentos en relación con el CB, cf. S. Álvarez González, *op. cit.*, pp. 43-44.

³³⁰. De acuerdo con la doctrina sentada por la STC 222/1992 (*supra* n. núm. 223). *Vid.* C. Amunátegui Rodríguez, *op. cit.*, pp. 23-25.

³³¹. *Vid.* P.A. Talavera Fernández, *op. cit.*, pp. 122-123.

³³². Cf. J.C. Fernández Rozas y S.A. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, *op. cit.*, p. 505. Estos autores excluyen la aplicación del art. 5.2 en los supuestos en los que la obligación de alimentos tenga una base resarcitoria o extracontractual. Ya hemos visto cómo en las diferentes leyes españolas esta base resarcitoria opera respecto a las pensiones que pueden establecerse tras la ruptura, pero no en relación a los alimentos debidos durante la convivencia. Por otro lado, ya hemos señalado que la interpretación amplia de alimentos con la que opera el Sistema Bruselas I cuando se trata de alimentos entre cónyuges debería trasladarse también al ámbito de las relaciones entre convivientes.

alimentos se plantea como incidental³³³ respecto a aquélla, y siempre que la competencia del juez que está conociendo de la demanda sobre el estado de las personas no se base exclusivamente en la nacionalidad de una de las partes. No nos detendremos aquí en la interpretación de este precepto, que ya ha sido prolíjamente tratado por la doctrina europea³³⁴. Aquí solamente destacaremos que en el caso que nos ocupa, la demanda de estado civil a la que se refiere será un procedimiento de separación, nulidad matrimonial o divorcio. En el ámbito de las parejas de hecho no existen procesos equivalentes, aunque no es descartable que se plantee una demanda judicial para que se declare la existencia de una pareja de hecho, especialmente cuando resulte posible que la mera convivencia durante un plazo determinado suponga el nacimiento de la unión estable reconocida legalmente³³⁵. En estos casos sería posible el planteamiento de la acción declarativa y, paralelamente una reclamación de alimentos. Esta opción puede presentar la ventaja de que planteándolo de esta manera la competencia judicial se determinará por el Derecho autónomo del foro, mientras que si se plantea a título principal la reclamación de alimentos, y como cuestión previa a ésta la determinación de la existencia de la unión estable, será el Sistema Bruselas I el que determinará la competencia para conocer. De esta forma, si el foro previsto para la acción declarativa de existencia de la unión estable es más favorable al demandante que el Sistema de Bruselas I puede resultar preferible plantear de esta forma la reclamación. De todas formas, sin embargo, resulta difícil que pueda darse en la práctica esta ventaja, toda vez que los foros previstos en el Sistema Bruselas I ya ofrecen un abanico muy amplio de posibilidades al demandante (domicilio del demandado, domicilio del demandante y residencia del demandante), y los foros que pudiera ofrecer el Derecho autónomo diferentes de éstos no resultarían operativos si se basasen únicamente en la nacionalidad de una de las partes. Más adelante nos ocuparemos de la forma en que el Derecho autónomo determina la competencia judicial internacional en materia matrimonial y allí nos detendremos en las posibilidades de utilización de los foros autónomos para la determinación de la competencia en materia de alimentos regulada por el Sistema Bruselas I.

³³³. Técnicamente, el término “incidental” que utiliza el art. 5.2 en su versión española no es excesivamente correcto (*vid. S. Álvarez González, op. cit.*, p. 82). En otras versiones lingüísticas del CB/CL y del Reglamento 44/2001 se expresa con más exactitud la idea de que la cuestión de alimentos aparece vinculada a una cuestión de estado civil, lo que es distinto que resulte incidental a esta cuestión.

³³⁴. Nos remitimos al estudio de S.Álvarez González ya citado y a las referencias allí contenidas (*op. cit.*, pp. 72-94).

³³⁵. *Vid.* art. 1 de la Ley catalana, art. 3 de la Ley aragonesa, art. 2 de la Ley navarra.

2. El Reglamento 1347/2000.

A) El ámbito de aplicación del Reglamento: separación judicial, divorcio y nulidad.

a) La delimitación del ámbito de aplicación del Reglamento.

Como es sabido, el Reglamento 1347/2000 regula la competencia judicial y el reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de crisis matrimoniales (divorcio, separación judicial y nulidad) y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes cuando estas cuestiones de responsabilidad parental se planteen en el marco de un procedimiento de crisis matrimonial de los regulados por el Reglamento (art. 1). Las cuestiones relativas a los regímenes matrimoniales, el incumplimiento de las obligaciones personales derivadas del matrimonio o las cuestiones de alimentos quedan excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento³³⁶. Esta exclusión implica, desde la perspectiva del reconocimiento, que las decisiones que se dicten en los Estados miembros podrán ser reconocidas en el resto de Estados miembros mediante el procedimiento simplificado y de controles reducidos que prevé el Reglamento únicamente en lo que se refiere a la decisión sobre la separación, el divorcio o la nulidad, y en lo que respecta a las medidas que se adopten respecto a los hijos; pero el resto de pronunciamientos que, probablemente, contendrá la decisión no verán facilitada su eficacia extraterritorial mediante el Reglamento. Desde la perspectiva de la competencia judicial, esta delimitación del ámbito de aplicación del Reglamento implicará que éste se limitará a determinar la competencia para pronunciarse sobre la separación judicial, el divorcio y la nulidad matrimonial. En las circunstancias previstas en el Reglamento (art. 3), la competencia para conocer de estas cuestiones se extenderá

³³⁶. *Vid.* Considerando nº 10 del Reglamento: “El presente Reglamento debe limitarse a los procedimientos relativos al divorcio, la separación judicial y la nulidad del matrimonio y, por lo tanto, el reconocimiento de las resoluciones no afecta a cuestiones tales como la culpa de los cónyuges, el régimen económico matrimonial y las obligaciones de alimentos o a otras posibles medidas accesorias, a pesar de que son cuestiones que aparecen vinculadas a dichos procedimientos.” Esta aclaración ya se encontraba presente en el núm. 22 del “Informe explicativo del Convenio celebrado con arreglo al artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial preparado por la profesora Dra. Alegría Borrás”, D.O.C.E., núm. C 221, de 16 de julio de 1998 (en adelante, “Informe Borrás”). *Vid.* A.P. Abarca Junco y M. Gómez Jene, “Medidas cautelares y provisionales en materia matrimonial: cuestiones de competencia judicial internacional”, *Estudios en homenaje al profesor Antonio Pérez Voituriez*, op. cit., pp. 15-32, pp. 17-18.

a los pronunciamientos en relación a la responsabilidad parental respecto a los hijos comunes. El resto de materias de las que suelen ocuparse las decisiones en materia de crisis matrimoniales quedan fuera del ámbito de aplicación del Reglamento. Así, la competencia para pronunciarse sobre cuestiones tales como la forma en la que la crisis afecta al régimen económico matrimonial, la disolución, en su caso, del patrimonio común que pudiera existir, la atribución de una pensión compensatoria a favor de uno de los cónyuges o la atribución del uso de la vivienda familiar corresponderá al Derecho autónomo del Estado del foro. Será éste el que decida si la competencia para conocer de la cuestión principal (separación judicial, divorcio o nulidad) habilita al órgano jurisdiccional para pronunciarse sobre las cuestiones accesorias que se plantean junto con aquélla o si, por el contrario, es preciso determinar de una forma independiente la competencia para conocer de cada una de estas cuestiones. En cualquier caso, desde la perspectiva del Reglamento resulta indiferente la solución que adopte el Derecho autónomo ya que, tal como se ha señalado, los pronunciamientos sobre materias no incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento quedarán excluidos de las facilidades para la circulación comunitaria que aporta éste.

En el caso del Derecho español, la atribución de competencia por el Reglamento para pronunciarse sobre una separación judicial, un divorcio o una nulidad matrimonial no debe entenderse como una habilitación para decidir sobre el resto de materias que usualmente son resueltas en este tipo de decisiones. No se trata de cuestiones incidentales, cuyo pronunciamiento es preciso para poder resolver sobre la cuestión principal objeto del litigio, sino cuestiones accesorias que no se ven beneficiadas por la extensión de la competencia para la cuestión principal a las incidentales que puede derivarse del art. 61 de la LEC³³⁷. De esta forma, existiendo competencia para conocer de la separación, divorcio o nulidad de acuerdo con lo previsto en el Reglamento 1347/2000, la competencia para pronunciarse sobre la incidencia de esta decisión en el régimen económico matrimonial, sobre los alimentos entre cónyuges o excónyuges (en el sentido amplio del concepto alimentos) o sobre la regulación de las relaciones paternofiliales deberá determinarse de una forma independiente. De acuerdo con lo

³³⁷. “Salvo disposición legal en otro sentido, el tribunal que tenga competencia para conocer de un pleito, la tendrá también para resolver sobre sus incidencias, para llevar a efecto las providencias y autos que dictare, para la ejecución de la sentencia o convenios y transacciones que apruebe.” Tal como hemos visto, se ha mantenido que la garantía del efecto útil del Convenio de Bruselas de 1968 exige que, existiendo competencia de acuerdo con el Convenio para conocer de la cuestión principal del litigio, se mantenga la competencia para conocer de los incidentes que resulte preciso resolver (*supra* n.º num. 293). No cabe olvidar, sin embargo, la doctrina sentada por el TC español en la STC 61/2000 (*supra* n.º num. 271).

previsto en el art. 3 del propio Reglamento en lo que se refiere a la responsabilidad parental, según lo establecido en el Sistema Bruselas I por lo que se refiere a las cuestiones alimenticias³³⁸ y de acuerdo con las previsiones del Derecho autónomo del Estado del foro por lo que se refiere a las consecuencias de la decisión sobre las relaciones entre los cónyuges o excónyuges.

- b) Las cuestiones vinculadas al procedimiento matrimonial y excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento.

Lo anterior implica que en los supuestos internacionales puede no resultar posible que el órgano jurisdiccional español que conoce de la nulidad matrimonial, la separación o el divorcio pueda pronunciarse sobre todos los extremos a los que se refieren los arts. 90 y 91 del C.c., y que, de acuerdo con el Derecho español, deben ser objeto de determinación judicial en los procesos relativos a crisis matrimoniales³³⁹. Puede resultar que existiendo competencia judicial internacional para pronunciarse sobre la nulidad o disolución del vínculo conyugal, o sobre la separación, no exista para conocer de estas otras cuestiones, pese a que, de acuerdo con el ordenamiento español, son de necesario pronunciamiento junto con la cuestión estrictamente matrimonial. Así, puede resultar que existiendo competencia para conocer sobre la separación, la nulidad o el divorcio de acuerdo con el Reglamento 1347/2000, este mismo Reglamento impida el pronunciamiento sobre la responsabilidad parental³⁴⁰. En este supuesto el Juez

³³⁸. Teniendo en cuenta que, de acuerdo con el art. 5.2 del Reglamento 44/2001 (y el mismo precepto de los Convenios de Bruselas y de Lugano) la competencia para conocer de la cuestión matrimonial podrá extenderse a la cuestión de alimentos siempre que no se base exclusivamente en la nacionalidad de una de las partes. Dado que las competencias previstas en el Reglamento 1347/2000 en ningún caso atribuyen competencia a los tribunales de un Estado que presente como único vínculo con el litigio el que alguno de los cónyuges sea nacional de dicho Estado, aquellos tribunales que conozcan de un litigio en materia de separación judicial, divorcio o nulidad sobre la base del Reglamento 1347/2000 podrán pronunciarse también (de acuerdo con el art. 5.2 del CB/CL y del Reglamento 44/2001) sobre las cuestiones de alimentos que se encuentren vinculadas a la cuestión matrimonial. Queda a salvo la posibilidad de que, pese a carecer de competencia para conocer de la cuestión matrimonial, un órgano jurisdiccional de un Estado miembro se pronuncie sobre las medidas cautelares que quepa adoptar de acuerdo con lo previsto en el art. 12 del Reglamento 1347/2000, *vid.* A.P. Abarca Junco y M. Gómez Jene, *loc. cit.*, pp. 19-26.

³³⁹. Estos extremos son lo relativo al ejercicio de la patria potestad tras la separación, la atribución del uso de la vivienda y del ajuar familiar, la contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, la liquidación (cuando proceda) del régimen económico del matrimonio, lo relativo a la pensión compensatoria que pudiera corresponder a alguno de los cónyuges.

³⁴⁰. Así, por ejemplo, en el caso de que la solicitud de separación sea presentada por un cónyuge, separado de hecho del otro, en el Estado de la residencia del demandante. El cónyuge demandado reside en otro Estado miembro. La competencia de los tribunales del Estado de la residencia del demandante para conocer de la demanda de separación se deriva del art. 2 del Reglamento si el demandante lleva

español deberá decidir sobre la demanda que se le presenta sin poder pronunciarse sobre las cuestiones relativas a la responsabilidad parental, para lo que se encuentra impedido de acuerdo con la previsión del art. 3 del Reglamento.

La solución podría ser diferente para las materias diferentes a la responsabilidad parental. Así, en los supuestos en los que exista competencia para conocer de la separación, la nulidad o el divorcio de acuerdo con el Reglamento 1347/2000, se carezca de competencia para conocer de las cuestiones vinculadas a la crisis matrimonial de acuerdo con el Derecho autónomo español, y no tratándose de cuestiones vinculadas a la responsabilidad parental sobre los hijos comunes³⁴¹; no resulta imposible entender que la competencia de los tribunales españoles para conocer de la cuestión principal se extiende a las accesorias en virtud de la conexidad que cabe derivar de los arts. 90 y 91 del C.c. Es cierto que estas normas no regulan la competencia judicial internacional, y ni siquiera la competencia territorial; pero no existiendo obstáculos derivados de los convenios internacionales que nos vinculan, resultará posible mantener que tales preceptos habilitan al órgano jurisdiccional que se encuentra conociendo para pronunciarse sobre los extremos que resultan precisos de acuerdo con el Derecho español, pese a que la normativa de competencia judicial internacional no de cobertura a este pronunciamiento. Desarrollaremos con más detalle este extremo en el apartado 3 al ocuparnos de la regulación autónoma de la competencia judicial internacional en materia de efectos del matrimonio, advirtiendo ya desde ahora

residiendo en ese Estado más de un año. En este supuesto, sin embargo, si los hijos comunes de los cónyuges residen con el cónyuge demandado en un Estado miembro diferente del que se encuentra conociendo de la demanda de separación, los tribunales de éste último Estado carecerán de competencia para pronunciarse sobre las cuestiones relativas a la responsabilidad parental, salvo que ambos cónyuges acepten esta competencia y el juez entienda que su asunción responde al interés superior del hijo (art. 3). Recuérdese que, de acuerdo con el art. 7 del Reglamento, en los supuestos en que el cónyuge demandado tenga la nacionalidad de un Estado miembro o su residencia o *domicile* en un Estado miembro, solamente podrán utilizarse frente a él los criterios de competencia previstos en los arts. 2 a 6 del Reglamento, operando esta limitación también respecto a las cuestiones relativas a la responsabilidad parental vinculadas al procedimiento de crisis matrimonial de acuerdo con lo previsto en el art. 3 del Reglamento. *Vid.* “Informe Borrás”, núm. 44.

³⁴¹. En el ejemplo que hemos presentado en la n. anterior, si la demanda se plantea en España existirá competencia de los tribunales españoles para pronunciarse sobre la separación de acuerdo con el art. 2 del Reglamento 1347/2000; incluso aunque el demandante no tenga la nacionalidad española. Sin embargo, no existirá competencia de nuestros órganos jurisdiccionales para decidir acerca de la disolución del régimen económico matrimonial, toda vez que no se da ninguna de las conexiones previstas en el art. 22.3 de la LOPJ para la materia matrimonial (residencia común de los cónyuges en España, residencia en España y nacionalidad española del demandante o nacionalidad española de ambos cónyuges cuando la demanda se presenta de mutuo acuerdo o por uno con el consentimiento del otro, *vid. infra* apartado 3 sobre la aplicación del Derecho autónomo regulador de la competencia judicial internacional en materia matrimonial).

que esta interpretación, aunque posible, se enfrenta a algunas dificultades que obligará, en el mejor de los casos, a realizar importantes matizaciones.

De acuerdo con lo que hemos visto en el apartado anterior, la mayor parte de las cuestiones que cabe incluir en la categoría “efectos del matrimonio” se encuentran excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento 1347/2000. Esta exclusión, sin embargo, no es total, ya que, tal como hemos visto³⁴², las decisiones en materia de separación judicial o divorcio se encuentran estrechamente vinculados con frecuencia al incumplimiento de las obligaciones personales derivadas del matrimonio. Resulta bastante común que el incumplimiento de determinadas obligaciones facilite la consecución de una decisión de separación o, incluso, de divorcio. De esta forma, el órgano jurisdiccional que deba pronunciarse sobre la solicitud de separación o divorcio deberá considerar el contenido de las obligaciones personales derivadas del vínculo conyugal. En el apartado III de este trabajo examinaremos la forma en que se concretan en el ámbito internacional tales obligaciones, considerando la interrelación entre el Derecho rector de la separación judicial o el divorcio y aquél que rige los efectos del matrimonio. Aquí nos limitamos a apuntar que, de acuerdo con esto, la competencia para pronunciarse en materia de crisis matrimoniales implica la competencia para pronunciarse sobre el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones derivadas del matrimonio y, más concretamente de la infracción de las obligaciones personales³⁴³; en tanto en cuanto la determinación de este incumplimiento es incidental respecto a la cuestión principal planteada.

Ahora bien, el Reglamento 1347/2000 solamente se aplicará en aquellos supuestos en los que el incumplimiento de las obligaciones matrimoniales se vincule incidentalmente a una crisis matrimonial. En cambio, no podrá ser utilizado para determinar la competencia en aquellos casos en los que el litigio vaya dirigido directamente a exigir el cumplimiento de una determinada obligación derivada del matrimonio o se solicite que se declare el cumplimiento o incumplimiento de ésta, sin vincularlo a una solicitud de separación judicial o divorcio. En estos casos la cuestión

³⁴². *Supra* apartado I.1.A.c).

³⁴³. De esta forma, el incumplimiento de la obligación de convivencia puede habilitar al cónyuge que permanece en el domicilio conyugal a solicitar la separación judicial sobre la base de la causa prevista en el art. 82.1 del C.c. (abandono injustificado del hogar); de igual forma que la infidelidad puede legitimar una demanda de separación, *vid.* M. Pons González y M.A. del Arco Torres, *Separación, divorcio y nulidad matrimonial: régimen jurídico (Teoría, Praxis judicial y formularios)*, Granada, Comares, 1999, pp. 44-65.

principal del litigio se vinculará a la obligación matrimonial, materia que no se incluye en el ámbito de aplicación del Reglamento. En estos supuestos, la competencia se determinará de acuerdo con el Derecho autónomo del foro (en el caso español, la LOPJ) según lo que se expondrá en el apartado 3.

B) La calificación matrimonial en la aplicación del Reglamento 1347/2000.

a) Los presupuestos de la calificación.

El Reglamento 1347/2000 resultará inaplicable en los supuestos en los que nos encontremos ante una pareja de hecho, y no frente a un matrimonio. La limitación del ámbito de aplicación del Reglamento a los matrimonios es clara³⁴⁴. El Reglamento, sin embargo, no define qué ha de entenderse por matrimonio, lo que puede originar ciertos problemas si tenemos en cuenta que no solamente resulta posible que se utilicen los mecanismos previstos en el Reglamento para determinar la competencia en supuestos de crisis matrimonial cuando el matrimonio se haya celebrado de acuerdo con lo previsto en el Derecho de un Estado miembro, sino también en aquellos casos en los que la separación judicial, el divorcio o la nulidad se planteen ante los tribunales de un Estado miembro, pese a que el matrimonio se haya celebrado ante una autoridad de un ordenamiento extraeuropeo o, incluso, en supuestos de matrimonio consensual. En estas circunstancias se hace preciso, por tanto, determinar qué instituciones consideraremos como matrimonio a efectos de aplicación de la regulación del Reglamento.

En relación con esta cuestión calificatoria son posibles dos opciones. Por una parte, puede recurrirse a una calificación autónoma de matrimonio. Por otra, puede descansarse en la calificación de la cuestión que haya realizado el órgano jurisdiccional del Estado miembro que se haya pronunciado sobre la separación, el divorcio o la nulidad. No plantea excesivas dudas que ha de optarse por una calificación autónoma, ya que esta es la única forma en que podrá conseguirse una aplicación uniforme del

³⁴⁴. Cf. J. Carrascosa González, “Cuestiones polémicas en el Reglamento 1347/2000”, en A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Mundialización y familia*, Madrid, Colex, 2001, pp. 213-239, p. 235; M. Moya Escudero, “Competencia judicial y reconocimiento de decisiones en materia de responsabilidad parental: el Reglamento Bruselas II”, *La Ley*, 2002, núm. 5647, de 4 de noviembre, pp. 1-19 [consultado en www.laley.net]; H. Gaudemet-Tallon, “Le Règlement n° 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000: “Compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimonial et en matière de responsabilité parentale des enfants communs”, *Journ. dr. int.*, 2001, año 128, núm. 2, pp. 381-445, p. 387; vid. B. Ancel y H. Muir Watt, “La désunion européenne: le Règlement dit “Bruxelles II”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2001, vol. 90, núm. 3, pp. 403-457, pp. 409-410; R. Wagner, *loc. cit.*, p. 282.

Reglamento comunitario en todos los Estados miembros. De no seguirse esta vía, resultaría posible que se produjesen discrepancias entre la calificación que haya realizado el órgano jurisdiccional que se haya pronunciado sobre la cuestión matrimonial y la que puedan realizar las autoridades del Estado en el que se haya de proceder al reconocimiento de la decisión. Se evitan así también las dificultades que podrían derivarse de esta divergencia en la calificación entre los órganos jurisdiccionales de Estados diferentes que se encontrasen conociendo de cuestiones matrimoniales vinculadas y que estarían obligados, por tanto, a aplicar la regulación sobre litispendencia y acciones dependientes contenida en el art. 11 del Reglamento.

Es cierto que una interpretación autónoma del concepto de matrimonio relevante para el Reglamento plantea algunas dificultades, derivadas del hecho de que en el Derecho comunitario no existen elementos que permitan identificar este concepto autónomo de matrimonio. El Derecho de familia es ajeno a la tradición comunitaria y, por tanto, carecemos de regulación comunitaria significativa que nos permita resolver este problema calificadorio. La ausencia de tales elementos normativos en el Derecho comunitario no impide por sí sola, sin embargo, una interpretación autónoma del concepto matrimonio, ya que resulta posible construir ésta a partir de los principios comunes a los diferentes Derechos europeos. La elaboración de este concepto autónomo matrimonial resultaría, por tanto, posible teniendo en cuenta estos principios comunes del Derecho privado europeo y a partir de la labor de integración interpretativa que puede realizar el TJCE.³⁴⁵. Conviene advertir, sin embargo, que este camino se

³⁴⁵. *Vid.* W.-H. Roth, “Der Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das internationale Privatrecht”, *RabelsZ.*, 1991, vol. 55, núm. 4, pp. 623-673, pp. 636-637. Este autor destaca que el Tribunal de Luxemburgo ha mantenido la necesidad de interpretar de una forma autónoma los conceptos incluidos en el Derecho comunitario, incluso en materia de Derecho de familia. En este sector resulta obligado que la interpretación autónoma parte de los principios comunes a los diferentes Derechos europeos. *Vid.* en este sentido la STJCE de 17 de abril de 1986, C. 59/85, *Estado neerlandés c. Ann Florence Reed, Rec.*, 1986, pp. 1283-1305, donde se procedió a interpretar de una forma autónoma el concepto de cónyuge contenido en el art. 10.1 del Reglamento 1612/68. *Vid.* apartados 11, 12, 13 y 15 de la Sentencia: “La Comisión constata que no existe disposición alguna de Derecho comunitario que defina los conceptos de “cónyuge” y de “relaciones conyugales”. No puede decirse que en la Comunidad actual exista un consenso sobre la eventual equiparación de los integrantes solteros de una pareja a los esposos. La Comisión excluye por consiguiente toda posibilidad de resolver el problema que se plantea mediante una interpretación extensiva del artículo 10 del Reglamento nº 1612/68. De lo dispuesto en el artículo 189 del Tratado CEE se desprende que el Reglamento nº 1612/68 tiene un alcance general, es obligatorio en todos sus elementos y es directamente aplicable en cada Estado miembro. De ello resulta que la interpretación dada por el Tribunal a una disposición de dicho Reglamento produce consecuencias en todos los Estados miembros y que una interpretación de conceptos jurídicos basada en la evolución de la sociedad debe hacerse mediante un examen de la situación en el conjunto de la Comunidad y no de la de un solo Estado miembro. A falta de indicación de una evolución social de orden general que justifique una interpretación extensiva, y a falta de indicación contraria del Reglamento, es necesario constatar que,

encuentra lleno de dificultades. El escaso éxito del Tribunal de Luxemburgo en el tratamiento del Derecho privado patrimonial (mucho más cercano a los elementos estructurales originarios del Derecho comunitario europeo)³⁴⁶ no permite augurar que el TJCE pueda ser un actor decisivo en la elaboración de un concepto europeo de matrimonio.

b) La concreción de la calificación.

Afortunadamente, los diferentes Derechos europeos presentan los suficientes elementos comunes como para que, en la mayor parte de los casos, no llegue a plantearse una dificultad irresoluble en la calificación autónoma del concepto de matrimonio que emplea el Reglamento 1347/2000. Tal como expusimos en el apartado I de este trabajo, todas las regulaciones del Continente proceden de una misma tradición jurídica³⁴⁷, por lo que son escasos los puntos de fricción entre ambas. Ahora bien, estos puntos sensibles existen. La principales dificultades pueden plantearse en relación con las formas “matrimoniales” ajena a nuestra cultura jurídica y a las que tuvimos ocasión de referirnos en el apartado II.2 de este trabajo; con los matrimonios informales que existen aún en algunos Derechos³⁴⁸; con los matrimonios homosexuales y con las parejas de hecho.

El primero de los aspectos señalados, el tratamiento jurídico de aquellas formas matrimoniales que divergen sensiblemente de los caracteres del matrimonio que son comunes a nuestra cultura jurídica es fuente potencial de problemas, aunque no creo que estos problemas se manifiesten precisamente en la fase calificatoria. En los supuestos de matrimonio poligámico, la diferencia entre el Derecho de acuerdo con el cual se haya celebrado el matrimonio y el ordenamiento del Estado en el que se plantee la crisis matrimonial puede desplegar efectos relevantes en lo que se refiere a la imposibilidad de reconocer el vínculo jurídico creado de acuerdo con el Derecho extranjero, o en lo relativo al rechazo de la aplicación del Derecho extranjero que tuviese que regir la situación, en ambos casos por suponer tal reconocimiento o aplicación una vulneración

al utilizar la palabra “cónyuge”, el artículo 10 del Reglamento contempla exclusivamente una relación fundada en el matrimonio.”.

³⁴⁶. *Vid. S.A. Sánchez Lorenzo, Derecho privado europeo*, Granada, Comares, 2002, pp. 109-114.

³⁴⁷. La decisiva influencia del Derecho canónico tiene como consecuencia que la diferenciación entre países del *Common Law* y Derechos de tradición continental sea menos acusada aquí que en otros sectores.

³⁴⁸. *Vid. supra* n. núm. 230.

del orden público del foro. Ahora bien, pese a que estas circunstancias pueden tener como consecuencia que una solicitud de divorcio o separación acabe por ser rechazada ya que el matrimonio al que se refiere no puede ser considerado como un vínculo eficaz por el ordenamiento del foro, ello no implicará necesariamente que se rechace el que la institución extranjera pueda ser calificada como matrimonio. De acuerdo con la concepción que se defendió en el apartado II.1 de este trabajo, solamente en los supuestos en los que tras el nacimiento del vínculo no surja una comunidad de vida entre los cónyuges deberá negarse que estamos ante un supuesto de matrimonio, interpretando, además, esta comunidad de vida de una forma muy amplia³⁴⁹.

Tampoco el hecho de que nos encontremos ante un supuesto de matrimonio informal debe resultar relevante para negar el calificativo de matrimonio a la institución de que se trate. El matrimonio informal es conocido en nuestra tradición jurídica y ha sido la regla en nuestro entorno hasta tiempos relativamente recientes. Pese a que la regla actualmente en los distintos Estados europeos sea que el matrimonio sea formal, no por ello deberemos dejar de considerar como matrimonio aquellos supuestos en los que el nacimiento del vínculo no ha precisado una formalidad específica.

Plantea mayores problemas, sin embargo, el caso de los matrimonios entre personas del mismo sexo. Estos matrimonios, admitidos recientemente en los Países Bajos³⁵⁰, suponen una alteración relevante en una de las características del matrimonio más extendidas: su carácter heterosexual. De acuerdo, sin embargo, con los argumentos que expusimos en el apartado II.1.C de este trabajo, no debe resultar imposible calificar como auténtico matrimonio aquél que se celebre entre personas del mismo sexo; siempre que se trate, de acuerdo con el Derecho que ha autorizado el nacimiento del vínculo, de un auténtico matrimonio y no de un supuesto de unión estable de pareja (de los que nos ocuparemos a continuación)³⁵¹. En aquellos casos en los que la relación jurídica que surge entre las personas del mismo sexo que contraen el “matrimonio” es considerada de la misma naturaleza que el vínculo conyugal, no deberían existir dificultades para su calificación matrimonial a efectos de aplicación del Reglamento 1347/2000.

³⁴⁹. De esta forma, y tal como defendimos en su momento, los matrimonios poligámicos podrían ser calificados como matrimonios. Se excluirían de esta categoría los matrimonios puramente rituales que se dan en ciertas zonas de la India y entre algunos pueblos indígenas de Norteamericana a los que nos hemos referido en el apartado II.2.B.

³⁵⁰. *Vid. supra* n. núm. 243.

³⁵¹. *Vid.* P. Orejudo Prieto de los Mozos, *op. cit.*, pp. 95-96 y referencias allí contenidas.

Quedarían excluidas, sin embargo, de la categoría de matrimonio y, por tanto, del Reglamento 1347/2000 las uniones de hecho, tanto homosexuales como heterosexuales³⁵². En estos casos, no nos encontramos ante un matrimonio, sino ante una forma de convivencia que, conscientemente, es regulada de una forma diferenciada respecto al matrimonio. El hecho de que el contenido de la regulación de la unión estable de pareja y la unión matrimonial apenas se distinga no altera este resultado. Si en un determinado ordenamiento se puede diferenciar entre matrimonios y uniones estables de pareja, solamente los primeros podrán ser considerados como tales e incluibles en el ámbito de aplicación del Reglamento que nos ocupa. Cuestión disinta es que no exista regulación alguna del matrimonio o que tal regulación elimine cualquier requisito formal en el mismo, asimilándolo, por tanto a la institución que en otros sistemas se considera como pareja de hecho³⁵³. En estos casos, deberemos considerar como matrimonial esta unión, pese a que carezca de requisitos formales, siempre que se base sobre una comunidad de vida en los términos que hemos mantenido en el apartado II.2 anterior. En este supuesto estaremos ante un verdadero matrimonio, y no ante una pareja de hecho³⁵⁴.

3. El Derecho autónomo español.

A) Los foros por razón de la materia en el ámbito matrimonial.

- a) La regla de competencia respecto a las relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges, nulidad, separación y divorcio.

En el Derecho autónomo español no existe una regla específica de competencia en materia de efectos del matrimonio. Pese a esta ausencia –perfectamente lógica, por otra parte- la LOPJ incluye un fuero material que, en la práctica, cubrirá la mayor parte de los supuestos en los que se litigue sobre la base de las específicas relaciones que surgen del matrimonio. Se trata del criterio competencial incluido en el art. 22.3 de la

³⁵². En este sentido se pronunció el Tribunal de Luxemburgo en su Sent. de 17 de abril de 1986 (*supra* n. núm. 345).

³⁵³. Es el caso del Derecho Romano, donde, de acuerdo con nuestros criterios, no se regulaba el matrimonio, sino la unión de hecho (*vid. supra* apartado II.2.A).

³⁵⁴ . Esto es debido a que la calificación de pareja de hecho no puede realizarse más que como oposición a la categoría matrimonio. No existiendo esta última, la pareja de hecho deberá ser calificada, seguramente, como matrimonio. *Vid. supra* apartado II.2.D.a).

LOPJ y que establece la competencia de los tribunales españoles “en materia de relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, nulidad matrimonial, separación y divorcio, cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la demanda o el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España, así como cuando ambos cónyuges tengan la nacionalidad española, cualquiera que sea su lugar de residencia, siempre que promuevan su petición de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro”. Tal como examinaremos, éste no es el único criterio competencial material que deberá ser tenido en cuenta en los litigios que entran en nuestra materia de estudio. Así, por ejemplo, cuando se trate de una reclamación de alimentos podría operar el criterio específico en esta materia incluido también en el art. 22.3 de la LOPJ³⁵⁵. Pero no cabe duda que el grueso de las reclamaciones que se planteen sobre la base de un vínculo conyugal se reconducirán al criterio específico para las relaciones entre cónyuges.

Entrarán en el ámbito de aplicación de este precepto, en primer lugar, los litigios que enfrenten a los cónyuges y que se incardin en las relaciones jurídicas que se derivan de la existencia de la comunidad conyugal. La competencia para decidir sobre la solicitud del cumplimiento de las obligaciones personales y patrimoniales derivadas del matrimonio se determinará a partir de lo establecido en este fuero, siempre que los litigantes sean los propios cónyuges o sus causahabientes. No entrarán aquí, sin embargo, los litigios que, pese a estar estrechamente vinculados con la sociedad conyugal, enfrenten a terceros o a alguno de los cónyuges con terceros³⁵⁶. La limitación del precepto a las relaciones “entre cónyuges” imposibilita la consideración de estos casos respecto a este fuero material. En estos supuestos, ningún fuero material podría ser utilizado para determinar la competencia judicial internacional, por lo que solamente podría recurrirse a los fueros generales, de acuerdo con lo que veremos en el siguiente epígrafe³⁵⁷.

³⁵⁵. Que establece que en materia de alimentos los tribunales españoles serán competentes “cuando el acreedor de los mismos tenga su residencia habitual en territorio español.”

³⁵⁶. Así, en los supuestos de comunidad conyugal continuada, a los que nos hemos referido en el apartado III.1.A.c (*vid.* referencias contenidas en n. núm. 267).

³⁵⁷. *De lege ferenda* podría resultar conveniente la introducción de algún fuero material específico que cubra estos supuestos. Piénsese, por ejemplo, en el caso en el que, aplicándose el Derecho aragonés en lo que se refiere a la comunidad conyugal continuada, el cónyuge supérstite tiene su domicilio en el extranjero. Podría resultar imposible plantear en España una acción dirigida a que se declare la pertenencia a la comunidad de un bien adquirido por el cónyuge supérstite a cargo de los bienes de la comunidad (*vid.* art. 63.2º de la Compilación de Derecho civil aragonés).

Pese a que del tenor literal del precepto podría derivarse otra cosa, no deberemos considerar incluidos en el supuesto de hecho de este criterio competencial los litigios entre cónyuges que no se vinculen a la comunidad conyugal³⁵⁸. En aquellos procesos en los que litigue un cónyuge contra el otro, pero que se fundamenten en relaciones contractuales, en responsabilidad extracontractual o en cualquier otra materia que no se vincule con la comunidad de vida y, en su caso, de patrimonios que se deriva del matrimonio, la competencia judicial internacional no se determinará a partir del fuero en materia matrimonial del art. 22.3º de la LOPJ.

Así pues, los litigios entre cónyuges que tengan por objeto las obligaciones y derechos recíprocos derivados del vínculo conyugal verán su competencia determinada mediante este precepto. A su vez, este precepto regula también la competencia en materia de crisis matrimoniales (nulidad, separación y divorcio). De esta forma, en el Derecho autónomo español se mantiene la coherencia entre los criterios competenciales en materia de obligaciones entre cónyuges y de crisis matrimoniales, a diferencia de lo que sucede en el Derecho institucional, donde, tal como hemos visto, el Reglamento 1347/2000 se limita a regular la competencia para pronunciarse sobre la crisis matrimonial, sin que pueda ser utilizado en relación con las cuestiones conyugales usualmente vinculadas a la crisis. Como consecuencia de esta regulación, la competencia de los tribunales españoles en materia de crisis matrimoniales implicará necesariamente que también asumen competencia para varias de las cuestiones que, de acuerdo con los arts. 90 y 91 del C.c. deben ser resueltas junto con la demanda de nulidad, separación o divorcio³⁵⁹. Así, la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar, la contribución a las cargas del matrimonio, la liquidación, cuando proceda del régimen económico del matrimonio y las garantías que se establezcan para el cumplimiento de las obligaciones que se deriven en relación con estas cuestiones³⁶⁰ entran en el supuesto de hecho del fuero matrimonial del art. 22.3º de la LOPJ. Plantean, sin embargo, mayores dudas las cuestiones relativas a las medidas respecto a los hijos, los alimentos, y la pensión compensatoria que pueda corresponder a alguno de los cónyuges. Se trata de materias para las que, en principio, la competencia judicial

³⁵⁸. *Vid.* la delimitación de los supuestos incluidos que realizan M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal...*, *op. cit.*, pp. 165-166.

³⁵⁹. *Vid. supra* n. núm. 271.

³⁶⁰. *Vid.* art. 90, letras B, C, D y E; y art. 91 del C.c. *Vid.* también el art. 76 del Código de Familia de Cataluña

internacional debería determinarse a partir de los fueros competenciales específicos para estas materias³⁶¹.

- b) La competencia respecto a las cuestiones conexas al procedimiento matrimonial.

En lo que se refiere a las relaciones paternofiliales, dada la amplitud de los criterios que convierten en competentes a los tribunales españoles, el problema se resuelve porque no resulta posible que los tribunales españoles sean competentes para pronunciarse sobre la nulidad, la separación o el divorcio y carezcan de competencia en lo que se refiere a las relaciones paternofiliales³⁶². La cuestión de los alimentos resulta más delicada. Aquí debe distinguirse entre los alimentos que deba satisfacer alguno de los cónyuges a sus hijos y los que deba pagar al otro cónyuge. En ambos casos, el criterio de atribución de competencia a los tribunales españoles es la residencia en España del acreedor de los alimentos. Es evidente que la consideración únicamente de este criterio competencial puede implicar que en un número relevante de supuestos exista competencia para conocer de la materia matrimonial y no exista para conocer de la cuestión de alimentos. En lo que se refiere a los alimentos respecto a los hijos, esta situación puede paliarse si se considera la posibilidad de utilizar, junto con el fuero de alimentos, el criterio de competencia en materia de relaciones paternofiliales. La justificación para esta aplicación cumulativa de ambos fueros se encontraría en el carácter tuitivo de la norma en materia alimentaria que, por su propia naturaleza, no

³⁶¹. Así, en lo que se refiere a relaciones paternofiliales rige el criterio de que los tribunales españoles son competentes cuando el hijo tenga su residencia habitual en España al tiempo de la demanda o cuando el demandante sea español o resida habitualmente en España; en materia de alimentos, el criterio de competencia es la residencia habitual en España del acreedor de alimentos.

³⁶². Si el criterio de competencia para pronunciarse sobre la crisis matrimonial es la residencia habitual común de los cónyuges en España concurrirá el criterio competencial en materia paternofilial de la residencia habitual en España del demandante (aunque en este supuesto la competencia para conocer de la cuestión matrimonial se derivaría del Reglamento 1347/200 y no del Derecho autónomo español). Lo mismo sucederá si el criterio de competencia para la materia matrimonial es la residencia habitual en España del demandante unida a su nacionalidad española; y en el supuesto de que la competencia de los tribunales españoles se fundamente únicamente en la nacionalidad española de ambos cónyuges unida al hecho de que la demanda se presenta de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro, la competencia para el establecimiento del régimen paternofilial existirá a partir del criterio de la nacionalidad española del demandante. Es preciso tener en cuenta, sin embargo, que este resultado variará en los supuestos en los que la competencia para la adopción de medidas respecto a los hijos del matrimonio venga determinada por un convenio internacional. Así, en los casos en los que resulte aplicable el Convenio de La Haya de 1961 sobre competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores, *vid.* R. Arenas García, “Dimensión internacional de la tutela por ministerio de la ley (la protección de los menores desamparados en el DIPr. español), *RJC*, 1998, núm. 3, pp. 349-385, pp. 368-378.

puede implicar una restricción en la posición del acreedor de alimentos, que de esta forma podría valerse también de los fueros relativos a la relación de la que surge la relación de alimentos³⁶³. De admitirse esta solución desaparecerían en la práctica los problemas de falta de correspondencia entre la determinación de la competencia en materia matrimonial y en materia de alimentos, toda vez que, tal como acabamos de ver, la utilización del fuero competencial en materia de relaciones paternofiliales cubre todos los supuestos en los que los tribunales españoles pueden resultar competentes en materia matrimonial.

Por lo que respecta a los alimentos debidos al cónyuge, la solución debe ser la misma que en relación con los alimentos respecto a los hijos; esto es, el criterio competencial en materia matrimonial puede utilizarse conjuntamente con el criterio específico en materia de alimentos para determinar la competencia judicial internacional. Esto implicará, por un lado, que en los supuestos de demanda de alimentos entre cónyuges que se plantea desvinculada de ningún proceso de crisis matrimonial será posible recurrir tanto al foro de alimentos como al foro matrimonial³⁶⁴. En la práctica el foro matrimonial no supondrá, sin embargo, ninguna ampliación respecto al foro de alimentos, ya que el único supuesto en el que podrían resultar competentes los tribunales españoles con base en el primero, no siéndolo de acuerdo con el segundo es el de la demanda presentada de mutuo acuerdo o por un cónyuge con el consentimiento del otro, siendo ambos nacionales españoles. En este supuesto podría resultar que los tribunales españoles fuesen competentes, pese a que el acreedor de los alimentos no tuviese residencia en España. A salvo de este caso, el fuero en materia matrimonial abarca todos los supuestos en los que podría operar el fuero en materia de alimentos. La aplicación cumulativa de los foros en materia matrimonial y alimentos supondrá, por otro lado, que en las demandas relativas a crisis matrimoniales, la competencia de los tribunales españoles para pronunciarse sobre la nulidad, separación o divorcio implicará la competencia para pronunciarse sobre las cuestiones de alimentos entre cónyuges que se planteen. De no admitirse esta aplicación cumulativa la única solución que restaría es la consideración de una competencia por conexidad derivada de los arts. 90 y 91 del C.c. Se trata de una interpretación posible³⁶⁵; pero que puede

³⁶³. Mantienen la posibilidad de utilizar concurrentemente en materia de alimentos el fuero material propio de éstos y los fueros en materias de estado civil M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez (*Derecho procesal..., op. cit.*, p. 176).

³⁶⁴. Cf. S. Álvarez González, *op. cit.*, p. 97.

³⁶⁵. Vid. S. Álvarez González, *op. cit.*, p. 97, n. núm. 169.

plantear algunas dificultades, sobre todo a raíz de la STC 61/2000, de 13 de marzo³⁶⁶. En esta decisión se destaca que la determinación de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles debe realizarse a partir de las normas relativas a esta cuestión, sin que sea posible, en principio, utilizar a este fin normas relativas a otro tipo de competencia (competencia funcional, en el caso resuelto por el TC). Es cierto que esta Sentencia del TC admite interpretaciones que permiten la utilización de las normas sobre competencia funcional en el ámbito de la competencia judicial internacional³⁶⁷. Estas interpretaciones deberán ser necesariamente tenidas en cuenta en aquellos supuestos en los que exista competencia judicial internacional española para pronunciarse sobre una nulidad matrimonial, una separación o un divorcio y no exista competencia para decidir sobre la cuestión de alimentos entre cónyuges o la responsabilidad parental respecto a los hijos; lo que podría suceder cuando la competencia para decidir sobre la materia matrimonial venga determinada por un Texto de origen internacional³⁶⁸; pero cuando resulte posible justificar la competencia de los tribunales españoles con base en la aplicación de un criterio de competencia judicial internacional y no con el fundamento de la competencia por conexidad planteará menos dudas utilizar aquel argumento que éste último. Finalmente, hemos de considerar que este argumento de competencia por conexidad no podrá ser considerado si la competencia para regir la cuestión vinculada a la matrimonial se encuentra regida por un convenio internacional que no incluya la conexidad como criterio de competencia³⁶⁹.

La pensión compensatoria prevista en el art. 97 del C.c. plantea un problema particular. Habíamos visto cómo de acuerdo con la interpretación autónoma del concepto “alimentos” que debe utilizarse en el Sistema Bruselas I esta pensión debía ser incluida en esta categoría. Cuando se trata de aplicar el Derecho autónomo español no es preciso mantener esta interpretación propia del ámbito comunitario, por lo que deberemos calificar esta figura de acuerdo con los criterios propios del Derecho español. Según estos, la pensión compensatoria no debe ser considerada como un supuesto alimenticio³⁷⁰; determinándose la competencia judicial internacional en relación con los litigios en los que se litigue sobre ella a partir de los criterios incluidos

³⁶⁶. *Vid. supra* n. núm. 271.

³⁶⁷. *Vid.* las referencias contenidas *supra* en la n. núm. 271.

³⁶⁸. Tal como vimos que podía pasar en relación con el Reglamento 1347/2000.

³⁶⁹. Así, por ejemplo, en el caso de que en relación con las medidas respecto a los hijos resulte aplicable el Convenio de La Haya de 1961.

³⁷⁰. *Vid.* S. Álvarez González, *op. cit.*, p. 98; M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal..., op. cit.*, p. 175.

en el fuero matrimonial del art.22.3º de la LOPJ. En el caso del Derecho catalán debe distinguirse entre la compensación económica por razón del trabajo³⁷¹ y la pensión compensatoria³⁷². La primera pretende satisfacer en el momento de la crisis matrimonial, al cónyuge que ha trabajado para la casa o el otro cónyuge; la segunda tiene como objetivo paliar el desequilibrio económico entre los cónyuges que puede resultar de la separación, divorcio o nulidad.

El criterio de competencia en materia de relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges, nulidad, separación y divorcio plantea aún el interrogante del concepto de matrimonio que debe tenerse en cuenta en la aplicación de este precepto, así como la posibilidad de su utilización en relación a reclamaciones formuladas por parejas de hecho. En lo que se refiere al primer punto, ya hemos desarrollado en el primer apartado de este trabajo cuál es el concepto de matrimonio que, entendemos, debe ser utilizado en el ámbito del DIPr. español. En este punto, por tanto, me remito a las consideraciones vertidas en el apartado I.2 precedente. Aquí basta recordar que, de acuerdo con la interpretación que se sostiene en ese punto, deberá ser considerado como matrimonio toda institución en la que se establezca una plena comunidad de vida entre dos personas, sin excluir que tales personas puedan ser del mismo sexo. No se considerarán como matrimonio, sin embargo, aquellas uniones que, implicando al igual que el matrimonio una plena comunidad de vida entre los partícipes, no hayan sido formalizadas de acuerdo con lo previsto en el ordenamiento que las rige. La calificación matrimonial, por tanto, no podrá hacerse de una forma desvinculada de la regulación del ordenamiento rector del instituto, ya que será éste el que determine si una determinada unión ha sido formalizada de la forma adecuada para poder ser considerada como un matrimonio. Esto explica que una unión puramente informal pueda ser considerada como matrimonio, si el ordenamiento relevante no prevé formalidades especiales para la constitución del matrimonio, o como unión de hecho, en el supuesto de que estas formalidades sí existan y hayan sido desconocidas por los integrantes de la pareja, bien de modo voluntario, bien forzado por no reunir los requisitos precisos para casarse.

De esta forma, los litigios entre convivientes de hecho quedan excluidos del tenor literal del fuero matrimonial del art. 22.3º de la LOPJ; pero esto no quiere decir

³⁷¹. Art. 41 del Código de Familia. *Vid.* sobre la aplicación jurisprudencial de este precepto A. Lamarca i Marquès, “Separació de béns i desigualtat patrimonial: la compensació econòmica per raó de treball”, *Indret*, 2003, núm. 1, www.indret.com.

³⁷². Art. 84 del Código de Familia.

que este criterio competencial no pueda ser aplicado a tales supuestos. La aplicación analógica de este criterio competencial puede encontrarse justificada, desde el momento en el que nos encontramos ante una laguna de regulación (no existe norma competencial alguna en materia de convivientes de hecho) susceptible de provocar ciertos problemas en la práctica³⁷³. Ciertamente, siempre se podría argüir que dada la existencia de los foros generales, resulta siempre posible determinar la competencia o incompetencia de los tribunales españoles a partir de su utilización; de tal modo que los tribunales españoles resultarían competentes cuando el demandado se encontrase domiciliado en España o cuando las partes se hubiesen sometido expresa o tácitamente a los tribunales españoles. Esta vía de escape no puede, sin embargo, ser acogida. Se trata de una interpretación que tiene como consecuencia la consagración de un tratamiento jurídico diferenciado para dos supuestos de hecho que presentan evidentes concomitancias, perjudicando la situación de los convivientes frente a los cónyuges. Así, mientras estos últimos pueden reclamar ante los tribunales españoles la pensión compensatoria del art. 97 siempre que el reclamante sea español y resida en España, con independencia de la nacionalidad, domicilio o residencia del demandado; un conviviente de hecho solamente podría reclamar la pensión por desequilibrio que se deriva del art. 13 de la Ley catalana de uniones estables de pareja cuando el demandado estuviera domiciliado en España o ambas partes se hubiesen sometido a los tribunales españoles. La situación apenas mejoraría si pretendiesemos utilizar la referencia al enriquecimiento injusto contenida en la mencionada ley³⁷⁴. La consideración del enriquecimiento injusto como fundamento de la reclamación nos permitiría utilizar el fuero de las obligaciones extracontractuales previsto en el art. 22.3º de la LOPJ³⁷⁵; pero se seguiría manteniendo una situación de desigualdad entre la situación de los convivientes de hecho y de los

³⁷³. Así, por ejemplo, la determinación de la competencia judicial internacional en los supuestos en los que se solicite una decisión declarativa de la existencia de una unión estable de pareja, en aplicación de la regulación existente en Cataluña, Aragón o Navarra.

³⁷⁴. El enriquecimiento injusto es mencionado en las distintas regulaciones autonómicas sobre parejas de hecho. *Vid.*, además de este art. 13 de la Ley catalana, art. 31.1 de la misma Ley en relación a las parejas homosexuales, art. 7 de la Ley aragonesa; art. 5 de la Ley navarra. *Vid.* C. de Amunátegui Rodríguez, *op. cit.*, pp. 196-202.

³⁷⁵. En materia de obligaciones extracontractuales los tribunales españoles resultan competentes “cuando el hecho del que deriven haya ocurrido en territorio español o el autor del daño y la víctima tengan su residencia habitual común en España”. La aplicación del foro extracontractual es consecuencia de la falta de un criterio específico de competencia para el enriquecimiento sin causa en nuestro Derecho, a diferencia de lo que sucede en el ámbito del Derecho aplicable. *Vid.* L. Esteve González, “Proyección en el sector del Derecho aplicable de las distintas concepciones del enriquecimiento sin causa”, *ADC*, 2000, t-LIII, fasc. II, pp. 511-551, pp. 531-534 y 543-548.

cónyuges³⁷⁶. Ciertamente esta situación de desigualdad es posible, toda vez que el matrimonio y la unión de hecho son instituciones diferentes, pero dada la identidad funcional entre una y otra figura, a salvo de que el legislador opte por una regulación diferenciada para ambas, debería mantenerse la posibilidad de aplicar analógicamente a las uniones de hecho la regulación prevista para el matrimonio. No cabe olvidar que la importancia sociológica de tales uniones es mucho mayor en la actualidad que en el momento en el que se elabora el sistema de competencia judicial internacional autónomo; por lo que resulta explicable que en su día se desatendiesen las necesidades específicas de esta institución. Una interpretación de la norma ajustada a las circunstancias del momento de su aplicación habría de permitirnos extender el fuero matrimonial del art. 22.3º de la LOPJ a los litigios que se planteen entre los convivientes de hecho con base en la situación de convivencia.

B) La determinación de la competencia territorial en los supuestos heterogéneos.

a) La aplicación del art. 769 de la LEC.

El análisis de los feros competenciales en materia matrimonial debe ser completado con el estudio de los problemas que pueden derivarse de la falta de coordinación entre la normativa sobre competencia judicial internacional y la regulación de la competencia territorial. La falta de identidad entre los criterios competenciales utilizados en uno y otro ámbito puede implicar que, existiendo competencia judicial internacional de los tribunales españoles, se carezca de la posibilidad de identificar a un tribunal territorialmente competente en España³⁷⁷. En materia matrimonial, y con anterioridad a la entrada en vigor de la LEC (2000) la jurisprudencia tuvo que resolver en varias ocasiones sobre esta cuestión, dado que la competencia judicial internacional

³⁷⁶. Así, por ejemplo, en el caso de un matrimonio de español con extranjero, habiendo estado situado el domicilio conyugal en el extranjero. En caso de que se produjese la separación y el cónyuge español regresase a España podría, una vez fijadas su residencia en España, reclamar en nuestro país la pensión compensatoria que pudiera corresponderle, pese a que el otro cónyuge no tuviese domicilio ni residencia en España. En un supuesto semejante en el que los integrantes de la pareja hubiesen decidido convivir sin contraer matrimonio, el conviviente español que retornara a nuestro país no podría reclamar en España la pensión compensatoria que pudiera corresponderle, más que si el otro conviviente fija su domicilio o su residencia en España.

³⁷⁷. *Vid.* con carácter general sobre esta cuestión M.A. Amores Conradi, “La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil: art. 22 L.O.P.J.”, *REDI*, 1989, vol. XLI, pp. 113-156, pp. 122-123; R. Arenas García, *El control de oficio de la competencia judicial internacional*, Madrid, Eurolex, 1996, pp. 101-107.

que se derivaba para nuestros tribunales del hecho de que el demandante fuese español y tuviese su residencia habitual en España no se correspondía con el criterio de determinación de la competencia territorial previsto en la Disp. Adicional 3^a de la Ley 30/1981, de 7 de julio, donde se regulaba la determinación de la competencia territorial en los procesos de nulidad matrimonial, separación y divorcio³⁷⁸. A partir de la entrada en vigor de la LEC (2000) el problema se ha de plantear en términos diferentes, ya que el art. 769 de la LEC introduce una nueva regulación de la competencia territorial en los litigios en materia de “nulidad del matrimonio, separación y divorcio y los de modificación de medidas adoptadas en ellos”³⁷⁹ que desplaza a la contenida en la Disposición Adicional 3^a de la Ley 30/1981³⁸⁰. De acuerdo con este art. 769, será tribunal territorialmente competente en los litigios relativos a crisis matrimoniales el del domicilio conyugal. Si los cónyuges residen en partidos judiciales diferentes, el tribunal competente será, a elección del demandante o de los cónyuges que actúen de mutuo acuerdo, el del último domicilio conyugal o el de la residencia del demandado³⁸¹. Los que no tuvieran domicilio ni residencia fijos podrán ser demandados en el lugar en el que se hallen o en su última residencia, a elección del demandante. Si tampoco pudiera determinarse la competencia de esta forma, será competente el tribunal del domicilio del actor. La previsión de una cláusula de cierre en la determinación de la competencia territorial en beneficio del domicilio del actor tendrá la virtud de eliminar en la práctica muchos de los problemas que se plantearon durante la vigencia de la Disp. Adic. Tercera de la Ley 30/1981. En concreto, la imposibilidad de concretar el tribunal español territorialmente competente en el supuesto de que la competencia judicial internacional se hubiese determinado a partir de la nacionalidad española y la residencia en España del demandante. La LEC consagra en este caso la solución lógica que había ya descubierto la jurisprudencia³⁸², que no es otra que la determinación de la

³⁷⁸. *Vid.* el Auto de la AP de Barcelona (Sección 12^a), de 18 de marzo de 1994 (*REDI*, 1995, vol. XLVII, núm. 1, pp. 217-218; “Nota” de R. Arenas García, *ibid.*, pp. 218-220, y referencias allí contenidas); *vid.* también la Sent. de la AP de Madrid de 21 de febrero de 1997 (*REDI*, 1998, vol. L, núm. 1, pp. 283-285, “Nota” de F. Esteban de la Rosa, *ibid.*, pp. 285-287).

³⁷⁹. Art. 748.3º de la LEC. El tribunal que haya conocido o se encuentre conociendo del proceso de nulidad, separación o divorcio será también competente para la liquidación del régimen económico matrimonial (art. 807 de la LEC).

³⁸⁰. Disposición derogatoria única de la LEC (2000), apartado 2, núm. 10.

³⁸¹. De acuerdo con el art. 769.2 de la LEC, en los procedimientos de mutuo acuerdo el tribunal competente será, a elección de los cónyuges, el del último domicilio conyugal o el de cualquiera de los solicitantes. *Vid.* A.J. Pérez Martín, “Artículo 769”, en A.M. Lorca Navarrete (dir.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Valladolid, Lex Nova, 2000, pp. 4077-4085.

³⁸². *Vid.* el Auto de la AP de Barcelona (Sección 12^a) de 18 de marzo de 1994 (*loc. cit.*, p. 217).

competencia a partir de la residencia del demandante³⁸³, que es el criterio elegido por la norma de competencia judicial internacional para determinar la competencia del conjunto de los tribunales españoles (junto con la nacionalidad española del demandante, criterio inhábil para determinar la competencia territorial).

b) Las cuestiones no resueltas por el art. 769 de la LEC.

La regulación del art. 769 de la LEC no resuelve, sin embargo, los problemas que se pueden derivar de la asunción de competencia judicial internacional por la nacionalidad española de los cónyuges, cuando presentan su demandad de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro; ni tampoco en los casos en los que la competencia judicial internacional se deriva de la sumisión tácita de los cónyuges, supuesto que, tal como veremos inmediatamente es legalmente posible, existiendo, incluso, práctica del mismo en nuestra jurisprudencia. El primero de estos supuestos no resulta relevante a los efectos que ahora nos ocupan, pues al tratarse de un caso en el que ambos cónyuges son nacionales españoles resulta obligado determinar la competencia judicial internacional de nuestros tribunales a partir de lo previsto en el Reglamento 1347/2000, y no de la LOPJ³⁸⁴. Por lo que los problemas se reconducirán al desajuste entre las previsiones de dicho Reglamento y la regulación sobre competencia territorial contenida en el LEC, problema del que nos ocuparemos seguidamente. El segundo de los supuestos sí que resulta relevante, ya que la sumisión tácita puede operar en supuestos no cubiertos por el Reglamento 1347/2000, siendo preciso determinar cuando opere el órgano jurisdiccional territorialmente competente, sin poder recurrir para ello a la sumisión tácita o al acuerdo entre los cónyuges, ya que en estos supuestos están excluidos como criterios para determinar la competencia territorial³⁸⁵.

En los supuestos en los que la competencia judicial internacional de los tribunales españoles se derive de la sumisión tácita de los cónyuges, la imposibilidad de que esta sumisión opere como criterio de competencia territorial puede incidir en el litigio de dos formas diferentes. En primer lugar, debemos tener en cuenta aquellos

³⁸³. El art. 769 de la LEC se refiere al domicilio del actor, y no a su residencia habitual, pero dada la falta de una definición de domicilio en la LEC podemos interpretar, siguiendo lo preceptuado en el art. 40 del C.c., que el domicilio de las personas físicas se determina por su residencia habitual, cf. C. González Beilfuss, “La adaptación de las normas de competencia territorial: arts. 50, 52 y 54 de la nueva LEC”, *AEDIPr.*, 2001, vol. I, pp. 339-363, p. 345.

³⁸⁴. Vid. C. González Beilfuss, “La adaptación...”, *loc. cit.*, p. 359, esp. n. núm. 53.

³⁸⁵. Vid. el inciso final del art. 769 de la LEC. Además, de acuerdo con el apartado 4 de este art. 769, el tribunal deberá examinar de oficio su competencia territorial.

casos en los que sí concurre en España un criterio de competencia territorial de los previstos en el art. 769 (aunque este criterio no sea suficiente para justificar la competencia judicial internacional española). Esto sucederá cuando se localice en España el último domicilio conyugal o el domicilio del actor, en este último caso para el supuesto de que el demandante no tenga también la nacionalidad española. En estos supuestos, si la sumisión se ha producido a un órgano jurisdiccional que carece de competencia territorial, el Juez, obligado a controlar de oficio su competencia, deberá remitir el caso al tribunal español territorialmente competente. La sumisión tácita habría servido para determinar la competencia judicial internacional, pero no la competencia territorial. En segundo lugar, puede suceder que en un supuesto de sumisión tácita no exista ningún tribunal territorialmente competente en España. En este caso, el tribunal ante el que se han sometido las partes deberá seguir conociendo hasta dictar sentencia. Tal como ya expuse en otro lugar³⁸⁶, la ausencia de un criterio de competencia territorial en un supuesto dado implica la posibilidad de que el demandante plantee su demanda ante el órgano jurisdiccional funcional y materialmente competente que estime oportuno. El Juez no puede abstenerse de oficio ya que para que pueda hacerlo debe identificar el tribunal territorialmente competente y remitirle las actuaciones³⁸⁷; lo que no resultará posible sin identificar este tribunal territorialmente competente. En este caso, tampoco parece posible que se plantee la cuestión de un abuso de derecho o un fraude procesal en lo que se refiere a la determinación del tribunal territorialmente competente³⁸⁸.

También pueden producirse desajustes entre la normativa relativa a la competencia territorial y a la competencia judicial internacional cuando ésta última viene determinada mediante la aplicación del Reglamento 1347/2000. De los distintos criterios de competencia utilizados por este Reglamento en relación con las cuestiones matrimoniales solamente plantea problemas de adaptación el fuero basado en la nacionalidad común de los cónyuges³⁸⁹. En el caso del Reglamento, además, no es preciso que para que sean competentes los tribunales españoles en litigios entre nacionales españoles la demanda deba presentarse de mutuo acuerdo o uno con el

³⁸⁶. *Vid.* R. Arenas García, *El control de oficio...*, *op. cit.*, pp. 103-107.

³⁸⁷. Art. 58 de la LEC. *Vid.* el Auto de la A.P. de Girona (Sección 2^a), de 20 de julio de 2000, *RJC (Jurisprudencia)*, 2001-I, pp. 267-268.

³⁸⁸. Sí que podría plantearse esta cuestión en relación con la determinación de la competencia judicial internacional, tal como veremos en el siguiente apartado.

³⁸⁹. *Vid.* C. González Beilfuss, “La adaptación...”, *loc. cit.*, pp. 359-361.

consentimiento del otro. El demandante español podrá plantear su demanda de separación, nulidad o divorcio en España siempre que su cónyuge tenga también la nacionalidad española y con independencia de que no exista ningún otro vínculo del supuesto con España. En estas circunstancias, si no puede determinarse la competencia territorial de ningún órgano jurisdiccional español, el Juez ante el que se presente la demanda estará obligado, en principio, a conocer de la demanda planteada ya que, tal como hemos visto, no puede abstenerse de oficio sin identificar el tribunal territorialmente competente. No obstante, no debe descartarse absolutamente la posibilidad de que puedan existir supuestos de abuso de derecho que debería corregir el órgano jurisdiccional que se encuentra conociendo. Así, en aquellos casos en los que la demanda se plantee en un determinado órgano jurisdiccional con la única voluntad de perjudicar la posibilidad de defensa del demandado³⁹⁰.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que los criterios de competencia territorial del art. 769 de la LEC cubren solamente una parte de los supuestos incluidos en el art. 22.3 de la LOPJ. Así, todos aquellos litigios entre cónyuges que no se encuentren vinculados a una crisis matrimonial no están cubiertos por este precepto. En estos casos deberíamos acudir a los criterios generales para la determinación de la competencia territorial contenidos en el art. 50 de la LEC. De acuerdo con este precepto, la demanda deberá presentarse en el tribunal del domicilio del demandado, si no tuviere domicilio en España será Juez competente el de la residencia del demandado. En caso de que el demandado no tuviera ni domicilio ni residencia en España la competencia corresponderá al tribunal del lugar en el que se encuentre el demandado en territorio nacional o al del lugar de su última residencia. Si ni aún así puede determinarse la competencia territorial, será juez competente el tribunal del domicilio del actor. Aparte del foro general del art. 50, también podrían jugar en estas materias la sumisión expresa y tácita (arts. 54 a 56 de la LEC). De los distintos criterios de atribución de competencia

³⁹⁰ . Así, por ejemplo, ambos cónyuges son españoles y nacidos en Barcelona. Viven fuera de España desde hace tiempo y se conocen y casan en el extranjero. Una vez iniciada la crisis matrimonial, el demandante plantea la demanda en Salamanca solamente porque sabe que los desplazamientos de su cónyuge hasta esa ciudad son extraordinariamente complicados. Seguramente en este caso nos encontramos ante un abuso de derecho; en el que sería posible que el juez de Salamanca se abstuviese a favor de los tribunales españoles de Barcelona, por presentar un vínculo más estrecho con el supuesto que los de Salamanca. De todas formas, esta posibilidad planteará muchas dificultades en la práctica, pues, al fin y al cabo, se está construyendo un criterio de competencia territorial a partir de un principio general del sistema competencial (el principio de proximidad) y en relación con un supuesto de abuso de derecho. La abstención en este supuesto requeriría una carga argumentativa altísima.

contenidos en el art. 22.3 de la LOPJ, solamente el derivado de la común nacionalidad de los cónyuges puede plantear problemas en lo que se refiere a la determinación de la competencia territorial. En el resto de supuestos, la residencia en España del demandado o del demandante permite identificar al tribunal territorialmente competente a partir de la previsión del art. 50 de la LEC. En el caso de la demanda presentada en España por dos nacionales españoles de común acuerdo, la determinación de la competencia se derivaría de la sumisión expresa o tácita de los cónyuges; sin que se lleguen a plantear los problemas que habíamos examinado en relación con los litigios vinculados a una crisis matrimonial. En caso de que la competencia judicial internacional se derive de la sumisión expresa o tácita de los cónyuges, de acuerdo con lo que examinaremos en el siguiente apartado, esta misma sumisión servirá para identificar al tribunal territorialmente competente.

C) La aplicación de los foros generales.

a) La sumisión en materia matrimonial.

En la materia que nos ocupa, resulta posible la utilización alternativa de los foros por razón de la materia y de los foros generales. De esta forma, los tribunales españoles podrían llegar a ser competentes en materia de litigios entre cónyuges basados en la comunidad conyugal cuando el demandado se encontrase domiciliado en España o cuando demandante y demandado se hubiesen sometido expresa o tácitamente a los tribunales españoles. En principio, el foro del domicilio del demandado no plantea ningún problema³⁹¹. Es claro que si el demandado se encuentra domiciliado en España los tribunales españoles resultan competentes, sea cual sea la materia objeto del litigio³⁹². Plantea mayores problemas la posibilidad de que las partes se sometan expresa o tácitamente a los tribunales españoles. Una interpretación literal del art. 22.2 de la

³⁹¹. Vid. J.D. González Campos y P. Abarca Junco, “Normas de Derecho internacional privado”, en J.L. Lacruz Berdejo (coord.), *op. cit.*, pp. 1329-1358, p. 1341.

³⁹². Con la conocida salvedad del supuesto de las competencias exclusivas del art. 22.1º de la LOPJ, que, en cualquier caso, no afecta a nuestro tema. Cabe recordar, sin embargo, que en los supuestos en los que el demandado tenga su residencia en España, o en cualquier otro Estado miembro del Reglamento 1347/2000, y en aquellos casos en los que sea nacional de un Estado miembro, la competencia judicial internacional en materia de nulidad matrimonial, separación y divorcio se regirá por lo preceptuado en el mencionado Reglamento, y no por el Derecho autónomo español. De todas formas, el art. 2 del Reglamento prevé la competencia del Estado en el que el demandado tenga su residencia habitual, que, con frecuencia, coincidirá con su domicilio.

LOPJ nos llevaría a admitir la posibilidad de que la sumisión expresa o tácita de los cónyuges a los tribunales españoles debería ser suficiente para otorgar competencia a nuestros tribunales³⁹³. La doctrina, sin embargo, se ha mostrado reticente a admitir esta posibilidad sin ningún límite. Así, se ha afirmado que el sistema español de competencia judicial internacional descansa sobre el principio de que resulta exigible una vinculación suficiente del litigio con España para que puedan conocer los tribunales españoles; lo que podría exigir una mínima proximidad del supuesto con España para que pudiese ser admitida la sumisión de las partes a los tribunales españoles³⁹⁴. Hemos de tener en cuenta, sin embargo, que, siendo cierto que el principio de proximidad razonable parece fundamentar las soluciones de nuestro sistema autónomo de competencia judicial, parece razonable excluir la necesidad de que esta proximidad exista cuando nos encontramos en supuestos de ejercicio de la autonomía de la voluntad. Con carácter general, la autonomía de la voluntad y el principio de proximidad no operan cumulativamente en el DIPr.³⁹⁵; de tal forma que, admitiéndose la posibilidad de que sea la voluntad de las partes la que determine la competencia judicial, no debería ser exigible esta mínima conexión del supuesto con España³⁹⁶. Así,

³⁹³. *Vid.* la Sent. de la AP. de Madrid de 4 de noviembre de 1999 (*AEDIPr.*, 2001, vol. I, pp. 923-924; *REDI*, 2000, vol. LII, núm. 2, pp. 573-575, “Nota” de A. Marín López, *ibid.*, pp. 575-578) donde se admitió la competencia de los tribunales españoles en un procedimiento de separación por haberse sometido tácitamente el demandado. *Vid.* también la Sent. de la AP de Logroño de 3 de diciembre de 1997 (*REDI*, 2000, vol. LII, núm. 1, p. 154, “Nota” de A. Marín López, *ibid.*, pp. 154-157).

³⁹⁴. *Vid.*, en relación con la materia matrimonial, J.D. González Campos y P. Abarca Junco, *loc. cit.*, p. 1342; con carácter general *vid.* M.A. Amores Conradi, “La nueva estructura...”, *loc. cit.*, pp. 142-143.

³⁹⁵. Cf. Proyecto 1996, pp. 200-213.

³⁹⁶. Cf. M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal...*, *op. cit.*, p. 55: “El segundo elemento del modelo de justicia privada lo proporciona el principio de proximidad razonable, que opera como principio regulativo básico de la CJI en aquellos ámbitos donde no juega la autonomía y, también, en su defecto. (las primeras cursivas son de los autores, las segundas son mías). *Vid.* también J.C. Fernández Rozas y S.A. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, *op. cit.*, pp. 142-143. De todas formas, podría discutirse si esta proximidad no sería exigible en los supuestos de sumisión tácita. La razón para ello está en que la sumisión tácita no supone realmente un acuerdo entre las partes, tratándose más bien de un mecanismo procesal tendente a evitar que se dilate el debate sobre la cuestión competencial (cf. R. Arenas García, “Las normas sobre verificación de la competencia en los Convenios de Bruselas y de Lugano”, en A. Borrás Rodríguez (ed.), *La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española. Seminario celebrado en Tarragona, 30-31 de mayo de 1997*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 1998, pp. 389-406, pp. 393-394; P. Mankowski, (“Gerichtsstand der rügelosen Einlassung in europäischen Verbrauchersachen?”, *IPRax.*, 2001, núm. 4, pp. 310-315) señala que la sumisión tácita no podría operar con carácter general en materia de contratos de consumidores porque no constituye un verdadero acuerdo (posterior al nacimiento del litigio) que pudiera ser considerado, por tanto, como una excepción a la aplicación de los fueros competenciales de la Sección IV del Título II del CB, conclusión que es extensible al CL y al Reglamento 44/2001). De acuerdo con esto, bien podría exigirse que la sumisión tácita operase únicamente en aquellos casos en los que existiese alguna proximidad del litigio con España. En la práctica, sin embargo, esta exigencia no tendría ninguna consecuencia, toda vez que no

incluso aunque el supuesto no presentase ningún vínculo con España, resultaría posible que las partes se sometiesen a los tribunales españoles en materia matrimonial. El único límite que cabría establecer a esta sumisión sería el que se derivaría de la interdicción del fraude procesal previsto con carácter general en el art. 11.2 LOPJ y para el ámbito civil en el art. 247 de la LEC³⁹⁷. Se trata, sin embargo, de un límite de difícil apreciación en la práctica. Quizás pudiera admitirse como un supuesto de tal el caso en el que estando todos los elementos del litigio conectados con un determinado ordenamiento, los cónyuges litigasen en España con el fin de eludir la aplicación de su propio Derecho³⁹⁸. En estos supuestos podría mantenerse la inadmisibilidad de que la autonomía de la voluntad de las partes convirtiese en internacional una cuestión puramente interna. Si se admitiese esta limitación a la posibilidad de que los cónyuges atribuyesen competencia a los tribunales españoles mediante la sumisión expresa o tácita, el Juez podría abstenerse con base en los preceptos de la LOPJ y la LEC que acabamos de mencionar, incluso aunque no le fuera solicitado por el demandado³⁹⁹.

En los supuestos en los que la competencia de los tribunales españoles en materia matrimonial se deriva de la sumisión expresa o tácita de los cónyuges, aún debe resolverse la cuestión de la determinación del tribunal territorialmente competente dentro de España para pronunciarse sobre la cuestión de que se trate. Tal como expusimos en el apartado anterior, en los casos en los que el litigio matrimonial no se plantee en el marco de una crisis matrimonial, la competencia territorial vendrá también determinada por la sumisión expresa o tácita. En los casos en los que la sumisión se plantea en relación con una demanda de nulidad matrimonial, separación o divorcio la sumisión no será criterio hábil para determinar la competencia territorial, debiendo el Juez que se encuentra conociendo del asunto remitir la cuestión al que resulte competente de acuerdo con el art. 769 de la LEC, y continuando con el conocimiento

nos encontramos ante ninguno de los supuestos de control de oficio de la competencia judicial internacional previstos en el art. 36.2 de la LEC.

³⁹⁷. *Vid.* F. Esteban de la Rosa, en su “Nota” a la Sent. de la AP. de Madrid de 21 de febrero de 1997 (*loc. cit.*, p. 287); M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal...*, *op. cit.*, p. 166; J.C. Fernández Rozas y S.A. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, *op. cit.*, pp. 142-143.

³⁹⁸. *Vid.* F. Esteban de la Rosa, “Nota” a la Sent. de la AP. de Madrid de 21 de febrero de 1997 (*loc. cit.*, p. 287), donde plantea como ejemplo paradigmático de fraude aquel supuesto en el que cónyuges de común nacionalidad extranjera y con residencia en el país de su nacionalidad solicitan el divorcio en España ya que su propio Derecho no admite la disolución del matrimonio.

³⁹⁹. A diferencia de lo que sucede en los casos en los que la sumisión tuviese que ser rechazada por no existir una proximidad suficiente con España, ya que en estos casos, tal como acabamos de ver, la abstención no puede realizarse de oficio por no ser uno de los supuestos incluidos en el art. 36.2 de la LEC.

del asunto en el caso de que ninguno de los criterios competenciales de este precepto localice un tribunal competente en España.

La posibilidad de que la sumisión a los tribunales españoles opere como criterio competencial en materia matrimonial plantea el problema de la coordinación en estos casos de la competencia para pronunciarse sobre la cuestión matrimonial y de la específica para resolver sobre el ejercicio de la patria potestad respecto a los hijos. Tal como habíamos visto en el apartado anterior, en todos los supuestos en los que los tribunales españoles resulten competentes de acuerdo con el art. 22.3 de la LOPJ para conocer de un litigio matrimonial, existirá competencia para resolver sobre las cuestiones vinculadas al ejercicio de la patria potestad respecto a los hijos del matrimonio. Ahora bien, si la competencia se deriva de la sumisión de las partes, bien puede ser que no exista competencia de los tribunales españoles para pronunciarse sobre las cuestiones relativas a relaciones paternofiliales y vinculadas a la crisis matrimonial. En estos supuestos podría pensarse en la utilización de la competencia por conexidad que se deriva de los arts. 90 y 91 del C.c. Ahora bien, tal como hemos apuntado, esta solución plantea algunos problemas. En concreto, cuando la competencia para conocer de la cuestión principal (la separación, el divorcio o la nulidad) se deriva del ejercicio de la autonomía de la voluntad admitir a partir de aquí la competencia para pronunciarse sobre el ejercicio de la patria potestad supondría extender la eficacia de la autonomía de la voluntad también a la cuestión de las relaciones paternofiliales, materia en la que, por su propia naturaleza, no puede operar la autonomía de la voluntad de las partes en la determinación de la competencia judicial internacional. Ante esta situación caben dos soluciones: admitir la competencia de los tribunales españoles para pronunciarse sobre la cuestión matrimonial; pero sin establecer ninguna medida respecto a los hijos del matrimonio; o bien excluir en estos supuestos la posibilidad de que los tribunales españoles se pronuncien sobre la cuestión matrimonial al no poder hacerlo sobre todos los extremos previstos en los arts. 90 y 91 del C.c.

De estas dos soluciones, entiendo que, desde una perspectiva valorativa, es preferible la segunda. Un pronunciamiento en materia de divorcio, separación o nulidad que no se extienda a las cuestiones relativas a los hijos choca con la configuración de este tipo de procesos que realiza el Derecho español, y solamente ha de ser obligado en aquellos casos en los que así venga impuesto por un instrumento internacional. Si aplicamos el Derecho autónomo debe interpretarse éste de la forma más coherente

possible con el resto del ordenamiento; y una interpretación en esta línea no puede conducirnos a un pronunciamiento que puede ser perjudicial para los menores (al no extenderse a las consecuencias respecto a ellos de la crisis matrimonial) o vulnerar el principio de proximidad que fundamenta nuestro sistema de competencia judicial internacional (al pronunciar una decisión en materia de relaciones paternofiliales cuando ni el padre ni el hijo son nacionales españoles ni tienen residencia en España). Ahora bien, desde una perspectiva positiva, la solución más ajustada al ordenamiento vigente creemos que es la primera que hemos señalado; esto es, pronunciarse sobre la cuestión matrimonial sin que la decisión se extienda a las cuestiones relativas a las relaciones paternofiliales. Se trata de una decisión que respeta la dicción de los arts. 22.2 y 22.3 de la LOPJ, y que no convierte los arts. 90 y 91 del C.c. en normas sobre conexidad internacional, lo que, tal como hemos visto, podría plantear, incluso, algún problema de constitucionalidad.

b) La *derogatio fori* en materia matrimonial.

La operatividad de la sumisión expresa y tácita en materia matrimonial nos obliga a considerar también la posibilidad de que esta misma sumisión pueda privar de competencia a los tribunales españoles, teniéndola en virtud del art. 22.3 de la LOPJ o por el hecho de que el demandado se encuentre domiciliado en España. Como es sabido, la problemática general sobre la posibilidad de que las partes puedan derogar la competencia de los tribunales españoles ha sido objeto de una importante polémica doctrinal, animada por una jurisprudencia cambiante. No reproduciré aquí este ya viejo debate, y me limitaré a retomarlo únicamente en aquello que pueda interesar específicamente a los fines que nos interesan en este punto: los litigios en materia matrimonial.

En primer lugar, creo que si se mantiene que la *derogatio fori* encuentra su fundamento en una aplicación analógica del art. 22.2 de la LOPJ, resulta difícil negar eficacia derogatoria a la autonomía de la voluntad en los mismos supuestos en los que se admite un efecto prorrogatorio del acuerdo de las partes; por lo que, una vez admitida la eficacia de la autonomía de la voluntad en materia matrimonial para otorgar competencia a los tribunales españoles⁴⁰⁰, ya no podrá negarse que esta misma voluntad

⁴⁰⁰. Eficacia que, tal como hemos visto, ha sido defendida por la doctrina y ratificada por la jurisprudencia menor.

puede también sustraer competencia a nuestros tribunales. La consecuencia de todo ello es que un acuerdo entre los cónyuges (en capitulaciones o fuera de ellas) que incluyese la atribución de competencia a tribunales extranjeros para conocer de los litigios vinculados al matrimonio que se planteen entre los cónyuges excluiría la competencia de nuestros órganos jurisdiccionales, incluso en el caso de que estos resultasen competentes por alguno de los criterios previstos en el art. 22.3 de la LOPJ o por estar el demandado domiciliado en España.

Ahora bien, este resultado (la incompetencia de los tribunales españoles en supuestos relativos a cuestiones matrimoniales en los que el demandado está domiciliado en España, o la residencia común de los cónyuges se encuentra en España o en los que el demandante es español y residen España) me parece que no puede ser acogido. Bien es verdad que en muchos de estos supuestos la aplicación del Reglamento 1347/2000 (que no prevé la operatividad de la autonomía de la voluntad de los cónyuges) impedirá que se llegue a este resultado; pero esta solución práctica no puede obscurecer el hecho de que una interpretación del sistema autónomo que permitiera llegar a esta incompetencia implicaría una vulneración de los principios rectores del sistema de competencia judicial internacional en materia familiar. En concreto, el principio de tutela judicial efectiva en aquellos supuestos que estén suficientemente conectados con el ordenamiento español. Los argumentos que operan a favor de la *derogatio fori* en el ámbito del comercio internacional no pueden operar con la misma fuerza en el ámbito familiar y servir para privar a un demandante lo suficientemente vinculado con el ordenamiento español de la tutela de nuestros tribunales, aunque sea sobre la base del ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Entiendo, además, que esta es una solución a la que no es preciso llegar, toda vez que resulta posible fundamentar la *derogatio fori* en nuestro sistema sin necesidad de recurrir a una discutible aplicación analógica del art. 22.2 de la LOPJ. La imposibilidad que se deriva para los tribunales españoles de pronunciarse sobre el fondo del asunto en los casos en los que existe una previa sumisión a arbitraje puede aplicarse analógicamente a aquellos supuestos en los que la sumisión en vez de producirse a árbitros se realiza a favor de tribunales extranjeros⁴⁰¹. Esta aplicación analógica de la regulación del arbitraje permite conseguir los efectos de la *derogatio fori* en aquel

⁴⁰¹. Vid. R. Arenas García, *El control de oficio..., op. cit.*, pp. 238-255. Actualmente, el art. 63 de la LEC recoge la posibilidad de que mediante la declinatoria se denuncie la falta de jurisdicción derivada del sometimiento a arbitraje de la cuestión litigiosa.

ámbito en el que se ha defendido la necesidad de admitir esta figura, el comercio internacional, a la vez que impide que esta derogación de la competencia opere en aquellas materias que no son susceptibles de arbitraje⁴⁰². De esta forma, en las cuestiones matrimoniales no podría operar la *derogatio fori* al tratarse de materias en las que no cabe el sometimiento a arbitraje⁴⁰³.

D) La virtualidad de otros foros competenciales.

Los efectos del matrimonio se extienden más allá del fuero matrimonial del art. 22.3 de la LOPJ. Tal como hemos visto, este precepto regula la competencia judicial internacional en los supuestos en los que nos encontramos ante una demanda en la que se solicita la separación, la nulidad o el divorcio, y en aquellos otros casos en los que se trata de un litigio entre cónyuges que se vincula directamente con las especiales relaciones entre ellos que surgen como consecuencia del matrimonio. Ahora bien, tal como hemos visto, los efectos del matrimonio se extienden más allá de las estrictas relaciones entre los cónyuges dependientes de la comunidad de vida que surge del matrimonio. La regulación sobre los efectos del matrimonio puede alcanzar también a las relaciones entre los cónyuges y los terceros o, incluso, a algunos supuestos de relaciones patrimoniales entre cónyuges que no pueden ser consideradas como parte del régimen económico matrimonial. En los supuestos litigiosos que tengan como base estas relaciones jurídicas, la competencia judicial internacional se determinará por el fuero material correspondiente, pudiendo operar los fueros generales sin los condicionantes que hemos examinado en el apartado anterior. La normativa matrimonial no desplegará ningún efecto específico en este punto. Ciertamente, en el momento de resolver la cuestión principal que se haya planteado será preciso pronunciarse también sobre una cuestión matrimonial; pero en este caso ya no se trata de una cuestión accesoria, sino propiamente de una cuestión incidental, manteniéndose la competencia del Juez que se encuentra conociendo de la cuestión principal para conocer de los incidentes de acuerdo con lo previsto en el art. 61 de la LEC⁴⁰⁴.

⁴⁰². *Vid.* R. Arenas García, “Nota a la Sent. de la AP. de Barcelona (Secció 15^a) de 15 de febrero de 1994”, *REDI*, 1995, vol. XLVII, núm. 1, pp. 212-217, p. 214.

⁴⁰³. Cf. M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal...*, *op. cit.*, p. 574.

⁴⁰⁴. *Vid. supra* n. núm. 271.

Dada la multiplicidad de fúeros que pueden ser utilizados en el marco de un litigio que presenta alguna conexión con cuestiones matrimoniales, no resulta oportuno referirse aquí a ellos pormenorizadamente, toda vez que supondría tanto como reproducir el entero sistema de competencia judicial internacional. De entre ellos, sin embargo, pueden destacarse especialmente los fúeros en materia alimencia y los relativos a las relaciones paternofiliales. Nos hemos ocupado de ambos al tratar de los casos en los que una cuestión relativa al ejercicio de la patria potestad o a alimentos se plantea en el contexto de un litigio matrimonial. De igual forma, puede resultar que se plantee como cuestión principal la reclamación de alimentos o el problema relativo a las relaciones paternofiliales y, en el curso del mismo, deba resolverse alguna cuestión afectada por la regulación de los efectos del matrimonio. En estos casos la competencia se determinará por los foros de alimentos o relaciones paternofiliales sin que tenga ninguna incidencia en la determinación de la competencia judicial internacional los fúeros matrimoniales.

También resultará habitual que la regulación de determinadas cuestiones matrimoniales incida en el tratamiento de problemas sucesorios. En el caso del fallecimiento de un cónyuge, la determinación del caudal hereditario solamente podrá fijarse una vez que se resuelva lo relativo al régimen económico matrimonial. En estos casos, la competencia para resolver la cuestión sucesoria determinará la posibilidad de que el juez se pronuncie incidentalmente sobre las cuestiones matrimoniales que se configuren como incidentes respecto a la cuestión sucesoria. De esta forma, aunque los tribunales españoles carezcan de competencia en relación con la cuestión matrimonial, podrán resolver sobre la liquidación del régimen económico matrimonial si se encuentran conociendo de la cuestión sucesoria⁴⁰⁵. La regla de competencia para los incidentes derivada de la competencia para conocer de la cuestión principal se ve reforzada en este supuesto por la previsión del art. 807 de la LEC en materia de liquidación del régimen económico matrimonial⁴⁰⁶.

⁴⁰⁵. Así, por ejemplo, el cónyuge fallecido es un extranjero que tuvo su último domicilio en España; mientras que el cónyuge supérstite es también extranjero y con residencia en el extranjero.

⁴⁰⁶. “Será competente para conocer del procedimiento de liquidación el Juzgado de Primera Instancia que esté conociendo o haya conocido del proceso de nulidad, separación o divorcio, o aquel ante el que se sigan o se hayan seguido las actuaciones sobre disolución del régimen económico matrimonial por alguna de las causas previstas en la legislación civil.” *Vid.* V. GUILARTE GUTIÉRREZ, “Artículo 807”, en A.M. LORCA NAVARRETE (dir.), *op. cit.*, t-IV, pp. 4379-4385.

IV. Derecho aplicable.

1. El ámbito de la ley rectora de los efectos del matrimonio.

A) De las relaciones entre cónyuges a los efectos del matrimonio.

a) Los efectos del matrimonio.

Tal como habíamos visto en el primer apartado de este trabajo, la categoría “efectos del matrimonio” abarca supuestos muy diferentes. El vínculo matrimonial implica la aparición de obligaciones y derechos nuevos entre los cónyuges, tanto de carácter personal como matrimonial, a la vez que incide en relaciones jurídicas que no traen causa del matrimonio; pero que se ven afectadas por éste. En el sistema español de DIPr., esta realidad plural de la categoría se ve reflejada en el art. 9.2 del C.c., que, tras la reforma introducida por la Ley 11/1990, de 5 de octubre determina el Derecho que rige “los efectos del matrimonio”, introduciendo, por tanto, un cambio sustancial respecto a la regulación previa de esta materia, fruto de la reforma del Título Preliminar del C.c. operada por el R.D. 1836/1974, de 31 de mayo. Como es sabido, con anterioridad a la Ley 11/1990, los apartados 2 y 3 del art. 9 del C.c. regulaban respectivamente las relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges⁴⁰⁷. Es cierto que la referencia a los “efectos del matrimonio” ha sido considerada con recelo por la doctrina, pues podría implicar una vuelta a concepciones institucionalistas del matrimonio, alejadas de visiones más modernas del fenómeno matrimonial, que hacen descansar el contenido de la institución en la voluntad de las partes⁴⁰⁸; pero también puede ser apreciada como una superación de una visión de la cuestión matrimonial que prestara atención únicamente a las relaciones entre los cónyuges, y dejase desatendida la imprescindible perspectiva externa del vínculo conyugal, especialmente relevante en lo que se refiere a las cuestiones patrimoniales⁴⁰⁹. De esta forma, el Derecho aplicable de

⁴⁰⁷. Art. 9.2: “Las relaciones personales entre los cónyuges se regirán por su última ley nacional común durante el matrimonio y, en su defecto, por la ley nacional del mardio al tiempo de la celebración.” Art. 9.3: “Las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, a falta o por insuficiencia de capitulaciones permitidas por la ley de cualquiera de ellos, se regirán por la misma ley que las relaciones personales. El cambio de nacionalidad no alterará el régimen económico matrimonial, salvo que así lo acuerden los cónyuges y no lo impida su nueva ley nacional.”

⁴⁰⁸. *Vid. supra* n. núm. 15.

⁴⁰⁹. *Vid.* E. Rodríguez Pineau, *Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales*, Granada, Comares, 2002, pp. 135-165, donde destaca las implicaciones externas del matrimonio. No

acuerdo con el art. 9.2 del C.c. extendería su aplicación tanto a la regulación de las relaciones entre los cónyuges derivadas del vínculo conyugal como a la incidencia del matrimonio respecto a otras relaciones jurídicas. Esta interpretación del art. 9.2 del C.c., fiel a su tenor literal de acuerdo con las circunstancias actuales, no es, sin embargo, la habitualmente seguida por la doctrina, que ha preferido entender que el art. 9.2 del C.c. se limitaba a regular en un solo precepto el contenido de los antiguos apartados 2 y 3 del art. 9 del C.c.⁴¹⁰. No obstante, creo que resulta posible mantener una interpretación más amplia del ámbito de aplicación material del art. 9.2 del C.c., que nos permitirá que una sola ley sirva de referencia para la resolución de una pluralidad de cuestiones vinculadas a la relación matrimonial, aunque poseyendo especificidad propia.

Esta interpretación literal de los efectos del matrimonio no es, por otra parte, nueva. Hasta hace no mucho tiempo (en términos relativos), el matrimonio implicaba que la mujer adquiría la nacionalidad, el domicilio y, en su caso, la vecindad civil del marido. Los hijos seguían la condición de sus padres sin mayores problemas, pues las posibles leyes personales del padre y de la madre coincidían. Como resultado un solo Derecho regía el conjunto de la vida familiar⁴¹¹. Esta situación permitía una considerable simplicidad en las normas de conflicto⁴¹². Actualmente, sin embargo, esta unidad de ley en materia familiar ya no existe, pues el matrimonio no tiene como efecto la alteración de la ley personal de la mujer a favor de la ley del marido; como consecuencia se ha producido una especialización importante en las conexiones utilizadas en materia familiar; múltiples aspectos vinculados al matrimonio (capacidad de los cónyuges, relaciones paternofiliales, crisis matrimoniales...) se rigen por

obstante, es preciso indicar que esta autora no sigue la interpretación que mantengo en el texto, ya que considera que el supuesto de hecho del art. 9.2 no alcanza a los efectos frente a terceros del matrimonio.(vid. el enunciado del apartado 5 de la Primera Parte de su estudio: “Ausencia de normas de conflicto que regulan la vertiente externa”).

⁴¹⁰. Vid. J.C. Fernández Rozas y S.A. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, op. cit., pp. 482-483; A.-L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, “Efectos del matrimonio”, en A.-L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González (dirs.), op. cit., pp. 77-98, p. 78; E. Rodríguez Pineau, op. cit., p. 135. P. Abarca Junco (“Efectos del matrimonio”, en E. Pérez Vera (dir.), *Derecho internacional privado*, Madrid, UNED, vol. II; 3^a ed. 2001, pp. 123-135, pp. 125-126 aprueba la utilización del término efectos del matrimonio en el art. 9.2 del C.c., aunque por razones diferentes a las que se sostienen en el texto. Fuera de España, también G.A.L Droz (“Regards sur le droit...”, loc. cit., pp. 164-166) parece reducir el ámbito de aplicación de la ley rectora de los efectos a las relaciones entre los cónyuges.

⁴¹¹. Cf. G.A.L. Droz, “Regards sur le droit...”, loc. cit., p. 159.

⁴¹². Vid., por ejemplo, el tenor del art. 9 del C.c. con anterioridad a la reforma del Título Preliminar de 1974: “Las leyes relativas a los derechos y deberes de familia, o al estado, condición y capacidad legal de las personas, obligan a los españoles, aunque residan en país extranjero.

conexiones específicas⁴¹³. En el momento presente, por tanto, una norma de conflicto con un ámbito de aplicación potencialmente tan extenso como es el art. 9.2 del C.c. español debe articularse en un sistema en el que existen múltiples conexiones susceptibles de interaccionar con ella. En el primer apartado de este trabajo intenté ofrecer una panorámica de las distintas posibilidades de influencia recíproca entre el vínculo matrimonial y otras relaciones jurídicas. La existencia de estos puntos de contacto plantea problemas específicos para el DIPr. La necesidad de interpretar armónicamente una y otras normas de conflicto se plantea como una de las dificultades más relevantes en el estudio del sector del Derecho aplicable en la materia que nos ocupa.

b) Las relaciones entre cónyuges.

De acuerdo con lo que se acaba de exponer, el estudio del art. 9.2 del C.c. debe partir de que este precepto regula dos grandes grupos de cuestiones. Por un lado, determina el Derecho rector de las relaciones entre los cónyuges que traen causa del vínculo conyugal. Así, es el Derecho designado por el art. 9.2 el que determina cuáles son las obligaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges, la contribución a las cargas del matrimonio que corresponde a cada uno; así como la determinación del patrimonio común que puede nacer como consecuencia del matrimonio de acuerdo con el régimen económico matrimonial que sea aplicable. La regulación de las causas de disolución de este régimen, así como las reglas para su liquidación y la posibilidad de que el patrimonio común continúe existiendo tras el fallecimiento de alguno de los cónyuges. Por otro lado, el art. 9.2 del C.c. también extiende su aplicación a la forma en que el matrimonio incide en otras relaciones jurídicas, tanto entre los esposos como frente a terceros. En el siguiente apartado nos ocuparemos con algo más de detalle de esta segunda dimensión en la aplicación de la norma de conflicto en materia de efectos del matrimonio. Ahora me detendré mínimamente en algunos problemas de interpretación del ámbito del art. 9.2 del C.c. en tanto en cuanto norma que determina el Derecho rector de las relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges.

⁴¹³. Cf. G.A.L. Droz, “Regards sur le droit...”, *loc. cit.*, p. 160.

En primer lugar, debe recordarse aquí la posibilidad de que se produzca un solapamiento entre el Derecho rector de los efectos del matrimonio y el Derecho de la autoridad que participe en la celebración del mismo. Tal como hemos visto, el consentimiento matrimonial se define a partir del Derecho de acuerdo con el cual se contrae el matrimonio, que en los matrimonios formales coincidirá con el de la autoridad que intervenga en la celebración. Una vez celebrado el matrimonio, sin embargo, los cónyuges estarán obligados no de acuerdo con lo que establezca el Derecho de acuerdo con el cual han contraído matrimonio, sino según lo establecido en el Derecho rector de los efectos del matrimonio. En concreto, las obligaciones personales previstas en cada ordenamiento y que, según habíamos visto, permiten definir a la institución matrimonial, no vincularán a quienes se hayan casado de acuerdo con lo previsto en ese ordenamiento, sino a aquellos cónyuges que lo tengan como Derecho rector de los efectos de su matrimonio de acuerdo con lo previsto en el art. 9.2 del C.c. De esta forma, la definición del contenido del matrimonio que realice el Derecho de la autoridad que ha participado en su celebración servirá únicamente para definir la institución y poder determinar su equivalencia con la institución matrimonial prevista en el Derecho rector de los efectos. Se trata de una situación que no deja de plantear problemas, toda vez que asume que el consentimiento matrimonial se realiza sobre obligaciones y derechos que, tras la celebración, no se corresponderán con los que efectivamente puedan ser exigidos por y a los cónyuges; pero que, a la vez, no tiene ninguna alternativa en nuestro sistema⁴¹⁴. La única vía para hacer coincidir el Derecho rector de los efectos del matrimonio y el relevante en el momento de la prestación del consentimiento, sería la de adelantar al momento de la celebración la determinación del Derecho rector de los efectos; lo que no resulta posible a causa de la conexión ley de la primera residencia del matrimonio tras la celebración, que no puede ser fijada con antelación a la celebración. Además, aunque resultara posible adelantar a la celebración la concreción del Derecho rector de los efectos del matrimonio, tampoco parece que resultara practicable el que la autoridad que interviene en la celebración sustituyera en

⁴¹⁴. Por otro lado, tenemos que tener en cuenta que esta disociación entre contenido del matrimonio a efectos de prestación del consentimiento y efectos del matrimonio tras la celebración se produce también en supuestos puramente internos. Así, al atribuirse en el Derecho español efectos civiles a ciertos matrimonios celebrados en forma religiosa resultará que el consentimiento que hayan prestado los cónyuges que hayan optado por celebrar su matrimonio en forma religiosa (canónica, por ejemplo) se deberá ajustar a las exigencias del ordenamiento religioso que se trate (el Código de Derecho canónico, por ejemplo), mientras que los efectos que desplegará ese matrimonio son los previstos en el C.c., que no se corresponden con los establecidos en el ordenamiento canónico.

el momento de solicitar la prestación del consentimiento el contenido de su propio Derecho por el de aquél que fuera a regir los efectos del matrimonio⁴¹⁵.

En segundo término, puede producirse alguna dificultad en relación con aquellas relaciones entre los cónyuges derivadas del matrimonio; pero que gozan de una conexión específica en nuestro sistema. En concreto, con los supuestos de alimentos entre cónyuges⁴¹⁶, obligación que se deriva de la conjunción, por un lado, de una situación de necesidad por parte de uno de los cónyuges y, por otro lado, de la existencia del matrimonio⁴¹⁷. En tanto en cuanto la obligación de alimentos se impone al deudor de los mismos por ser cónyuge del acreedor, resulta posible plantear la incidencia que despliega el Derecho rector de los efectos del matrimonio en esta materia. En principio, y de acuerdo con el íter argumentativo que se ha seguido hasta ahora, debería ser el Derecho designado por el art. 9.2 del C.c. el que determinase cómo influye en la obligación de alimentos la existencia del matrimonio; aunque el 9.2 no desplazaría a la norma de conflicto en materia alimenticia, ya que esta última es más específica que aquella, en tanto en cuanto se ocupa de una de las concretas obligaciones que se derivan del matrimonio. A partir de aquí, por tanto, debería intentarse una aplicación cumulativa de ambas normativas, de acuerdo con el principio de que la regulación específica en materia de alimentos entre cónyuges que se incluyese en el Derecho designado por el art. 9.2 del C.c. debería tener aplicación, operando el Derecho designado por el art. 9.7 del C.c. respecto al resto de cuestiones presentes.

La solución anterior, sin embargo, no tendrá ninguna aplicación en nuestro sistema, toda vez que, como es sabido, la regulación de alimentos en el DIPr. español es convencional, desplazando ésta a la normativa autónoma. Como es sabido, es el Convenio de La Haya de 1973 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias el que determina la ley rectora de los alimentos en nuestro sistema. En la concurrencia de

⁴¹⁵. *Vid.* P. Orejudo Prieto de los Mozos, *op. cit.*, pp. 184-188. Esta autora defiende la posibilidad de que en los supuestos heterogéneos se advierta a los cónyuges durante la tramitación del expediente de que los efectos de su matrimonio no se regirán necesariamente por la ley de la autoridad que interviene en su celebración, sino por la designada en el art. 9.2 del C.c., con el fin de que, en su caso, puedan ejercitarse la opción prevista en este precepto. Esta advertencia no supone alterar el Derecho rector del consentimiento, que seguirá siendo el Derecho español si el matrimonio se celebra ante autoridad española.

⁴¹⁶. Alimentos constante matrimonio, ya que en un apartado posterior nos ocuparemos de los alimentos que se vinculan a un supuesto de crisis matrimonial.

⁴¹⁷. En los supuestos de situación ordinaria de convivencia la obligación de alimentos carece de sustantividad respecto a la de contribuir al levantamiento de las cargas de la familia, sin que resulte posible precisar la existencia de una situación de necesidad para que surja la obligación, cf. M.P. García Rubio, *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, Madrid, Civitas, 1995, p. 69; A.P. Abarca Junco, “Sobre los efectos o relaciones...”, *loc. cit.*, p. 51.

normas de conflicto de origen convencional y autónomo la norma convencional prevalece siempre, con independencia de que sea más general o más específica que la norma autónoma. De esta forma, cuando se trate de una reclamación en materia de alimentos que entre dentro del ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 1973 éste resultará aplicable, sin que despliegue ninguna incidencia en el supuesto el Derecho rector de los efectos del matrimonio determinado por el art. 9.2 del C.c.

B) Incidencia de la ley rectora de los efectos del matrimonio en las relaciones jurídicas no matrimoniales.

a) La formulación de la regla de aplicación del art. 9.2 del C.c.

Cuando el Derecho que rige los efectos del matrimonio incide en una relación jurídica no matrimonial, esto es, una relación jurídica que no ha surgido como consecuencia del matrimonio, tanto si se trata de una relación jurídica entre los cónyuges como si se trata de una relación jurídica entre los cónyuges y terceros ajenos al matrimonio; opera de una forma específica. Así, la operatividad de esta ley no excluye la aplicación de la ley rectora de la relación jurídica de que se trate (*lex contractus*, *lex donationis*, etc.), sino que se limita a condicionarla de acuerdo con lo preceptuado en el Derecho que rige los efectos del matrimonio. De esta forma, si nos encontramos ante una donación entre cónyuges, dicha donación se regirá por el Derecho designado por la norma de conflicto en materia de donaciones⁴¹⁸; aunque la manera en que el matrimonio afecte a esta donación se regirá por el Derecho designado por el art. 9.2 del C.c. y no por la *lex donationis*. La delimitación entre el ámbito de aplicación de uno y otro Derecho se realizará a partir del análisis del contenido del Derecho reclamado por el art. 9.2, ya que solamente en aquellos puntos en los que establezca reglas específicas para las donaciones como consecuencia de la existencia de un vínculo matrimonial entre donante y donatario el Derecho designado por el art. 9.2 del C.c. desplazará al designado por la norma de conflicto en materia de donaciones⁴¹⁹.

⁴¹⁸. El art. 10.7 del C.c. o el Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales. *Vid.* sobre esta cuestión P. Jiménez Blanco, “El Derecho aplicable...”, *loc. cit.*, pp. 67-73 y referencias allí contenidas.

⁴¹⁹. *Vid.* este planteamiento en mi *Proyecto docente e investigador*, Barcelona, 1996, p. 106. Más ampliamente *vid.* P. Jiménez Blanco, “El Derecho aplicable...”, *loc. cit.*, pp. 75-77 y referencias contenidas en n. núm. 56. En la STS (Civil), de 5 de junio de 2000 (RAJ, 2000\5094), pese a que, finalmente, fue el Derecho español el que se aplicó para la solución del caso, debido a la falta de prueba

La regla de articulación entre la normativa rectora de los efectos del matrimonio y aquella que regula las relaciones jurídicas que se ven afectadas por aquél es relativamente sencilla, pero con capacidad para desplegar un número importante de consecuencias en ámbitos muy variados. La regla es sencilla pues, como hemos visto, se basa en la consideración, en primer lugar, del Derecho rector de los efectos del matrimonio para, posteriormente, proyectar en la ley designada por la norma de conflicto atinente a la relación o situación jurídica de que se trate aquellas particularidades contempladas en la ley de los efectos. Así, en el supuesto de que la ley de los efectos establece la nulidad de las donaciones entre cónyuges, sea cual sea la ley que haya de regir la donación realizada por un esposo a favor del otro resultará que dicha donación deberá ser considerada nula. Ahora bien, las consecuencias de esta nulidad se regirán por el Derecho rector de la donación, y no por la ley de los efectos, salvo que esta ley establezca particularidades en relación con las consecuencias de la nulidad de las donaciones entre cónyuges, en cuyo caso las previsiones de la ley de los efectos deberán ser consideradas. Se trata de una regla que, tal como ya he defendido en otro lugar⁴²⁰, se fundamenta en la estructura del sistema conflictual español. En este la regla contenida en el art. 9.2 del C.c. puede ser descompuesta en dos grandes ámbitos. Por un lado se encuentran las relaciones entre cónyuges que surgen de la comunidad de vida que se deriva del vínculo conyugal y de las que nos hemos ocupado en el apartado anterior. Por otro lado, el precepto regula también la incidencia del matrimonio en el resto de relaciones jurídicas. En este segundo aspecto, la regla del art. 9.2 del C.c. tiene que ser considerada como especial respecto al resto de normas de conflicto, centrándose su especificidad en las consecuencias particulares que el matrimonio acarrea a tales relaciones. En definitiva, el art. 9.2 del C.c. supondría una alteración en la regla general en DIPr. de acuerdo con la cual la forma en que una relación jurídica afecta a otra se rige por el Derecho rector de la relación afectada⁴²¹. Cuando se trate de determinar la

del Derecho extranjero designado por la norma de conflicto, se afirmó la aplicación del art. 10.7 del C.c. a una donación entre cónyuges realizada mediante capitulaciones matrimoniales.

⁴²⁰. Proyecto 1996, p. 106.

⁴²¹. *Vid.* J.C. Fernández Rozas y S.A. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional..., op. cit.*, p. 469 respecto a las relaciones entre la ley rectora de la nulidad del matrimonio y las leyes rectoras de las relaciones afectadas por la nulidad (“En el fondo, la validez o nulidad del matrimonio es una simple cuestión previa cuya ley reguladora ya se refiera a la capacidad, el consentimiento o la forma, sólo debe afectar al vínculo matrimonial, y no a sus efectos en otros órdenes distintos”) De igual forma, en materia contractual rige el principio de que la forma en que un contrato incide en otro se determina por la ley rectora del contrato afectado, *vid.* M. Virgós Soriano, “Obligaciones contractuales”, en J.D. González Campos y otros, *Derecho internacional privado. Parte especial*, Madrid, Eurolex, 6^a ed. 1995, pp. 143-207, p. 189. *Vid.* este mismo acercamiento en relación a otro tema en P.A. de Miguel Asensio, “La

forma en que el matrimonio afecta a otra relación jurídica es el Derecho rector de los efectos del matrimonio el que debe ser considerado, y no el Derecho de la relación afectada. De esta forma, del Derecho reclamado por el art. 9.2 del C.c. solamente se aplicarán aquellos preceptos que contengan especialidades derivadas del matrimonio en la regulación de otras relaciones jurídicas. En los ámbitos en los que el Derecho designado por el art. 9.2 del C.c. no contiene especificidad alguna, la ley rectora de la relación o situación de que se trate despliega plenamente sus efectos reguladores; con excepción de las especificidades que contenga el precepto en razón del matrimonio, ya que en el caso de que en el supuesto concreto éstas existan en este último ordenamiento y no en el designado por el art. 9.2 del C.c., la voluntad de este último es, precisamente, que la relación de que se trate no se vea alterada por la existencia de un matrimonio⁴²².

b) Efectos del matrimonio y relaciones de los cónyuges con terceros.

La regla de interpretación del ámbito del art. 9.2 del C.c. que proponemos tiene la virtualidad de facilitar la resolución de un número considerable de problemas que, en la práctica, presentan una significativa complejidad. Se trata del tratamiento en el ámbito internacional de las particularidades que introduce el matrimonio en las relaciones con terceros. Tal como habíamos visto en el apartado II.1.B), el matrimonio incide de una forma significativa en las relaciones con terceros que entablan los cónyuges, tanto en los diferentes Derechos españoles como en el Derecho comparado. En los casos en que la relación de que se trate contenga elementos heterogéneos se plantea el problema de la determinación del Derecho que ha de determinar la forma en que el matrimonio incide en estas relaciones. Con anterioridad al año 1990, en el DIPr. español no existía ninguna norma que pudiese ser aplicada directamente a este problema. Los apartados 2 y 3 del art. 9 del C.c. regulaban respectivamente las relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges, pero no las relaciones que los cónyuges establecieran con terceros. Ante la carencia de una regulación específica de

ausencia y la declaración de fallecimiento en Derecho internacional privado”, *REDI*, 1995, vol. XLVIII, núm. 2, pp. 41-70, p. 63.

⁴²². Como es sabido, en el Derecho español vigente no existe ninguna norma que limite la eficacia de las donaciones entre cónyuges. Siendo el Derecho español el rector de los efectos del matrimonio, el hecho de que en el Derecho rector de la donación se establezca alguna prohibición relativa a las donaciones entre cónyuges no debe afectar al supuesto. Las particularidades que pudieran derivarse para la donación de la existencia del matrimonio son las previstas en el Derecho español, no las que se establezcan en la *lex donationis*. *Vid.* P. Jiménez Blanco, “El Derecho aplicable...”, *loc. cit.*, pp. 76-77 y referencias allí contenidas en relación con las soluciones del Derecho francés y alemán.

esta cuestión, debería aplicarse el principio general interpretativo de acuerdo con el cual es el Derecho rector de la relación afectada el que determina los efectos que produce en ella el matrimonio. De esta forma, cuando se discutiera sobre la capacidad o los poderes de disposición de alguno de los cónyuges sobre los bienes comunes o sobre los privativos, debería ser el Derecho nacional del cónyuge disponente el que debería determinar la forma en que el matrimonio condicionaría esta capacidad en virtud de lo dispuesto en el art. 9.1 del C.c.⁴²³ Si, en otro supuesto, el problema es determinar la posibilidad de que el tercero que ha contratado con un cónyuge se dirija contra los bienes del otro cónyuge para satisfacer su crédito; debería ser, en principio, la ley rectora de la relación a la que se pretende que sirvan de garantía los bienes del otro cónyuge la que debería considerarse⁴²⁴.

Como vemos, la ausencia de una regulación específica de este problema puede originar un fraccionamiento del Derecho rector a las cuestiones vinculadas al matrimonio que no creo que sea deseable. Tal fraccionamiento resultaría especialmente problemático si supusiese la remisión a la ley nacional del cónyuge que haya contratado en lo que se refiere a las limitaciones de la capacidad de disposición derivadas del matrimonio. Vincular esta cuestión a lo que establezca la ley personal de cada uno de los cónyuges podría implicar que las limitaciones que operen sobre uno y otro no sean las mismas, lo que no es coherente con la legislación material de los diferentes Derechos, que mantiene, tal como hemos visto, una serie de reglas que quieren dotar de unidad a la comunidad de vida que surge del matrimonio⁴²⁵. La racionalidad de esta

⁴²³. Las limitaciones de disposición sobre los bienes comunes o sobre aquellos que son esenciales para el matrimonio, como la vivienda habitual o su mobiliario que se encuentran previstos en el Derecho español no son supuestos de incapacidad. No existe una limitación en la capacidad de uno de los cónyuges que deba ser completada por el otro, sino que se hace preciso el consentimiento de ambos para que la transmisión sea plenamente eficaz. De todas formas, el tercero de buena fe no se ve perjudicado por la ausencia de este consentimiento (art. 1320 del C.c.; *vid.* M^aP. Álvarez Olalla, *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, Pamplona, Aranzadi, 1996, pp. 458-472). De igual forma, en la regulación de la sociedad legal de gananciales se establece que los actos de disposición sobre bienes comunes realizados por el cónyuge a cuyo nombre figuren serán válidas (art. 1384; *vid.* sobre las distintas interpretaciones de este precepto N.I. Moralejo Imbernón, *Los actos de administración de bienes gananciales realizados por el cónyuge titular o poseedor*, Granada, Comares, 1998, pp. 7-243) y solamente se prevé la rescisión de los actos realizados por un cónyuge en fraude de los derechos de su consorte si el tercero actuó de mala fe (art. 1391; *vid.* sobre las relaciones entre este precepto y el art. 1384 del C.c. *ibidem.*, pp. 69-77). Solamente cabría encuadrar de una forma indubitable en el supuesto de hecho del art. 9.1 del C.c. aquellos supuestos en los que el matrimonio restringe la capacidad de obrar general de uno de los cónyuges; pero estos supuestos serán contrarios al orden público español, tal como se indica *infra*.

⁴²⁴. *Vid. supra* n. núm. 409. En materia contractual se admite generalizadamente que las consecuencias del incumplimiento vienen determinadas por la *lex contractus*.

⁴²⁵. La DGRN ha mantenido en alguna ocasión la aplicación de la ley personal del cónyuge para la determinación de las limitaciones a su capacidad de disposición sobre ciertos bienes derivadas del

solución se ve corroborada por el hecho de que la aplicación a las relaciones de los cónyuges con terceros del Derecho rector de los efectos del matrimonio es una opción seguida habitualmente en el Derecho comparado, si bien teniendo en cuenta la posibilidad de que se aplique otro Derecho cuando no resultaba previsible para el tercero el conocimiento del Derecho rector de los efectos⁴²⁶. Además, es la solución

matrimonio (*vid.* Res. de la DGRN de 14 de diciembre de 1981, *B.D. Aranzadi*, RJ 1981\5440). Se trata, sin embargo, de una solución que no resulta adecuada y que la propia DGRN ha rectificado con posterioridad (*vid.* la Res. de la DGRN de 13 de enero de 1999, *B.D. Aranzadi*, RJ 1999\46), cf. M.-A. Michinel Álvarez, “Inscripción registral de actos de disposición sobre bienes de una sociedad conyugal internacional”, *Derecho Registral Internacional. Homenaje a la memoria del profesor Rafael Arroyo Montero*, Madrid, Iprolex, 2003, pp. 237-246, pp. 240-241.

⁴²⁶. *Vid.* el art. 57 de la Ley Federal Suiza de DIPr.: “1. Les effets du régime matrimonial sur un rapport juridique entre un époux et un tiers sont régis par le droit de l’Etat dans lequel cet époux était domicilié au moment où ce rapport a pris naissance. 2. Toutefois, ces effets sont régis par le droit applicable au régime matrimonial si le tiers connaissait ou devait connaître ce droit au moment où le rapport juridique a pris naissance.” En este caso, la regla es la aplicación del Derecho del domicilio del cónyuge que ha contratado en atención a la protección del tráfico jurídico, si bien esta aplicación cede en beneficio del Derecho rector de los efectos en los supuestos en los que éste era conocido o debía ser conocido. La vinculación entre aplicación del Derecho rector de los efectos y conocimiento del mismo se encuentra también presente en el Derecho italiano. *Vid.* el art. 30.3 de la Ley italiana de DIPr.: “Il regime dei rapporti patrimoniali fra coniugi regolato da una legge straniera è opponibile ai terzi solo se questi ne abbiano avuto conoscenza o lo abbiano ignorato per loro colpa. Relativamente ai diritti reali su beni immobili, l’opponibilità è limitata ai casi in cui siano state rispettate le forme di pubblicità prescritte dalla legge dello Stato in cui i beni si trovano” (*vid.* sobre este precepto R. Clerici, “Articolo 30 (rapporti patrimoniali tra coniugi)”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1995, año XXXI, núm. 4, pp. 1061-1071, pp. 1070-1071). En este caso, se plantea únicamente la oponibilidad frente al tercero del régimen económico matrimonial, y no la posibilidad de que éste régimen sea utilizado por el tercero para beneficiarse de las extensiones de responsabilidad que pueda contener. En el Derecho alemán, la regla también es la aplicación a las relaciones de los cónyuges con terceros del Derecho rector de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, si bien se establecen supuestos de aplicación del Derecho alemán más beneficioso para el tercero en el caso de que el supuesto se encuentre vinculado con Alemania (*vid.* § 16 de la EGBGB: “1) Unterliegen die güterrechtlichen Wirkungen einer Ehe dem Recht eines anderen Staates und hat einer der Ehegatten seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland oder betreibt er hier ein Gewerbe, so ist § 1412 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechend anzuwenden, der fremde gesetzliche Güterstand steht einem vertragsmäßigen gleich. (2) Auf im Inland vorgenommene Rechtsgeschäfte ist §1357, auf hier befindliche bewegliche Sachen §1362, auf ein hier betriebenes Erwerbsgeschäft sind die §§1431, 1456 des Bürgerlichen Gesetzbuchs sinngemäß anzuwenden, soweit diese Vorschriften für gutgläubige Dritte günstiger sind als das fremde Recht.”). *Vid.* Ch. Von Bar, *Internationales Privatrecht*, t-II, Parte especial, Múnich, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1991, pp. 156-157; G. Kegel y K. Schurig, *Internationales Privatrecht*, Múnich, C.H. Beck, 2001, pp. 735-736. El Convenio de La Haya de 14 de marzo de 1978 sobre ley aplicable a los regímenes matrimoniales (en vigor para Austria, Francia, Luxemburgo, Países Bajos y Portugal) mantiene también esta solución (art. 9: “Los efectos del régimen matrimonial sobre una relación jurídica entre uno de los cónyuges y un tercero quedarán sometidos a la ley aplicable al régimen matrimonial en virtud del Convenio.” Sin embargo, el Derecho de un Estado contratante puede prever que la ley aplicable al régimen matrimonial no puede oponerse por uno de los cónyuges a un tercero cuando uno u otro tengan su residencia habitual en su territorio, a menos que: 1. Se hayan cumplido las condiciones de publicidad o de registro previstas por este Derecho, o 2. la relación jurídica entre los cónyuges y el tercero haya nacido cuando el tercero conocía o debía conocer la ley aplicable al régimen matrimonial. El Derecho del Estado contratante en que un inmueble se encuentre situado puede prever una regla análoga para las relaciones jurídicas entre un cónyuge y un tercero relativas a dicho inmueble. Todo cónyuge contratante tiene la posibilidad de especificar por medio de una declaración el alcance de los párrafos segundo y tercero del presente artículo.” (consultado en J.D. González Campos y A. Borrás Rodríguez (coord.), *op. cit.*, pp. 269-270). *Vid.* sobre esta cuestión E. Rodríguez Pineau, *op. cit.*, pp. 145-146. Más ampliamente, desde la perspectiva francesa, *vid.* G.

seguida por nuestra jurisprudencia, que no se ha cuestionado la incidencia del Derecho rector de los efectos del matrimonio en las relaciones que mantengan los cónyuges con terceros⁴²⁷. Ciertamente, será preciso que esta solución vaya acompañada de las previsiones adecuadas para los supuestos en los que el tercero no conocía ni debía conocer el Derecho rector de los efectos del matrimonio, cuestión de la que nos ocuparemos en el siguiente epígrafe; pero salvando este escollo, esta interpretación permite que la regulación de las relaciones jurídicas vinculadas al matrimonio sea fiel a su naturaleza, reflejando tanto la influencia de la comunidad que se establece con el matrimonio en las relaciones que establecen los cónyuges entre ellos o con terceros cuanto la autonomía de estas relaciones cuando no traen causa del vínculo matrimonial.

c) La incidencia de los convenios internacionales.

Esta interpretación del art. 9.2 del C.c. es coherente, tal como hemos visto, con el tenor literal del precepto y con la estructura del sistema autónomo de Derecho aplicable⁴²⁸; ahora bien, podría ser necesario realizar ciertas matizaciones cuando la relación que se ve afectada por el matrimonio se encuentra regida por un convenio internacional. El contenido obligatorio del convenio no puede ser alterado por las exigencias del Derecho autónomo de los Estados parte, por lo que en caso de existir alguna contradicción entre la solución que mantenemos y las exigencias convencionales no podríamos seguir manteniéndola para los supuestos cubiertos por el convenio.

En la práctica, los supuestos en los que pude producirse con más frecuencia la concurrencia de la ley rectora de los efectos y una norma de conflicto convencional competente para regular la relación jurídica que se verá afectada por el matrimonio serán aquellos en los que resulte aplicable el Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales. Tal como hemos visto, el matrimonio incide en las relaciones con terceros fundamentalmente limitando la eficacia de los actos de

Khairallah, “La loi du 28 octobre 1997: Questions de méthode”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1998, vol. 87, núm. 2, pp. 249-267, esp. pp. 265-266.

⁴²⁷. *Vid.*, por ejemplo, la STS (Sala 1^a) de 27 de febrero de 1998, *RAJ*, núm. 968. *Vid.* también la Sent. de la AP de Murcia 203/2001 (Sección 5^a), de 12 de septiembre de 2001, *B.D. Aranzadi*, JUR 2001\326507.

⁴²⁸. El supuesto de hecho de la norma (“efectos del matrimonio”) es la incidencia del matrimonio en otras relaciones o instituciones jurídicas no determinadas. Es, por tanto, el único precepto del sistema que tiene por objeto la regulación de la forma en que una institución afecta a otras. Esta especialidad del 9.2 implica que en el momento de determinar esta incidencia deberá tenerse en cuenta en primer lugar el Derecho designado por este precepto.

disposición que haya realizado alguno de los cónyuges sobre ciertos bienes o ampliando las garantías de las que disfruta el tercero en las deudas de las que sea acreedor respecto a un cónyuge. En definitiva, afectando a las relaciones contractuales que los cónyuges puedan establecer entre ellos o con terceros. De acuerdo con el esquema de relaciones entre el Derecho rector de los efectos y la ley rectora de la relación que aquí se mantiene, la forma en que el matrimonio incide en el contrato debería determinarse por el Derecho rector de los efectos del matrimonio, y no por la *lex contractus*. Esto implica que las limitaciones en la capacidad de disposición de los bienes comunes o de aquellos que están destinados a satisfacer las necesidades básicas de los cónyuges previstas por el Derecho rector del contrato deberán ser consideradas, pese a que no se encuentren previstas en el Derecho rector del contrato de que se trate. Además, las consecuencias que prevé la ley de los efectos para los supuestos de vulneración de las limitaciones de disponer deberían también ser aplicadas, con independencia de las previsiones que contuviese la *lex contractus*. Así, por ejemplo, siendo la ley rectora de los efectos la ley española, si se produce la disposición sobre la vivienda habitual del matrimonio por parte del cónyuge que es su titular sin contar con el consentimiento del otro cónyuge debería aplicarse lo previsto en los arts. 1320 y 1322 del C.c., pudiendo el cónyuge que no prestó su consentimiento anular el contrato, pese a que el Derecho rector del contrato no prevea esta posibilidad⁴²⁹.

Esta solución, en los casos en los que la *lex contractus* venga determinada por el Convenio de Roma podría suponer el desconocimiento de las previsiones convencionales, de acuerdo con las cuales la validez del contrato y las consecuencias de la nulidad del mismo se rigen por el Derecho designado por el Convenio de Roma⁴³⁰. De esta forma, la interpretación que hemos mantenido no podría operar en los supuestos regulados por este Convenio. Ahora bien, resulta dudoso que supuestos como estos estén incluidos en el ámbito de aplicación de dicho Convenio. Su art. 1 excluye de su ámbito de aplicación material las obligaciones contractuales relativas a los regímenes matrimoniales y también “los derechos y deberes derivados de relaciones de familia, de

⁴²⁹. *Vid.*, sin embargo, la STS (Civil), de 19 de noviembre de 1997 (*RAJ*, 1997\7978), que afirmó que el art. 1322 del C.c. solamente resulta aplicable a los matrimonios que se encuentran en régimen de gananciales, por lo que parece excluir su aplicación en relación con el art. 1320 del C.c.

⁴³⁰. Arts. 8 (existencia y validez del contrato y sus disposiciones) y 10.1.e) (consecuencias de la nulidad del contrato) del Convenio; el art. 10.1.e) puede ser objeto de reserva por parte de los Estados contratantes, reserva que ha sido realizada por Italia y el Reino Unido. *Vid.* R. Plender, *The European Contracts Convention. The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts*, Londres, Sweet & Maxwell, 1991, pp. 176-177; *vid.* también A. Kassis, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, París, L.G.D.J., 1993, pp. 420-422.

parentesco, de matrimonio o de afinidad, incluidas las obligaciones de dar alimentos, respecto a los hijos no matrimoniales”⁴³¹. En principio, esta exclusión debería limitarse a las relaciones entre cónyuges que estuviesen vinculadas directamente al matrimonio, tal como se ha interpretado en relación con la exclusión similar que encontramos en el art. 1 del CB/CL y del Reglamento 44/2001, operando la regulación convencional respecto a aquellos contratos que, aunque realizados en el ámbito familiar, no tuvieran como causa la especial comunidad de vida que surge del matrimonio. No es ésta, sin embargo, la interpretación que se ha seguido de estas exclusiones, sino que se han entendido incluidas en ellas todos aquellos supuestos que queden afectados por la normativa estatal en materia de familia o regímenes matrimoniales⁴³². Se trata de una interpretación que impide una aplicación uniforme del Convenio, pero que respeta los grupos normativos, favoreciendo la coherencia en la regulación de las situaciones que estén afectadas en cada ordenamiento por el Derecho de familia⁴³³. A los efectos que aquí nos interesan, esta interpretación del art. 1 implica que no existe ningún inconveniente en extender a los supuestos regidos por el Convenio de Roma la articulación entre el Derecho rector de los efectos del matrimonio y de las relaciones jurídicas afectadas por este Derecho que hemos realizado en los párrafos anteriores. Así, también en estos casos la incidencia que pueda desplegar en la regulación contractual la normativa específicamente matrimonial será determinada por el Derecho rector de los efectos. Ahora bien, esto no implica que el contrato afectado por la normativa familiar quede excluido del ámbito de aplicación del Convenio. Pese a que estrictamente la lectura del art. 1 en esta clave implicaría la inaplicación del Convenio de Roma a los contratos que estuviesen afectados por la regulación estatal del Derecho de familia, una exclusión tan amplia no resultaría justificada, por lo que debería mantenerse que el régimen del contrato fuese el determinado por el Derecho designado por el Convenio, admitiéndose, de acuerdo con lo que hemos visto, que la incidencia del matrimonio sobre este régimen operará de acuerdo con lo que establezca el Derecho rector de los efectos del matrimonio⁴³⁴.

⁴³¹. La exclusión del ámbito de aplicación de las cuestiones relativas a la capacidad (con la excepción de la regulación contenida en el art. 11 del Convenio) no es relevante a nuestros fines pues, como hemos visto, la exigencia de que la eficaz disposición sobre determinados bienes requiera el consentimiento de ambos cónyuges no es propiamente una cuestión de capacidad.

⁴³². Cf. P. Jiménez Blanco, “El Derecho aplicable a las donaciones”, *loc. cit.*, pp. 70-72.

⁴³³. *Ibidem.*, p. 71.

⁴³⁴. Vid. un acercamiento similar en relación con las donaciones en P. Jiménez Blanco, “El Derecho aplicable a las donaciones”, *loc. cit.*, p. 72.

C) Publicidad del régimen económico matrimonial.

a) La necesidad de proteger la seguridad del tráfico.

De acuerdo con lo que se ha expuesto en el epígrafe anterior, puede mantenerse en nuestro sistema que la forma en que el matrimonio afecta a las relaciones con terceros se determinará por la ley designada por el art. 9.2 del C.c. Se trata de una interpretación que, tal como hemos visto, presenta indudables ventajas, pero no puede desconocerse que, en determinadas circunstancias puede suponer algunos riesgos para la seguridad del tráfico. Ello es debido a que obliga al tercero a tener en cuenta el Derecho rector de una relación que, en principio, le es ajena como es la relación conyugal. En buena lógica, la imposición al tercero que contrata con un cónyuge de la carga de conocer cuál es el Derecho rector de los efectos del matrimonio y el contenido de éste no debería operar de una manera incondicionada, y muestra de ello son las cautelas con las que se dotan en este aspecto los ordenamientos que han incluido esta solución en su sistema de DIPr.⁴³⁵. En el Derecho español solamente encontramos una previsión conflictual específica sobre esta cuestión en el sistema de Derecho interregional, en concreto, en el art. 16 del C.c., que establece la inoponibilidad del derecho expectante de viudedad frente al adquiriente oneroso de buena fe siempre que se den cumulativamente tres circunstancias: que el contrato tenga por objeto un inmueble que no esté situado en un territorio donde se reconozca este derecho; que haya realizado el contrato fuera del territorio que reconoce el derecho expectante de viudedad y que no se haya hecho constar el régimen económico matrimonial del transmitente⁴³⁶. La regulación de la dimensión externa del sistema de DIPr. no incluye ninguna previsión específica sobre esta cuestión; por lo que la protección de terceros solamente podrá venir determinada por la previsión de la inscripción de las capitulaciones matrimoniales y el régimen económico del matrimonio legalmente aplicable en los Registros Civil, de la Propiedad y Mercantil. En principio, también podría mantenerse la utilización en este ámbito la figura de la excepción del interés nacional, de acuerdo con la cual deberá ser considerado capaz aquél contratante que lo sea de acuerdo con el Derecho del lugar en

⁴³⁵. *Vid.* sobre el problema de la protección de terceros en la contratación con los cónyuges, E. Rodríguez Pineau, *op. cit.*, pp. 135-165.

⁴³⁶. El Derecho expectante de viudedad se reconoce en el Derecho civil aragonés (arts. 76 a 78 de la Compilación; arts. 97 a 100 de la Ley aragonesa 2/2003). *Vid.* M.^aE. Zabalo Escudero, *op. cit.*, pp. 137-139 y referencias ahí contenidas.

el que ha contratado, pese a que no lo sea según el Derecho que haya de regular su capacidad con carácter general⁴³⁷. Dado que, al menos en algunos sistemas, el matrimonio puede suponer una limitación de capacidad de alguno de los cónyuges (normalmente, la mujer), resultaría posible la utilización de esta excepción para considerar capaz al cónyuge que haya contratado en un Estado en el que no se prevea ninguna incapacidad derivada del matrimonio, pese a que tal limitación de la capacidad sí exista en el Derecho rector de los efectos del matrimonio. En la práctica, sin embargo, no se llegará a recurrir a esta figura toda vez que las limitaciones de la capacidad que se deriven del matrimonio habrán de considerarse contrarias al orden público y, por tanto, inaplicables por las autoridades españolas⁴³⁸.

Dada, por tanto, la falta de utilidad de la excepción del interés nacional para proteger en estos supuestos la seguridad del tráfico jurídico, ésta deberá descansar en las publicidad del régimen económico matrimonial, y de la existencia misma del matrimonio. En los supuestos internos esta publicidad se conseguirá, fundamentalmente, a través de los Registros Civil, Mercantil e Hipotecario, ya que en todos ellos pueden constar indicaciones sobre el régimen de bienes del matrimonio⁴³⁹. En los supuestos heterogéneos la situación es algo más compleja, toda vez que no todos los matrimonios acceden a los Registros españoles. Así, en el Registro Civil español

⁴³⁷. En el DIPr. autónomo español la excepción del interés nacional viene regulada en el art. 10.8 del C.c. En el Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales también se regula esta figura (art. 11). Además, los arts. 98.2 y 162.2 de la Ley cambiaria y del cheque recogen también esta figura (*cf.* E. Rodríguez Pineau, *op. cit.*, p. 139, n. núm. 291). Para una referencia a la importante bibliografía existente en relación con la excepción del interés nacional me remito a las referencias contenidas en mis trabajos “*La lex societatis en el Derecho de las sociedades internacionales*”, *DN*, año 7, núms. 70/71, pp. 11-26, p. 20, y *Registro Mercantil y Derecho del comercio internacional*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2000, pp. 276-284.

⁴³⁸. Deben distinguirse de las incapacidades las limitaciones de disposición sobre determinados bienes que se derivan del matrimonio y a las que nos hemos referido en el apartado II.1 de este trabajo; frente a estas limitaciones no puede operar la excepción del interés nacional, *cf.* E. Rodríguez Pineau, *op. cit.*, p. 141.

⁴³⁹. Los matrimonios han de ser inscritos en el Registro Civil (art. 61 del C.c.), sin que se reconozcan plenamente sus efectos hasta que se produce esta inscripción (sobre la inscripción, *vid.* los arts. 69 a 80 de la LRC y 255 a 259 del RRC). En el Registro civil constarán también las capitulaciones o pactos que afecten al régimen económico del matrimonio (art. 1333 del C.c., art. 17 del Código de Familia de Cataluña, art. 77 de la LRC y art. 266 del RRC); presumiéndose, en caso de ausencia de capitulaciones que el régimen económico del matrimonio es el legal que le corresponda (más adelante examinaremos las dificultades para la concreción de esta presunción). En el RRM (art. 92) se establece que en la inscripción del comerciante individual casado ha de constar “el régimen económico del matrimonio legalmente aplicable o el que resulte de capitulaciones otorgadas e inscritas en el Registro Civil”. El precepto legal del que trae causa, el art. 22. del C.de c., prevé la inscripción en la hoja abierta a cada empresario individual de las capitulaciones matrimoniales, así como las sentencias firmes en materia de nulidad, de separación y divorcio. Por su parte, en el Registro de la Propiedad constarán las capitulaciones que se refieran a bienes inmuebles o derechos reales determinados (arts. 1333 del C.c. y 75 del RH). Sobre la inscripción de las transmisiones de bienes afectos a la sociedad conyugal en el Registro de la Propiedad, *vid.* M.-A. Michinel Álvarez, “Inscripción registral...”, *loc. cit.*, pp. 243-245.

solamente constarán los matrimonios en los que al menos uno de los cónyuges sea nacional español y los matrimonios celebrados en España⁴⁴⁰. En el Registro Mercantil, en cambio, habrá de indicarse el régimen económico matrimonial del comerciante inscrito, aunque el matrimonio no conste en el Registro Civil español⁴⁴¹. En el Registro de la Propiedad, habrán de figurar los pactos relativos a inmuebles y derechos reales que se encuentren inscritos en este Registro⁴⁴². Hemos de tener en cuenta, además, que, excepto en lo que se refiere al Registro Mercantil, en los Registros españoles no figurará el régimen económico matrimonial o el Derecho rector de los efectos del matrimonio, sino únicamente los pactos relativos a este régimen.

b) La publicidad del régimen económico matrimonial en los diferentes Registros públicos.

En el Derecho español no existe, fuera del ámbito mercantil, una publicidad directa del Derecho rector de los efectos del matrimonio y, por tanto del régimen económico matrimonial. Esta falta de previsión puede perjudicar la seguridad del tráfico, toda vez que el tercero a través de la consulta del Registro Civil o del Registro de la Propiedad solamente podrá verificar, en su caso, la inexistencia de pactos que alteren el régimen legal o la forma en que éste se ve afectado por las capitulaciones que allí consten. La determinación del Derecho rector de los efectos del matrimonio solamente podrá hacerse mediante la proyección sobre el supuesto de que se trate de la previsión del art. 9.2 del C.c. De esta forma, si los cónyuges tienen ambos la misma ley

⁴⁴⁰. Art. 15 de la LRC, *vid.* E.M. Rodríguez Gayán, *Derecho registral civil internacional*, Madrid, Eurolex, 1995, pp. 148-149. También constarán en el Registro español las capitulaciones matrimoniales otorgadas en España o por españoles, por lo que podría suceder que un matrimonio que no consta en el Registro Civil español por no ser español ninguno de los cónyuges ni haberse celebrado en España accede a nuestro Registro para servir de soporte a una capitulación matrimonial otorgada en España (art. 15, apartado 2 de la LRC: “En todo caso se inscribirán los hechos ocurridos fuera de España, cuando las correspondientes inscripciones deban servir de base a inscripciones marginales exigidas por el Derecho español.”). *Vid.* Mª.P. Diago Diago, *op. cit.*, p. 448.

⁴⁴¹. Así en el caso de comerciante extranjero domiciliado en España y que ha contraído matrimonio en el extranjero con un extranjero, *vid.* R. Arenas García, *Registro Mercantil...*, *op. cit.*, p. 73.

⁴⁴². Art. 75 del RH. La competencia territorial del Registro de la Propiedad español se extiende a todos los inmuebles que se encuentren en España (art. 1.2 de la LH y art. 2 del RH). De acuerdo con el art. 266 del RRC resultará obligada la previa inscripción en el Registro Civil de las capitulaciones matrimoniales para que puedan ser inscritas en el Registro de la Propiedad. Ahora bien, en los supuestos en los que el matrimonio no conste inscrito en el Registro Civil español y, en cambio, el bien inmueble se ubique en nuestro país debería flexibilizarse la regla, admitiendo la inscripción en el Registro de la Propiedad a partir de la certificación del Registro extranjero o de los documentos públicos en los que consten las capitulaciones. Esta solución flexibilizadora es la misma que hemos defendido respecto a la constancia en el Registro Mercantil de las capitulaciones del comerciante extranjero domiciliado en España (*vid.* n. anterior).

personal en el momento de la celebración del matrimonio el Derecho rector de los efectos del matrimonio no será otro que el determinado por esta ley personal común. En este supuesto, la inscripción del matrimonio en el Registro civil puede ser de utilidad para el tercero, ya que en ella constará la nacionalidad de los contrayentes⁴⁴³, por lo que, en caso de coincidir, la determinación del Derecho rector de los efectos podrá hacerse directamente mediante la consideración del art. 9.2 del C.c. y la inscripción registral. Las dificultades en la concreción de este Derecho aumentan cuando no existe esta coincidencia entre la ley personal de los contrayentes en el momento de la celebración del matrimonio. En este caso, el Derecho rector será el de la primera residencia del matrimonio, en caso de que no se haya producido una elección de este Derecho rector por parte de los cónyuges, o el Derecho elegido por estos en los límites establecidos por el C.c. En principio, si existe un pacto de elección de Derecho éste debería acceder al Registro Civil⁴⁴⁴. En caso de que se haya realizado este pacto y no conste en el Registro, el tercero de buena fe debería poder preveralse del contenido de éste, sin que le fuera oponible el Derecho elegido por los cónyuges en documento que no hubiese accedido al Registro Civil. Ante la ausencia de este pacto, o en el caso de que no haya sido inscrito y el tercero lo sea de buena fe, será el Derecho de la primera residencia común del matrimonio el que determinará el Derecho rector de los efectos del matrimonio. Se trata de un dato que no consta en la inscripción del matrimonio en el Registro Civil⁴⁴⁵; por lo que el tercero no podrá servirse de éste para determinar el régimen económico del matrimonio. Si consta en el Registro, en cambio, el lugar de celebración del matrimonio, dato que permite identificar el Derecho rector de los efectos en el caso de que no exista una residencia común de los cónyuges inmediatamente posterior a la celebración.

⁴⁴³. En el siguiente apartado examinaremos las dificultades relativas a la publicidad de la vecindad civil de los cónyuges, dato que resultará relevante para determinar el Derecho español rector de los efectos del matrimonio en los supuestos internos heterogéneos.

⁴⁴⁴. El art. 1333 del C.c. no limita la publicidad registral a las capitulaciones matrimoniales, sino que lo extiende a “los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico del matrimonio”. Por su parte, el art. 266 del RRC prevé que “en las inscripciones que, en cualquier otro Registro, produzcan las capitulaciones y demás hechos que afecten al régimen económico se expresará el Registro Civil, tomo y folio en que consta inscrito o indicado el hecho”. *Vid.* M.P. Diago Diago, *op. cit.*, pp. 420 y ss. *Vid.* también el art. 17.2 del Código de Familia de Cataluña que establece la inoponibilidad frente a terceros de las capitulaciones, pactos, resoluciones judiciales y otros hechos que afecten o modifiquen el régimen económico matrimonial mientras no consten en el Registro Civil..

⁴⁴⁵. *Vid.* art. 69 de la LRC:”La inscripción hace fe del acto del matrimonio y de la fecha, hora y lugar en que se contrae”. *Vid.* también la Orden de 24 de diciembre de 1958 por la que se dan distintas normas concernientes a la puesta en vigor de la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957 (*B.O.E.*, 19-I-59) y el modelo que contiene de inscripción de matrimonio (modelo núm. 2).

Pese a que tanto la nacionalidad como la elección del Derecho rector del matrimonio que hayan podido realizar los cónyuges antes de la celebración como el lugar de celebración del matrimonio constan en el Registro Civil, la ausencia de la indicación sobre la primera residencia del matrimonio hace disminuir sensiblemente la eficacia de esta oficina para garantizar la información al tercero sobre los efectos del matrimonio. *De lege ferenda* resultaría aconsejable que se modificase la regulación registral con el fin de que en la inscripción del matrimonio figurase también este dato. La simple declaración de los cónyuges sobre este extremo debería resultar suficiente para que pudiese constar en el Registro Civil. De esta forma, y pese a que éste no publicaría explícitamente el Derecho rector de los efectos del matrimonio, ofrecería los elementos necesarios para que el tercero pudiese determinar tal Derecho a partir de los datos que ofrece el Registro. Entretanto, deberemos limitarnos a constatar que solamente en determinados supuestos resultará posible que el tercero se aproveche del Registro para identificar de una forma segura el Derecho rector de los efectos del matrimonio, en concreto, en aquellos supuestos en los que los cónyuges tengan la misma nacionalidad o hayan pactado la elección de la ley personal o de la residencia de cualquiera de ellos como Derecho rector de los efectos del matrimonio, habiendo solicitado la constancia registral de este dato.

La publicidad que ofrece el Registro Mercantil es más precisa que la del Registro Civil; toda vez que aquí ya no se trata de hacer constar los actos que permitirán determinar el Derecho rector de los efectos del matrimonio, sino, directamente, publicar el régimen económico matrimonial del comerciante⁴⁴⁶. En los supuestos que no presenten elementos de heterogeneidad la concreción de este régimen legal resultará sencilla, pues ante la ausencia de capitulaciones el régimen económico del matrimonio será el legalmente previsto (gananciales o separación de bienes según el Derecho con el que el supuesto presente todos sus vínculos); ahora bien, en los supuestos heterogéneos no resultará tan sencilla esta determinación, toda vez que el Registrador Mercantil deberá determinar, a la luz de los datos que le aporte el comerciante individual que solicita la inscripción, cuál es el Derecho rector de los efectos del matrimonio. De acuerdo con el art. 93 del RRM, la determinación de este régimen económico

⁴⁴⁶. Art. 92 del RRM: “Cuando se trate de personas casadas, la inscripción primera expresará, además de las circunstancias del artículo 90, las siguientes: 1º La identidad del cónyuge. 2º La fecha y lugar de celebración del matrimonio y los datos de su inscripción en el Registro Civil. 3º El régimen económico del matrimonio legalmente aplicable o el que resulte de capitulaciones otorgadas e inscritas en el Registro Civil.”

matrimonial se realizará a partir de la declaración que efectue el propio comerciante⁴⁴⁷. Si existen capitulaciones matrimoniales, éstas no podrán constar en el Registro Mercantil si previamente no se han inscrito en el Registro Civil⁴⁴⁸. La calificación de la legalidad del contenido del Registro que debe realizar el Registrador⁴⁴⁹ le ha de permitir, sin embargo, cuestionar la declaración que haya realizado el comerciante si existen elementos que permitan concluir que el régimen económico del matrimonio es distinto al declarado⁴⁵⁰.

c) Limitaciones de la publicidad registral en el ámbito internacional.

Tal como hemos visto, la competencia de los Registros Civil, de la Propiedad y Mercantil no es coincidente en los supuestos heterogéneos; esto es, puede resultar posible o necesaria la publicidad del régimen económico matrimonial de comerciantes inscritos en el Registro Mercantil español, pero cuyo matrimonio no figura en nuestro Registro Civil, al igual que pueden constar en el Registro Civil español matrimonios en el que alguno de los cónyuges es comerciante; aunque no quepa inscribirlo en el Registro Mercantil de nuestro país. Finalmente, el Registro de la Propiedad ofrecerá la publicidad de las capitulaciones matrimoniales que afecten a inmuebles sitos en España, con independencia del Estado en el que se encuentre inscrito el matrimonio. Estas faltas de adecuación en el ámbito competencial de cada Registro no son muestra de ningún defecto en la articulación del sistema; pues los principios inspiradores de cada uno de estos Registros son diferentes. Así, en el caso del Registro Civil, la delimitación de su ámbito competencial a partir de la nacionalidad (española) de las personas a las que se refiere la inscripción o por ser España el lugar en el que ha acaecido el hecho que ha de inscribirse es coherente con la naturaleza de los actos del estado civil que acceden a él. En el caso del Registro Mercantil, la competencia se determina por el domicilio en España del comerciante, con independencia de su nacionalidad, lo que también se

⁴⁴⁷. De acuerdo con el art. 93.1 del RRM: “La inscripción primera del empresario individual así como la apertura y cierre de sucursales se practicarán en virtud de declaración dirigida al Registrador, cuya firma se extienda o ratifique ante él o se halle notarialmente legitimada.” Ya hemos visto que el régimen económico del matrimonio del comerciante ha de constar en la primera inscripción del comerciante.

⁴⁴⁸. Cf. C. Sanciñena Asurmedi, *op. cit.*, p. 82. Se trata de una regla, que, tal como veremos inmediatamente, ha de flexibilizarse en los supuestos internacionales.

⁴⁴⁹. Vid. art. 18.2 del C. de c. y 6 del RRM.

⁴⁵⁰. Así será, por ejemplo, en el caso de que ambos cónyuges ostentan una misma nacionalidad y, sin embargo, se afirma que su régimen económico matrimonial se rige por un Derecho distinto al de su ley personal común.

muestra coherente con las finalidades de este Registro⁴⁵¹. Por último, el Registro de la Propiedad, por su propia naturaleza, está destinado a ofrecer publicidad de los derechos reales relativos a los inmuebles situados en España, con independencia de las circunstancias personales de los titulares de tales Derechos.

Esta falta de coincidencia entre los respectivos ámbitos de competencia de los distintos Registros, con ser lógica, no deja de ser fuente de algunos problemas en los supuestos heterogéneos. Así, la publicación de capitulaciones matrimoniales en los Registros de la Propiedad y Mercantil exige la previa inscripción en el Registro Civil⁴⁵². Se trata, sin embargo, de una previsión que no tiene en cuenta los supuestos pluriconectados, por lo que no creo imposible realizar una interpretación flexible de la misma y reducir su ámbito de aplicación a aquellos supuestos en los que las capitulaciones deban constar en el Registro Civil español, pudiendo realizarse la correspondiente indicación en los Registros Mercantil y de la Propiedad a partir de otros documentos en los casos en los que ni los cónyuges sean españoles ni el matrimonio se haya celebrado en España⁴⁵³. Este documento habrá de ser el certificado del Registro extranjero donde conste la capitulación de que se trate y sólo excepcionalmente, para los casos en los que tales capitulaciones no puedan acceder a ningún Registro, debería ser posible la inscripción en el Registro español a partir del documento público en el que se hayan realizado. En caso de que no consten en documento público no resultará posible

⁴⁵¹. *Vid.* R. Arenas García, *Registro Mercantil...*, *op. cit.*, pp. 59-61.

⁴⁵². Art. 266 del RRC: "... En las inscripciones que, en cualquier otro Registro, produzcan las capitulaciones y demás hechos que afecten al régimen económico se expresará el Registro Civil, tomo y folio en que consta inscrito o indicado el hecho. Se acreditarán los datos exigidos por certificación, por el Libro de Familia o por la nota a que se refiere el párrafo anterior, y de no acreditarse se suspenderá la inscripción por defecto subsanable." Se trata también de una previsión lógica que pretende evitar que dos Registros españoles ofrezcan una publicidad legal diferenciada. Hay que tener en cuenta que en el ordenamiento español se presume la realidad de lo que figura tanto en el Registro Civil (art. 327 del C.c.) como en el Registro Mercantil (arts. 20 del C. de c. y 7 y 8 del RRM) como en el Registro de la Propiedad (art. 606 del C.c.); presunción que va acompañada de la inoponibilidad a los terceros de buena fe de los actos sujetos a inscripción que no han accedido al Registro (*cf.* en relación con el tema que nos ocupa MªP. Diago Diago, *op. cit.*, p. 421; *vid.* art. 77.2 de la LRC). Si no se tuviera la cautela de exigir la previa constancia en el Registro Civil de las capitulaciones matrimoniales que han de figurar también en el Registro Mercantil o de la Propiedad podría darse la concurrencia de varios terceros de buena fe que pudiesen ampararse en las presunciones divergentes de Registros diferentes. Las dificultades que plantea la posibilidad de esta contradicción han sido minimizadas por la jurisprudencia, que ha mantenido la oponibilidad de las capitulaciones otorgadas por un comerciante e inscritas en el Registro Civil, pese a no constar en el Registro Mercantil (*vid.* STS (Sala 1^a) de 6 de junio de 1994, *R.A.J.*, núm. 4585, *cf.* C. Sanciñena Asurmendi, *op. cit.*, p. 82, n. núm. 202). Se trata de una solución discutible, pues no existe ninguna jerarquía entre ambos Registros, por lo que no existen razones para hacer primar la publicidad que ofrece un Registro sobre la que proporciona el otro. Tampoco resulta posible justificar esta prevalencia en la voluntariedad de la inscripción del comerciante individual (*vid.* C. Sanciñena Asurmendi, *op. cit.*, p. 81; MªP. Diago Diago, *op. cit.*, pp. 439-440), ya que si bien queda a la voluntad del comerciante individual solicitar o no su inscripción en el Registro Mercantil, esto no implica que sea disponible el contenido de la inscripción una vez solicitada ésta.

⁴⁵³. *Vid.* R. Arenas García, *Registro Mercantil...*, *op. cit.*, pp. 73-75.

el acceso ni al Registro Mercantil ni al de la Propiedad; ya que en ambos se exige la titulación pública para poder acceder a la publicidad registral⁴⁵⁴. En cualquier caso, al tercero de buena fe no han de serle oponibles las capitulaciones que afecten al régimen matrimonial y que no consten en la inscripción del comerciante individual en el Registro español ni tampoco las que afecten a bienes inscritos en el Registro de la Propiedad español y que no figuren en este último⁴⁵⁵. Esta falta de oponibilidad debería extenderse al pacto de elección del Derecho aplicable a los efectos del matrimonio previsto en el art. 9.2 del C.c. Si se da el caso de dos terceros que han obrado uno de acuerdo con lo publicado en el Registro español y otro confiado en el contenido de un Registro extranjero no quedará más remedio que admitir que la determinación de cuál de las dos previsiones prevalecerá dependerá del foro que conozca del asunto, pues no es previsible que un Juez español desconozca la publicidad que se deriva de un Registro español en atención a lo publicado en un Registro extranjero⁴⁵⁶.

Gran parte de los problemas que hemos señalado hasta el momento en relación con la publicidad del régimen económico matrimonial se resolverían si en nuestro país existiese un Registro especial en materia de regímenes matrimoniales, tal como existe en otros países⁴⁵⁷. Un Registro de este tipo facilitaría al tercero la consulta del régimen económico matrimonial de aquellas personas con las que se contrata, garantizando de esta forma la seguridad del tráfico jurídico⁴⁵⁸. Conviene destacar, sin embargo, que estas propuestas no se han realizado partiendo de las dificultades específicas del tráfico jurídico internacional, sino con el objetivo de limitar las dificultades que se derivan para la seguridad jurídica de la posibilidad de que los cónyuges concluyan capitulaciones matrimoniales que alteren el régimen económico matrimonial legal. De esta forma, este Registro se configura realmente como un mecanismo de publicidad de las

⁴⁵⁴. Art. 18 del C. de c. para el Registro Mercantil, art. 3 de la LH para el Registro de la Propiedad. Sobre el acceso de los documentos extranjeros al Registro Mercantil español, *vid.* R. Arenas García, *Registro Mercantil..., op. cit.*, pp. 193-194 y 384-392.

⁴⁵⁵. La inoponibilidad de los actos sujetos a inscripción y no inscritos se encuentra prevista en el art. 21 del C.c. y 9 del RRM. Tal como acabamos de ver (*supra*, n. núm. 439), el hecho de que la inscripción del comerciante individual sea potestativa no implica que, una vez efectuada ésta, no resulte obligada la constancia de todos los extremos relativos a dicha inscripción y previstos en la legislación mercantil. Para el Registro de la Propiedad, *vid.* el art. 606 del C.c.

⁴⁵⁶. *Vid.* R. Arenas García, *Registro Mercantil..., op. cit.*, pp. 75-76.

⁴⁵⁷. Cf. Mº.P. Diago Diago, *op. cit.*, pp. 441-448; E. Rodríguez Pineau, *op. cit.*, p. 147. *Vid.* en Alemania los §§ 1558 a 1563 del BGB. En Suiza *vid.* el Reglamento sobre el registro de los bienes matrimoniales, de 27 de septiembre de 1910 (www.admin.ch/ch/i/rs/211_214_51/index.html).

⁴⁵⁸. Cf. Mº.P. Diago Diago, *op. cit.*, p. 426. *Vid. ibidem*, pp. 426-431 sobre las propuestas que se han planteado en nuestro país para la creación de este Registro.

capitulaciones matrimoniales y no de los regímenes matrimoniales o del Derecho rector de los efectos del matrimonio⁴⁵⁹. Se trata de una propuesta, por tanto, excesivamente reduccionista, sobre todo si tenemos en cuenta que España es un Estado plurilegalitivo donde, con frecuencia, no es fácil la determinación de cuál es el Derecho español rector de los efectos del matrimonio⁴⁶⁰. En estas circunstancias, la publicidad a través de un Registro público del Derecho rector de los efectos del matrimonio puede presentar importantes ventajas.

Si admitimos, por tanto, que el Registro de que se trate no ha de limitarse a informar de las capitulaciones matrimoniales que hayan podido otorgar los cónyuges, sino que también debe extender su función a la de publicar el Derecho rector del matrimonio el Registro; podría resultar útil explorar las posibilidades de utilizar a estos efectos la publicidad del matrimonio que ofrece el Registro Civil. Ya hemos señalado cómo la publicidad del Derecho rector de los efectos del matrimonio podría deducirse del contenido de la inscripción de éste si, simplemente, se añadiera a ésta la indicación de cuál es la primera residencia del matrimonio, constancia que podría realizarse a partir de la declaración de los propios cónyuges. Para que el Registro pudiese cumplir esta misma función en los supuestos internos se haría preciso que en la inscripción del matrimonio figurase también la vecindad civil de los contrayentes, que podría obtenerse también mediante la declaración de los contrayentes⁴⁶¹. La información completa sobre

⁴⁵⁹. *Vid.* las propuestas en este sentido del Congreso Nacional de Derecho Civil de Zaragoza de octubre de 1946 y las enmiendas presentadas para una nueva redacción del art. 1322 del C.c. durante los debates parlamentarios de la Ley 14/75, de 2 de mayo de 1975 (M.^a.P. Diago Diago, *op. cit.*, pp. 426-427).

⁴⁶⁰. *Vid.* la Sent. de la AP de Palma de Mallorca (Sección 4^a) de 23 de diciembre de 1994 (*RGD*, 1995, año LI, núm. 615, pp. 14.434-14.437; *REDI*, 1996, vol. XLVIII, núm. 2, pp. 302-303; “Nota” de R. Arenas García, *ibid.*, pp. 303-306). Con frecuencia estos problemas se derivan de la dificultad de determinar la vecindad civil de los individuos. Así, se ha producido algunas dudas en supuestos en lo que tras haber adquirido determinada vecindad por la residencia de dos años acompañada de la declaración de voluntad de adquisición se ha pretendido que el individuo en cuestión había adquirido la vecindad civil del territorio en el que había residido durante diez años sin haber realizado la declaración de no desechar adquirir dicha vecindad. *Vid.* STSJ de Cataluña de 13 de mayo de 1999 (*RAJ*, 2000\8027) y referencias allí contenidas. *Vid.* la nota a esta sentencia de A. Font Segura (*REDI*, 1999, vol. LI, núm. 2, pp. 769-773). *Vid.* también la Sent. de la A.P. de Barcelona (Sección 18^a), de 5 de octubre de 2001 [*RJC (Jurisprudencia)*, 2002-I, pp. 313-314]; la Sent. de la A.P. de Lleida 96/1999 (Sección 1^a), de 17 de junio de 1999 (*B.D. Aranzadi*, AC 1999\7132); y la Sent. de la AP de Barcelona (Sección 12^a), de 3 de abril de 2002 (*B.D. Aranzadi*, JUR 2002\153152). Estas dificultades han llevado a que la jurisprudencia admita que sea la propia manifestación de los litigantes la que permita concretar en el proceso su vecindad civil (*vid.* I. Ribas Algueró, *La vecindad civil: problemática en torno a sus régimen jurídico y a su prueba*, Barcelona, Bosch, 1984, pp. 272-275). Esta es una vía que, sin embargo, implica el riesgo de convertir una cuestión de Derecho en un problema fáctico, tal como sucedió en el caso resuelto por la Sent. de la A.P. de Mallorca de 23 de diciembre de 1994 y, en el ámbito de las sucesiones, en la STSJ de Galicia de 5 de febrero de 2001 (*RAJ*, 2001\6530). *Vid.* una aproximación diferente en la STSJ de Navarra de 3 de marzo de 1994 (*RAJ*, 1994\2115).

⁴⁶¹. Como es sabido, la vecindad civil originaria no consta en el Registro Civil (*cf.* J. Pere Raluy, *Derecho del Registro Civil*, Madrid, Aguilar, 1962, vol. 2, p. 643; F. Luces Gil, *Derecho registral civil*,

el Derecho rector de los efectos del matrimonio y el régimen económico matrimonial de los cónyuges aún exigiría que en este Registro se incluyese la publicación de los acuerdos entre los cónyuges y las capitulaciones matrimoniales que pudiesen alterar este régimen. Se trata de una constancia que ya se encuentra prevista en la regulación del Registro Civil, por lo que no debería plantear ningún problema la utilización de este Registro para dotar de publicidad al régimen económico del matrimonio.

Así pues, bastaría con prever la indicación en la inscripción del matrimonio de la primera residencia del matrimonio y de la vecindad civil de los cónyuges para que el Registro Civil, con su configuración actual, fuera un instrumento hábil para ofrecer una publicidad suficiente del régimen económico matrimonial. Esta publicidad se enfrentaría, sin embargo, aún a la necesidad de afrontar tres problemas que han sido planteados doctrinalmente; dos de carácter general, la falta de obligatoriedad de la inscripción de las capitulaciones matrimoniales y la no constancia en el Registro Civil del contenido de las capitulaciones⁴⁶²; y otro específico para los supuestos internacionales, la limitación en el ámbito competencial del Registro español.

El primero de estos problemas entiendo que es solamente relativo. Ciertamente, la constancia de las capitulaciones en el Registro es meramente potestativo; pero la imposibilidad de que sean utilizadas frente a terceros de buena fe si no constan en el Registro es un acicate suficiente para que los cónyuges busquen su inscripción. Poco sentido tendría mantener unas capitulaciones “secretas” susceptibles de desplegar efectos frente a terceros si éstos pueden beneficiarse de ellas (caso que hayan llegado a tener conocimiento de las mismas); pero sin que les puedan ser opuestas (salvo que los cónyuges prueben que el tercero las conocía o debía conocerlas)⁴⁶³. El segundo de los problemas, la falta de constancia en el Registro Civil del contenido de los acuerdos o capitulaciones entre los cónyuges exigiría una reforma legislativa que estableciera la necesidad de que en la inscripción del matrimonio constase el contenido íntegro de los

Barcelona, Bosch, 4^a ed. 1991, p. 199); habiendo admitido la jurisprudencia que sea la propia manifestación de los litigantes la que permita concretar en el proceso su vecindad civil (*vid.* I. Ribas Algueró, *La vecindad civil: problemática en torno a su régimen jurídico y su prueba*, Barcelona, Bosch, 1984, pp. 272-275).

⁴⁶². *Vid.* M.^a.P. Diago Diago, *op. cit.*, p. 423.

⁴⁶³. *Vid.* art. 77 de la LRC: “Al margen también de la inscripción del matrimonio podrá hacerse indicación de la existencia de los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico de la sociedad conyugal.// Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1322 del Código Civil, en ningún caso el tercero de buena fe resultará perjudicado, sino desde la fecha de dicha indicación.”

capítulos que hubiesen sido otorgados. Ningún problema específico debería plantear esta reforma⁴⁶⁴.

Plantea mayores dificultades la limitación en la competencia registral que se deriva de la imposibilidad de que accedan al Registro español los matrimonios que no se han celebrado en España y en el que ninguno de los cónyuges es español⁴⁶⁵. Actualmente, ya no resultará extraño que cónyuges de nacionalidad extranjera y que han contraído matrimonio también en el extranjero participen en el tráfico jurídico español. En el caso de que se trate de comerciantes establecidos en España el art. 92 del RRM ofrece, tal como hemos visto, una solución satisfactoria al permitir la publicidad de su régimen económico matrimonial; en otro caso no quedará más remedio que solicitar al Registro extranjero la información pertinente sobre su régimen económico matrimonial, incluida la existencia de capitulaciones matrimoniales. Se trata de una solución que no deja de plantear problemas, pues podría resultar que no existiese un Registro extranjero que ofreciese esta información y, en cualquier caso, supone un aumento de los costes de información que resultaría deseable minimizar con el fin de facilitar el tráfico jurídico; pero tampoco se puede desconocer que en el ámbito internacional existen dificultades específicas que implican en la práctica que las operaciones conectadas con distintos ordenamientos plantean mayores problemas que aquellas puramente internas. La armonización de los Registros de los diferentes países a través de la labor de la CIEC⁴⁶⁶ o de otras organizaciones⁴⁶⁷ podría suponer avances significativos en este sentido. Por otro lado, la limitación en la competencia del Registro Civil se ve paliada en parte por el Registro Mercantil y el Registro de la Propiedad. Tal como hemos defendido, incluso en supuestos en los que el matrimonio no se encuentre inscrito en el Registro Civil, el Registro Mercantil ofrecerá publicidad del régimen económico matrimonial si alguno de los cónyuges es un comerciante domiciliado en España. De igual manera, si existen

⁴⁶⁴. Aún se plantea otro problema; la dificultad de encontrar el Registro Civil donde consta el matrimonio (*cf.* M.^a.P. Diago Diago, *op. cit.*, p. 424). Se trata, ciertamente de un problema real, pues puede resultar harto complejo averiguar dónde se ha celebrado un matrimonio determinado. Se trata de un problema que podría resolverse fácilmente mediante la informatización y centralización de la información existente en los distintos Registros, facilitándose la consulta de la misma por medios informáticos. También resultaría útil en este sentido que el Registro en el que conste inscrito el matrimonio informe de éste a los Registros donde consta la inscripción de nacimiento de los cónyuges con el fin de que en éstas se informe de dicho matrimonio y del Registro en el que se encuentra inscrito.

⁴⁶⁵. A salvo de que la inscripción del matrimonio sea necesaria para poder realizar otra inscripción.

⁴⁶⁶. *Vid.* E.M. Rodríguez Gayán, *op. cit.*, pp. 73-83.

⁴⁶⁷. Quizás no estaría de más que la Comunidad Europea se ocupara de esta cuestión, pues la incertezza en cuanto al régimen económico del matrimonio es un factor que condiciona la fluidez del tráfico jurídico en el espacio europeo. Resulta difícil, sin embargo, encontrar una base jurídica que permita una actuación comunitaria en este sentido.

capitulaciones que afecten a bienes situados en España, éstas deberán constar en el Registro de la Propiedad.

D) La terminación del vínculo.

a) Nulidad matrimonial.

En el apartado II.1 de este trabajo, ya tuvimos ocasión de señalar que la regulación de los efectos del matrimonio es especialmente relevante en el momento de terminación del vínculo. Lo más frecuente es que las relaciones entre los cónyuges solamente adquieran un cariz litigioso cuando se produce una crisis matrimonial, y los preceptos relativos al régimen económico matrimonial son tenidos en cuenta en un gran número de casos solamente en el supuesto de disolución del vínculo bien como consecuencia de una decisión en materia de nulidad, separación o divorcio, o bien por el fallecimiento o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges. Desde la perspectiva que aquí nos interesa, esta circunstancia resulta especialmente relevantes al forzar una consideración conjunta del Derecho rector de los efectos junto con el Derecho que haya de regir la crisis matrimonial, la declaración de fallecimiento o la sucesión, originándose a partir de aquí problemas de delimitación del alcance de cada uno de los Derechos y de coordinación entre todos ellos⁴⁶⁸. A continuación examinaremos estas relaciones, comenzando por la que se establece entre el Derecho reclamado por el art. 9.2 del C.c. y el que ha de regir la crisis matrimonial; para, posteriormente ocuparnos de las relaciones entre el Derecho rector de los efectos del matrimonio y el Derecho que ha de regir la sucesión.

La delimitación del ámbito del Derecho rector de los efectos del matrimonio y del Derecho rector de las crisis matrimoniales no se encuentra prevista legalmente en nuestro sistema, consecuencia de ello es una notable ambigüedad acerca de la regulación de aquellas cuestiones que pueden ser consideradas incluidas tanto en uno como en otro Derecho. El problema se ha de plantear de modo diferente respecto a la nulidad matrimonial que en relación a la separación judicial y el divorcio, ya que en el primer caso el ordenamiento español no prevé una regulación específica de la ley

⁴⁶⁸. *Vid.* E. Rodríguez Pineau, *op. cit.*, pp. 168-169.

rectora de la nulidad, mientras que sí lo hace (art. 107 del C.c.) para la separación judicial y el divorcio.

En lo que se refiere a la nulidad matrimonial, la ausencia de una norma reguladora específica tiene como consecuencia la aplicación a la nulidad de la misma ley que rige la validez del matrimonio⁴⁶⁹. En cuanto a los efectos de la nulidad del matrimonio, se ha dudado entre aplicar a los mismos la misma ley que rige la nulidad⁴⁷⁰ o aplicar a cada uno de los efectos su propia ley reguladora⁴⁷¹. Parece preferible esta última solución, que evita los problemas que acarrearía la primera en los supuestos en los que la nulidad se derivara de la infracción de diversas leyes (falta de capacidad, defectos en la prestación del consentimiento, infracciones formales...), leyes que pueden prever soluciones diferentes en lo que se refiere a los efectos de tal nulidad. Además, esta interpretación es coherente con el principio de que la forma en que un hecho, acto o negocio jurídico afecte a una relación jurídica debe determinarse por el Derecho rector de esta última, y no por la ley del primero. En este caso, la ley que haya de regir la nulidad determinará si el matrimonio es válido o nulo, pero la forma en que la nulidad afecte a otras relaciones lo fijará el Derecho rector de estas últimas.

La aplicación a los efectos de la nulidad de la ley rectora de la relación afectada implica que el Derecho designado por el art. 9.2 del C.c. será el que determine en que

⁴⁶⁹. Cf. J.C. Fernández Rozas y S.A. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, op. cit., p. 468; E. Pérez Vera (dir.), op. cit., vol. II, p. 117; A.-L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, “Crisis matrimoniales”, en *id.* (dir.), op. cit., pp. 99-137, p. 123; J.A. Tomás Ortiz de la Torre, “Separación, divorcio y nulidad del matrimonio”, en M. Aguilar Benítez de Lugo y otros, *Lecciones de Derecho Civil Internacional*, Madrid, Tecnos, 1996, pp. 117-145, p. 143. El problema que plantea esta solución es la posibilidad de que sean varias las leyes que determinen la nulidad del matrimonio. Esta dificultad no será tal en el sistema autónomo español, ya que como veremos a continuación, los efectos que pueda desplegar la nulidad del matrimonio se regirán por el Derecho rector de la institución afectada, quedando reducido el ámbito de incidencia de la nulidad a la declaración de la misma, por lo que resulta irrelevante que dicha invalidez del vínculo se derive de una o de varias leyes. El problema se plantea en los supuestos en los que la ley de la nulidad es reclamada para regir algún aspecto determinado, tal como sucede en relación con los alimentos de acuerdo con lo previsto en el art. 8 del Convenio de La Haya de 1973 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias (*vid.* sobre esta cuestión S. Álvarez González, op. cit., pp. 188-191).

⁴⁷⁰. J.D. González Campos, “Derecho de familia. El matrimonio”, en *id.* y otros, op. cit., pp. 289-328, p. 319.

⁴⁷¹. Así, los efectos sobre la filiación los determinará la ley personal del hijo (art. 9.4 del C.c.), la ley sucesoria determinará las consecuencias de la nulidad en relación con los bienes que pudiera haber recibido alguno de los cónyuges por vía sucesoria en su calidad de pariente político del causante, etc. Cf. J.C. Fernández Rozas y S.A. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, op. cit., pp. 468-469; E. Pérez Vera (dir.), op. cit., vol. II, p. 118. Aún se ha presentado una tesis intermedia entre la aplicación de la ley de la nulidad o de la ley rectora de las instituciones afectadas por la nulidad, de acuerdo con esta teoría, la existencia o no del matrimonio putativo se regiría por la ley que ha determinado la nulidad del matrimonio, mientras que los efectos que despliega esta institución respecto a otras relaciones (filiación, relaciones entre cónyuges, etc.) se determinaría por el Derecho rector de estos últimos (A.-L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, “Crisis matrimoniales”, loc. cit., p. 124); E. Rodríguez Pineau, op. cit., p. 223.

forma la nulidad del matrimonio afecta a las relaciones entre los cónyuges⁴⁷². Así, habrá de ser este Derecho el que determine el régimen de las obligaciones que hayan podido surgir por la vida en común⁴⁷³, así como la disolución y liquidación del patrimonio común. Esta solución no puede, sin embargo, aplicarse automáticamente a los supuestos en los que nos encontramos ante derechos y obligaciones que se derivan directamente de la nulidad, no de la comunidad de vida conyugal. Así sucederá con la pensión compensatoria que puede recibir el cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo⁴⁷⁴. Estas situaciones que se derivan de la nulidad deberán regirse por el mismo Derecho que ésta, y no por la ley de los efectos del matrimonio⁴⁷⁵. Es cierto que, tal como hemos destacado⁴⁷⁶, no resultará sencillo determinar tal ley, sobre todo en los supuestos en los que la nulidad pueda tener su origen en diversas causas; pero estas dificultades no pueden implicar una alteración en la solución, que deberá seguir siendo la de aplicar esta ley a las relaciones entre los cónyuges que surgen como consecuencia de la declaración de nulidad del matrimonio. La determinación de cuál sea esta ley queda, sin embargo, fuera del marco de este trabajo.

b) Separación y divorcio: planteamiento de la problemática existente.

La necesidad de delimitar el ámbito del Derecho rector de los efectos del matrimonio y de la ley rectora de la crisis matrimonial se manifiesta también en los supuestos de separación y divorcio, en los que, a diferencia de lo que sucede con la nulidad matrimonial, sí existe una determinación expresa del Derecho rector de la

⁴⁷² . De una interpretación estricta y literal del art. 9.2 del C.c. no se derivaría su aplicación a estos supuestos, toda vez que no ha existido matrimonio entre los que se creían cónyuges. Ahora bien, no creo que pueda negarse la posibilidad de aplicar este precepto en razón de analogía, ya que la relación que surge entre los consortes tras la celebración de un matrimonio nulo reúne las suficientes semejanzas con la relación conyugal como para que, ante la laguna existente en el sistema de DIPr., aplicar por analogía la regulación sobre los efectos del matrimonio.

⁴⁷³. Se ha planteado, sin embargo, la posibilidad de calificar la contribución a las cargas del matrimonio como alimentos (*vid. J.C. Fernández Rozas, “Las obligaciones alimenticias en el Derecho internacional privado español”, REDI, 1985, vol. XXXVII, núm. 1, pp. 67-108, pp. 77-78; S. Álvarez González, op. cit., pp. 145-147 y referencias allí contenidas*). Se trata, sin duda, de una cuestión compleja; pero no comarto que puedan incluirse las cargas derivadas del matrimonio en la categoría de los alimentos. Éstas son debidas con independencia de que el cónyuge acreedor se encuentre o no en situación de necesidad y no tienen necesariamente su origen en las necesidades del que reclame su abono. En definitiva, se trata de instituciones que tienen funciones y configuración diferentes. En el mismo sentido, *vid. E. Rodríguez Pineau, op. cit.*, p. 196.

⁴⁷⁴. Art. 98 del C.c.

⁴⁷⁵. *Vid.* esta misma solución en E. Rodríguez Pineau, *op. cit.*, pp. 224-225.

⁴⁷⁶. *Vid.*, en particular *supra* n. núm. 469.

crisis⁴⁷⁷. Esta tarea de delimitación no ha sido objeto de un tratamiento unánime por parte de la doctrina. Así, mientras en algunos casos se ha defendido un papel muy amplio de la ley rectora de la crisis⁴⁷⁸; en otros se ha mantenido que la ley rectora de las crisis matrimoniales no desplaza a los Derechos rectores de las relaciones que se ven afectadas por la crisis, y, en concreto, que las consecuencias de la crisis matrimonial sobre la comunidad de vida del matrimonio han de permanecer regidas por el Derecho designado por el art. 9.2 del C.c.⁴⁷⁹. La ausencia de una solución positiva a esta cuestión y la falta de pronunciamientos expresos de la jurisprudencia sobre este extremo⁴⁸⁰ impiden, creo, emitir un juicio definitivo sobre esta cuestión. A continuación intentaré presentar el papel que, creo, ha de jugar el Derecho rector de los efectos del matrimonio en las distintas fases de la crisis matrimonial. Para llevar a cabo esta tarea es preciso deslindar el papel que juega la ley aplicable a los efectos del matrimonio del propio de la ley rectora de la separación judicial o el divorcio y de la *lex fori*, llamada a regular las cuestiones procesales. Se trata de una tarea compleja, pues, como veremos, no existe unanimidad en torno a la concreción de qué aspectos han de ser considerados como procesales y cuáles como sustantivos; y dentro de estos, qué cuestiones corresponden al Derecho rector de la crisis matrimonial y cuáles han de regirse por el Derecho rector de los efectos del matrimonio.

Esta segunda tarea –la delimitación entre la ley designada por el art. 107 del C.c. y la determinada por el art. 9.2 del mismo Código- se presenta como especialmente problemática. Para abordar esta complejidad creo que deben explicitarse previamente los diferentes ámbitos en los que opera la ley rectora de la separación o el divorcio. Así, en primer lugar, este Derecho determinará la admisibilidad de la separación o el divorcio, así como las causas de éste. En este punto, ya encontramos una inicial vinculación entre derecho rector de la crisis y ley de los efectos; ya que, con frecuencia, aquélla preverá que el incumplimiento de los deberes conyugales es motivo que habilita a obtener una decisión que declare la separación o el divorcio. Esta previsión de la ley rectora de la crisis deberá ser atendida; pero la definición de las obligaciones

⁴⁷⁷. Art. 107 del C.c.

⁴⁷⁸. *Vid.* J.D. González Campos, “Derecho de familia...”, *loc. cit.*, pp. 323-325. También confieren un amplio ámbito de aplicación a la ley del divorcio o la separación J.C. Fernández Rozas y S.A. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, *op. cit.*, p. 471; A.-L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, “Crisis matrimoniales”, *loc. cit.*, pp. 119-120.

⁴⁷⁹. Cf. E. Rodríguez Pineau, *op. cit.*, pp. 173-175. *Vid.* también la interpretación de A.P. Abarca Junco en “Separación matrimonial y disolución del matrimonio”, en E. Pérez Vera (dir.), *Derecho internacional privado*, vol. II, 3^a ed. 2001, pp. 137-154, p. 153.

⁴⁸⁰. Cf. A.P. Abarca Junco, “Separación matrimonial...”, *loc. cit.*, p. 153.

conyugales no se encontrará en este Derecho, sino en el rector de los efectos del matrimonio, tal como hemos visto⁴⁸¹. En segundo término, la ley aplicable a la separación o al divorcio es la encargada de articular las relaciones de los cónyuges tras la crisis matrimonial. En este punto, sin embargo, no puede desconocer tampoco la regulación propia de los efectos del matrimonio. En el caso de la separación la decisión judicial no pone fin al matrimonio, por lo que la ley rectora de los efectos del matrimonio tendrá aún vocación de regir las relaciones de los cónyuges tras la crisis. Se hará preciso, por tanto, establecer los mecanismos precisos de articulación de una y otra ley. Finalmente, la separación y el divorcio inciden en relaciones jurídicas preexistentes, pero que se ven afectadas por la crisis. En concreto, las relaciones paternofamiliares y las relaciones entre los cónyuges. En este punto, se hace preciso determinar qué papel juegan uno y otro Derecho rector. Es este el punto más conflictivo y donde resultará más difícil encontrar soluciones concluyentes. Pese a las dificultades existentes, sin embargo, y aún con cautelas, entiendo que es más apropiado un acercamiento que limite el alcance de la ley rectora de la crisis matrimonial en este último supuesto. La aplicación de éste último Derecho no puede desconocer el mantenimiento de una multiplicidad de relaciones jurídicas que, ciertamente, se ven afectados por la crisis; pero que no surgen como consecuencia de ello. Así, en particular el régimen del ejercicio de la patria potestad no debería verse sustraído a la aplicación del Derecho nacional del menor por el hecho de que las medidas respecto a tal ejercicio deban ser adoptadas en el marco de un procedimiento de separación o divorcio⁴⁸². En este punto es preciso recordar, además, que la aplicación del Derecho designado por el art. 107 del C.c. deberá respetar el contenido de los convenios internacionales que vinculan a España y que regulen el Derecho aplicable a las relaciones jurídicas afectadas por la crisis matrimonial⁴⁸³.

De acuerdo con lo anterior, el examen del papel del Derecho rector de los efectos del matrimonio en los supuestos de separación judicial y divorcio debe realizarse teniendo en cuenta esta triple incidencia de la ley aplicable a la crisis matrimonial y la necesidad de articular de forma difenciada en cada uno de los ámbitos señalados las relaciones entre esta ley y el Derecho rector de los efectos del matrimonio.

⁴⁸¹. *Supra* apartado IV.1.A).

⁴⁸². *Vid.* en este sentido J.C. Fernández Rozas y S.A. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, pp. 471-472.

⁴⁸³. Los más relevantes serán el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores y el Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias.

Además, no puede olvidarse que, al plantearse la crisis en el marco de un procedimiento judicial, la *lex fori* tendrá vocación de regir las cuestiones procedimentales y, en concreto, lo relativo a las medidas cautelares⁴⁸⁴. Este será el esquema que utilizaremos a continuación en el examen de las distintas cuestiones que se plantean en el marco de una crisis matrimonial y que pueden incidir en las cuestiones que se rigen por el Derecho rector de los efectos del matrimonio.

c) Las medidas previas y provisionales.

Siguiendo un orden cronológico, la presentación de una demanda en España con objeto de que sea declarada la separación o el divorcio puede ir acompañada de una solicitud de medidas previas (art. 771 de la LEC). De acuerdo con esta previsión, el cónyuge que pretende solicitar la nulidad matrimonial, la separación o el divorcio puede pedir que se declaren los efectos y medidas previstos en los arts. 102 y 103 del C.c.⁴⁸⁵ Las medidas que se adopten con carácter previo a la interposición de la demanda quedarán sin efecto si la demanda no se interpone en el plazo de treinta días, de acuerdo con lo que establecen los arts. 104 del C.c. y 771.5 de la LEC. En caso de que se presente la demanda en este plazo las medidas acordadas continuarán su vigencia, salvo que el tribunal estime oportuno completarlas o modificarlas (art. 772 de la LEC). La adopción de estas medidas presenta, por tanto, una importancia fundamental, ya que supone la primera ordenación judicial de las relaciones entre los cónyuges y respecto a los hijos tras la aparición de la crisis, que se extenderá durante el tiempo del procedimiento y que constituye un elemento que puede tener cierta influencia en la configuración definitiva de estas relaciones tras la decisión de separación o divorcio. De acuerdo con los arts. 102 y 103 del C.c. tales medidas incluyen la cesación de la presunción de convivencia conyugal, la revocación de los consentimientos o poderes que

⁴⁸⁴. En lo relativo al procedimiento, lo que se diga a continuación será igualmente predictable de los procedimientos de nulidad, ya que en el Derecho español la regulación es la misma para los procedimientos de nulidad matrimonial, separación y divorcio, así como para los procedimientos de modificación de las medidas adoptadas en el curso de éstos (art. 748 de la LEC).

⁴⁸⁵. Los tribunales españoles podrán asumir competencia para pronunciarse sobre tales medidas en el caso de que las medidas vayan a ser eficaces respecto a personas o bienes que se encuentren en España, de acuerdo con lo previsto en el art. 12 del Reglamento 1347/2000 (*vid. "Informe Borrás"*, núm. 59; A.P. Abarca Junco y M. Gómez Jene, *loc. cit.*, pp. 19-26). En los supuestos en los que no resulte aplicable el art. 12 del Reglamento, el art. 22.5 de la LOPJ nos ha de conducir al mismo resultado. Resulta igualmente razonable que el órgano jurisdiccional competente para pronunciarse sobre el fondo del asunto sea competente para dictar las medidas cautelares que resulte preciso en el curso del procedimiento o, incluso, antes de su inicio (medidas *ante causam*), *cf.* M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal...*, *op. cit.*, p. 240.

cualquiera de los cónyuges hubiese otorgado al otro, el cese de la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica, el régimen de ejercicio de la patria potestad y los derechos de visita; el uso de la vivienda y el ajuar familiar, la fijación de la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio (incluidas las “*litis expensas*”), determinar los bienes comunes que hayan de entregarse a cada cónyuge y el régimen de administración de los bienes privativos que estuvieran especialmente afectados a las cargas del matrimonio. Se trata de medidas que se encuentran estrechamente vinculadas al régimen de las relaciones entre los cónyuges durante el matrimonio y al del ejercicio de la patria potestad respecto a los hijos, sin que el hecho de que se planteen como medidas previas o provisionales, vinculadas a un procedimiento que se desarrolla en España imponga necesariamente la aplicación de la ley española en tanto que *lex fori*⁴⁸⁶. En relación con estas medidas se hará necesario considerar, tal como examinaremos a continuación, tanto el Derecho español, en tanto que Derecho del foro como el Derecho rector de las relaciones entre cónyuges (art. 9.2 del C.c.) como la ley aplicable a las relaciones paternofiliales (art. 9.4 del C.c. y Convenio de la Haya de 1961 sobre competencia de las autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores) y a los alimentos (Convenio de La Haya de 1973 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias); así como, también el Derecho rector de la crisis matrimonial⁴⁸⁷.

El Derecho español como Derecho del foro determinará la posibilidad de solicitar las medidas previas y provisionales, así como el procedimiento para su concesión. A este respecto se hace preciso diferenciar entre las medidas *ex lege* previstas en el art. 102 del C.c. y las que son objeto del art. 103. Las primeras son solamente medidas que deba decidir el Juez en la medida que se soliciten con carácter previo a la interposición de la demanda; en otro caso se configuran como consecuencias necesarias de la admisión a trámite de la demanda de nulidad, separación o divorcio, que inciden en el régimen de las obligaciones personales de los cónyuges (poniendo fin a la obligación y a la presunción de convivencia), de sus relaciones patrimoniales derivadas del matrimonio (cesa, en principio, la posibilidad de que los bienes privativos

⁴⁸⁶. *Vid.* E. Rodríguez Pineau, *op. cit.*, pp. 179-187; P. Picone, “Misure provvisorie in materia familiare e diritto internazionale privato”, *Riv. dir. int.*, 1995, vol. 78, pp. 1-75, esp. pp. 60-70; *id.*, “I provvedimenti temporanei ed urgenti in pendenza di separazione e di divorzio nel diritto internazionale privato e processuale italiano”, *ibid.*, 1994, vol. 77, pp. 333-388, esp. p. 368.

⁴⁸⁷. La Sent. de la AP. de Girona de 4 de febrero de 1995 (*B.D. Aranzadi*, AC 1995\310) sostuvo, aunque como *obiter dicta* la aplicación a las medidas provisionales del Derecho rector de la crisis matrimonial de acuerdo con lo previsto en el art. 107 del C.c.

de cada cónyuge queden vinculados por el ejercicio de la potestad doméstica por parte del otro cónyuge) y en las relaciones entre cónyuges, aunque no deriven del vínculo matrimonial (se revocan los consentimientos y poderes que cada cónyuge hubiese otorgado al otro). Se trata, por tanto, de un conjunto de efectos heterogéneos que tienen como único hilo conductor el que son consecuencia de la admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio y que inciden en las relaciones entre los cónyuges. Estos efectos determinan, por tanto, las primeras alteraciones que en la vida de los cónyuges se derivan del planteamiento de la crisis matrimonial. Desde esta perspectiva, habría de ser el Derecho rector de la crisis matrimonial el que determinase cuáles son las consecuencias sustanciales de la admisión de la demanda⁴⁸⁸. El art. 102 del C.c. solamente se aplicaría, por tanto, cuando la separación o el divorcio (o la nulidad) se rigiesen por el Derecho español⁴⁸⁹. Ahora bien, esta solución presenta problemas importantes. Tal como hemos visto el contenido de este precepto se encuentra estrechamente vinculado a una determinada regulación del matrimonio⁴⁹⁰; de tal forma que solamente podría darse propiamente aplicación a las previsiones del Derecho rector de la crisis cuando coincidan el Derecho rector de los efectos del matrimonio y de la crisis matrimonial. Cuando esta coincidencia no se de, resultaría preciso ajustar las previsiones del Derecho rector de la crisis a las particularidades de la ley aplicable a los efectos del matrimonio⁴⁹¹. Es más, en estos supuestos de esta falta de coincidencia podría resultar que los efectos previstos en el Derecho que rige la separación o el divorcio para el supuesto en el que la demanda es admitida puedan resultar irrelevantes

⁴⁸⁸. Las consecuencias procesales han de ser determinadas por la *lex fori*. Mantiene la aplicación de la ley rectora de la crisis matrimonial a estas medidas E. Rodríguez Pineau, *op. cit.*, pp. 186-187. J.Mª Espinar Vicente (*op. cit.*, p. 242) mantiene, sin embargo, que ha de realizarse una calificación procesal de estos efectos, debiendo aplicarse este precepto siempre que conozca un tribunal español.

⁴⁸⁹. Y, concretamente, el denominado Derecho común, ya que es posible que los Derechos civiles autonómicos contengan regulaciones diferenciadas sobre las crisis matrimoniales. *Vid.* la Sent. de la AP. de Barcelona (Sección 12^a) de 4 de junio de 2002 (*B.D. Aranzadi*, JUR 2002\209879) donde se aplicó el art. 107 del C.c. en orden a determinar la regulación catalana en materia de pensión compensatoria. *Vid.* también la Sent. de la misma Audiencia y Sección de 4 de diciembre de 2001 (*B.D. Aranzadi*, JUR 2002\65813).

⁴⁹⁰. El legislador del C.c. se encuentra profundamente condicionado por una concreta regulación de las relaciones entre los cónyuges; en concreto, el Derecho matrimonial español y, más específicamente, la regulación del régimen de gananciales contenido en el C.c. Cf. E. Rodríguez Pineau, *op. cit.*, p. 186.

⁴⁹¹. Así, por ejemplo, el art. 102 del C.c. prevé que tras la admisión de la demanda cesará la posibilidad de que cada cónyuge vincule los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica. El ámbito de esta potestad doméstica variará, sin embargo, en función del Derecho rector de los efectos del matrimonio (*vid.* los arts. 1319 del C.c., 4 del CF, etc.).

desde la perspectiva del Derecho rector de los efectos⁴⁹² o insuficientes para gestionar los problemas que se derivan para el matrimonio concreto de la interposición de la demanda de nulidad, separación o divorcio⁴⁹³. Es por estas razones por las que resulta preferible mantener que sea la ley rectora de los efectos del matrimonio la que regule la forma en que la admisión de la demanda de separación y divorcio afectan a las relaciones entre los cónyuges⁴⁹⁴, al igual que la ley rectora de las relaciones paternofiliales puede establecer también determinadas consecuencias en relación con el ejercicio de la patria potestad. Esto no implica que la ley rectora de la crisis matrimonial no desempeñe ningún papel en este momento. Tal como hemos dicho, la regulación de las relaciones entre los cónyuges como consecuencia de la crisis matrimonial es competencia de este Derecho; pero cuando esta regulación se limite a alterar las relaciones ya existentes, ha de ser el Derecho rector de estas relaciones el que deba considerarse.

En conclusión, la admisión de la demanda producirá los efectos previstos en el Derecho rector de la crisis matrimonial. Se excluyen, sin embargo, los efectos que se limiten a alterar las obligaciones personales o patrimoniales entre los cónyuges. La forma en que la admisión de la demanda afecta a éstas deberá determinarse por el Derecho rector de los efectos del matrimonio. El Derecho español, en tanto que *lex fori* determina la posibilidad de solicitar que estos efectos se adelanten a la admisión de la demanda, estableciéndose como medidas previas de acuerdo con lo previsto en la LEC.

⁴⁹². Así, por ejemplo, en el caso de que siendo el Derecho español el rector de la separación o el divorcio (y, por tanto, resultando aplicable el art. 102 del C.c.), la ley que rige los efectos del matrimonio no establece ninguna presunción de convivencia de los cónyuges.

⁴⁹³. El art. 102 prevé que tras la admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio los bienes privativos de cada cónyuge no quedan vinculados por el ejercicio de la potestad doméstica por parte del otro cónyuge. Se trata de una regulación adecuada para los supuestos en los que los efectos del matrimonio se rijan por el denominado “Derecho común”, en los que resultará aplicable el art. 1319 del C.c. Sin embargo, resultará insuficiente cuando sea otro el Derecho rector de los efectos del matrimonio. Así, siendo éste el Derecho catalán puede plantearse la duda si este art. 102 del C.c. implica que, una vez admitida la demanda de separación, nulidad o divorcio, no se aplicará, en todo o en parte, de la solidaridad entre los cónyuges por las deudas contraídas por razón de los gastos familiares prevista en el art. 8 del Código de familia de Cataluña. Igual planteamiento cabe hacer en relación con la relación entre los arts. 41 y 43 de la Compilación aragonesa o 7 de la Ley aragonesa 2/2003; y el art. 102 del C.c.

⁴⁹⁴. E. Rodríguez Pineau (*op. cit.*, pp. 186-187) entiende que estas medidas *ex lege* deben regirse por el Derecho rector de la crisis matrimonial, y no por el Derecho rector de los efectos del matrimonio. Entiendo preferible la solución que se presenta en el texto toda vez que, tal como señala la propia autora, el contenido de algunas de las medidas previstas en el art. 102 del C.c. solamente tiene sentido en el marco de un matrimonio cuyo régimen económico matrimonial se ajusta a las previsiones del C.c. De esta forma, tal como ella apunta, podría incluso resultar dudoso que se aplicase este precepto a supuestos en los que las relaciones entre los cónyuges se rigen por un Derecho español diferente del denominado “común”. Es decir, se trata de una previsión que tiende a regular la crisis matrimonial, pero mediante la modificación de la regulación de las relaciones entre los cónyuges que vienen previstas en el Derecho rector de los efectos del matrimonio.

El art. 103, por su parte, establece la necesidad de que el juez regule con carácter provisional y tras la admisión de la demanda el ejercicio de la patria potestad respecto a los hijos, la atribución de la vivienda habitual, la distribución de las cargas del matrimonio, la atribución de los bienes comunes y la administración de los privativos que se encuentran adscritos al cumplimiento de las cargas del matrimonio; todo ello en función de la situación creada por la presentación de la demanda de nulidad, separación o divorcio. En este caso, entiendo que el Juez español debe atenerse al contenido del art. 103 del C.c. (en tanto que norma de la *lex fori*) en la determinación de los extremos sobre los que debe pronunciarse. La decisión sobre tales extremos, sin embargo, deberá hacerse teniendo en cuenta que se trata ya de una primera regulación de las relaciones entre los cónyuges como consecuencia de la crisis matrimonial, por lo que el Derecho rector de esta crisis deberá ser tenido en cuenta, en el sentido de que si contiene una regulación específica de las relaciones entre los cónyuges o respecto a los hijos durante la tramitación del procedimiento, tales previsiones deberán ser aplicadas⁴⁹⁵. Para lo que no se encuentre regulado por la ley aplicable a la nulidad, la separación o el divorcio, deberán aplicarse las previsiones del Derecho rector de las relaciones paternofiliales (en lo relativo al ejercicio de la patria potestad) o de las relaciones entre cónyuges (para la atribución de la vivienda conyugal, la distribución de las cargas del matrimonio, y el régimen de los bienes comunes y privativos de los cónyuges⁴⁹⁶). Teniendo siempre en cuenta que en los supuestos en los que resulte aplicable un convenio internacional (en materia de protección de menores o de alimentos) las previsiones de éste no podrán ser excepcionadas por el Derecho rector de la crisis matrimonial, más que en los supuestos en los que así lo prevea el propio convenio.

⁴⁹⁵. Teniendo siempre en cuenta que, al tratarse de previsiones que operan sobre relaciones regidas por otro Derecho, será precisa, con frecuencia una adaptación del contenido del Derecho rector de la crisis matrimonial. *Vid.* P. Picone, “Provvedimenti temporanei e urgenti...”, *loc. cit.*, pp. 378-379, donde, en relación con el sistema italiano, plantea las dificultades que se derivan de la disociación entre el Derecho rector a la crisis matrimonial y a los efectos del matrimonio en orden a determinar la ley aplicable a las medidas provisionales y urgentes en los procesos de crisis matrimonial.

⁴⁹⁶. En estos dos supuestos podría resultar relevante también el Derecho rector de los alimentos, ya que, tal como hemos indicado se ha intentado extender a estas cuestiones la calificación alimenticia. Creo que esta calificación no debe prosperar y hago míos los argumentos en este sentido de E. Rodríguez Pineau (*op. cit.*, pp. 182-183).

d) Desarrollo del proceso.

Una vez adoptadas las medidas previas y provisionales el procedimiento de separación o de divorcio continuará de acuerdo con el *iter* procesal que marque el Derecho del foro. A partir de este punto, las dudas se plantearán en torno a la aplicación de la *lex fori* o del Derecho rector de la crisis. Así en lo que se refiere a la necesidad de presentar un convenio regulador y los efectos de éste, o la participación del Ministerio Fiscal en el procedimiento. En lo que se refiere al convenio regulador, sin embargo, no debe descartarse la influencia de la ley rectora de los efectos del matrimonio. Así, admitiendo que el Convenio deba ser presentado incluso en los supuestos heterogéneos como exigencia procesal que se incardina en el ámbito de aplicación de la *lex fori*, el contenido del mismo⁴⁹⁷ no puede desvincularse del Derecho rector de las cuestiones afectadas por el convenio, que con frecuencia estarán regidas por el Derecho rector de los efectos del matrimonio. En concreto, este Derecho deberá ser tenido en cuenta en lo relativo a la atribución del uso de la vivienda habitual y en la contribución a las cargas del matrimonio en los supuestos de separación, ya que en estos casos el matrimonio subsiste y, por tanto, las relaciones entre los cónyuges siguen sometidas al Derecho rector de los efectos del matrimonio. No obstante, las soluciones que se deriven de la aplicación de este Derecho deben de, por un lado, ser compatibles con las exigencias del Derecho rector de las obligaciones paternofiliales, en lo que se refiere a la situación de los hijos, y con el orden público español. En particular, dichas soluciones deben responder al interés superior del menor. Por otro lado, en los supuestos de separación, y pese a que, efectivamente, el matrimonio continúa, no puede desconocerse que se ha

⁴⁹⁷. Que puede quedar determinado bien por la *lex fori*, bien por el Derecho rector de la crisis. *Vid.* sobre esta cuestión E. Rodríguez Pineau, *op. cit.*, pp. 189-190. Por mi parte, y reconociendo las dudas que existen sobre este punto, entiendo que la presentación del convenio regulador y su contenido se configuran como una exigencia procesal en nuestro sistema en el ámbito internacional. Creo que esta calificación es obligada toda vez que el convenio implica la vinculación al procedimiento de separación o divorcio algunas cuestiones que tienen sustantividad propia (ejercicio de la patria potestad, contribución a las cargas del matrimonio y la liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio). Es cierto que junto a estas cuestiones se incluyen en el art. 90 otras que se incardinan en el ámbito propio de la ley rectora de la crisis (atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar, pensión compensatoria); pero respecto a las primeras el convenio establece una competencia por conexidad, que tiene su correlato para los supuestos contenciosos en el art. 91. De acuerdo con esto, por tanto, el convenio deberá presentarse siempre que conozcan los tribunales españoles, con independencia de que no se exija por el Derecho rector de la crisis, y deberá referirse a las materias previstas en el art. 90 del C.c., con independencia de que la valoración del acuerdo de los cónyuges sobre cada uno de estos puntos deberá realizarlo el juez de acuerdo con la ley rectora de cada uno de ellos (Derecho rector de las relaciones paternofiliales, Derecho rector de la crisis matrimonial y Derecho rector de los efectos del matrimonio). *Vid.* sobre estas cuestiones J.D. González Campos y A.P. Abarca Junco, *loc. cit.*, pp. 1349-1350; E. Rodríguez Pineau, *op. cit.*, pp. 191-192

producido una alteración en el estado civil⁴⁹⁸; por lo que la aplicación de la ley rectora de los efectos del matrimonio ha de tener en cuenta las especificidades que se derivan de la nueva situación en la que se encuentran los cónyuges según lo previsto por la ley rectora de la separación. Las alteraciones que se deriven de acuerdo con ésta en el estatus conyugal deberán ser aplicadas con independencia de que la solución que se derive del Derecho rector de los efectos del matrimonio sea diferente⁴⁹⁹.

También debe ajustarse a las previsiones del Derecho rector de los efectos del matrimonio lo relativo a la liquidación del régimen económico matrimonial⁵⁰⁰. La atribución de una pensión compensatoria deberá ajustarse a lo previsto en el Derecho rector de la crisis, así como la atribución del uso de la vivienda habitual y la contribución a las cargas del matrimonio para después del divorcio. Una vez disuelto el vínculo el Derecho rector de los efectos del matrimonio ya no tiene vocación para regir las relaciones entre los cónyuges. Es cierto que se ha mantenido que, de existir pactos entre los cónyuges relativos a la fase posterior a la terminación del matrimonio, tales pactos deberían ser respetados⁵⁰¹; pero entiendo que la eficacia de estos pactos

⁴⁹⁸. *Vid.* J.Mº Espinar Vicente, *op. cit.*, p. 243.

⁴⁹⁹. Así, por ejemplo, en el caso de que el Derecho rector de la separación prevea la posibilidad de, en determinadas circunstancias, atribuir el uso de la vivienda habitual a uno de los cónyuges en función de sus necesidades y con independencia de la titularidad de la vivienda, el Juez deberá realizar esta atribución, con independencia de que el Derecho rector de los efectos del matrimonio no establezca ninguna particularidad en relación con la utilización de la vivienda conyugal. De esta forma, el Derecho rector de los efectos del matrimonio solamente resultará aplicable en aquellos casos en los que el Derecho rector de la crisis matrimonial no prevea regulaciones específicas para la situación tras la separación. Así, por ejemplo, si el Derecho rector de los efectos del matrimonio prevé un estatus especial para la vivienda conyugal (tal como hace, por ejemplo, el Derecho español); este estatus no se verá afectado por la separación regida por un Derecho que no prevea este estatus específico para la vivienda conyugal.

⁵⁰⁰. *Vid.* la Sent. de la A.P. de Barcelona (Sección 12^a), de 4 de abril de 2000 [*RJC (Jurisprudencia*), 2000-III, p. 954] donde se mantiene que la compensación indemnizatoria regulada por el Codi de Familia de Cataluña sólo se aplica cuando es el Derecho catalán el que rige el régimen económico del matrimonio. En el mismo sentido *vid.* la Sent. de la A.P. de Barcelona (Sección 18^a) de 13 de junio de 2001, *RJC (Jurisprudencia)*, 2001-IV, pp. 1239-1240. En la Sent. de la AP de Barcelona (Sección 18^a), de 21 de diciembre de 2000 (*B.D. Aranzadi*, JUR 2001\112460) se decidía sobre una demanda de separación y el Tribunal afirmó (Fdo. de Dcho. 3º): “Como cuestión previa no duda la Sala que no obstante haberse contraído el matrimonio en régimen de gananciales y haberse pactado separación de bienes de régimen civil común (el matrimonio determinó que la esposa adoptara la vecindad civil común del marido, art. 9.2 y 14.4 C.c., en su redacción del Decreto 1836/1974, de 31 de mayo), a fecha de la demanda, residiendo constantemente en Catalunya ambos cónyuges desde 25-6-88, han ganado por no constar voluntad conservativa en contra (...) esta última vecindad común, que debe regir (art. 16.3º en relación con el art. 9.2 *in fine*, que remite al 107 del Cc. a los efectos de regular la separación, artículo que llama a la ley nacional común que no puede ser otra que la catalana, siendo aplicable el Codi de Familia, sin perjuicio de regularse el régimen económico por el sistema de separación de bienes del Derecho Civil común, resultante de las capitulaciones otorgadas en 4-5-89, fecha en que todavía ostentaban ambos la vecindad común.”

⁵⁰¹. *Vid.* E. Rodriguez Pineau, *op. cit.*, pp. 191-192.

dependerá de lo que establezca el Derecho rector de la crisis⁵⁰². Si éste les dota de eficacia deberán ser tenidos en cuenta; pero si no es así resultará posible que se establezcan reglas diferentes en las relaciones entre los cónyuges. Es cierto que esta solución puede implicar que se vean defraudadas las expectativas de los cónyuges, que otorgaron en su momento unas capitulaciones válidas de acuerdo con un ordenamiento que, posteriormente, puede no ser tenido en cuenta en el momento de la disolución del vínculo. De esta forma, el respeto a las expectativas de las partes exigiría la aplicación de la ley de la autonomía en lo que se refiere a estas capitulaciones⁵⁰³. Siendo esto así, lo cierto es que para que pudieses operar esta ley de la autonomía sería preciso que se introdujese esta conexión en la norma de conflicto que regula el supuesto que nos ocupa, esto es, el art. 107 del C.c. *De lege ferenda* resultaría, quizás, deseable, introducir este elemento en materia de crisis matrimoniales; pero en tanto no suceda esto no creo que pueda迫使 una extensión del ámbito de los apartados 2 y 3 del art. 9 del C.c. más allá del límite temporal del matrimonio. La relaciones entre los cónyuges tras la disolución de éste no entran en el ámbito de aplicación de este precepto, y ni siquiera los intereses presentes en esta fase son coincidentes con los que justifican la regulación en materia de efectos. Es por ello que la validez de los pactos entre los cónyuges en lo que se refiere a la situación tras la disolución habrán de valorarse y, en su caso, ajustarse a las previsiones del Derecho designado por el art. 107 del C.c.

El proceso de separación o divorcio concluirá con una decisión judicial que no podrá desconocer las previsiones del Derecho rector de los efectos del matrimonio. De acuerdo con lo que se ha expuesto en el párrafo anterior, el Juez de la crisis matrimonial deberá pronunciarse sobre una pluralidad de cuestiones⁵⁰⁴. En todas ellas deberá tenerse en cuenta las previsiones del Derecho rector de la crisis matrimonial, pero sin desconocer las previsiones de la ley aplicable a los efectos del matrimonio. Así, y de la forma que hemos defendido en relación con la aprobación del convenio regulador; la decisión definitiva sobre la utilización de la vivienda habitual en el marco de un proceso de separación deberá determinarse por el Derecho rector de los efectos del matrimonio. Igualmente, habrá de ser el Derecho designado por el art. 9.2 del C.c. el que determine la forma de liquidación del régimen económico del matrimonio. Será, en cambio, el

⁵⁰². La jurisprudencia española viene manteniendo que los alimentos entre cónyuges cesan tras el divorcio, excepto los alimentos pactados en el convenio regulador. *Vid.* la Sent. de la A.P. de Barcelona (Sección 18^a), de 4 de octubre de 1999, *RJC (Jurisprudencia)*, 2000-I, pp. 305-307.

⁵⁰³. *Vid.* E. Rodríguez Pineau, *op. cit.*, p. 192.

⁵⁰⁴. Art. 91 del C.c.

Derecho rector de la separación o el divorcio el que resulte relevante para saber si la crisis matrimonial tiene como efecto la disolución de este régimen⁵⁰⁵

e) Disolución del vínculo por causas diferentes del divorcio.

No existe ninguna norma de conflicto en el sistema español que regule con carácter general el matrimonio, ni, por tanto, el término del vínculo matrimonial. Cuando éste finaliza como consecuencia de una sentencia de divorcio el art. 107 del C.c. regula el Derecho aplicable; pero fuera de este supuesto no existen normas que nos indiquen cuál es el Derecho que determinará los supuestos de disolución del matrimonio. En estas circunstancias, son posibles diversas soluciones. La primera parte de la constatación de que fuera del caso de divorcio los supuestos posibles de finalización del vínculo matrimonial son los de muerte o declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y a partir de ahí determinar el Derecho rector de la disolución del vínculo en cada uno de estos dos supuestos⁵⁰⁶. No existen dudas de que la existencia de la muerte o la declaración de fallecimiento se rigen por la ley personal del fallecido o declarado fallecido. Ahora bien, la doctrina se muestra reunente a que sea este Derecho el que determine los efectos sobre el vínculo matrimonial de estas situaciones. No resulta razonable que el Derecho de uno de los cónyuges determine las consecuencias de una situación que afecta a ambos, máxime cuando resulta posible que existan discrepancias entre la regulación del Derecho personal de cada uno de los cónyuges⁵⁰⁷. Así, se ha defendido la aplicación a este supuesto de un Derecho común a los cónyuges, como sería el rector de los efectos del matrimonio⁵⁰⁸ o el determinado por el art. 107 del C.c.⁵⁰⁹.

Aún estando de acuerdo con la inadecuación de que sea la ley personal del fallecido o declarado fallecido la que determine las consecuencias del fallecimiento o la

⁵⁰⁵. Cf. J.D. González Campos y A.P. Abarca Junco, *loc. cit.*, p. 1348.

⁵⁰⁶. Vid. este acercamiento, por ejemplo, en J.C. Fernández Rozas y S.A. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, *op. cit.*, pp. 472-473.

⁵⁰⁷. En algunos ordenamientos, la declaración de fallecimiento no supone la disolución del vínculo matrimonial o puede establecerse un plazo para que el cónyuge supérstite recupere la capacidad nupcial. Vid. P.Abarca Junco, “Separación matrimonial...”, *loc. cit.*, p. 154; J.C. Fernández Rozas y S.A. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, *op. cit.*, pp. 472-473.

⁵⁰⁸. Cf. J.D. González Campos, “Derecho de familia...”, *loc. cit.*, p. 326; A.P. Abarca Junco, “Separación matrimonial...”, *loc. cit.*, p. 154..

⁵⁰⁹. Cf. P.A. de Miguel Asensio, “La ausencia y la declaración de fallecimiento en Derecho internacional privado”, *REDI*, 1995, vol. XLVII, núm. 2, pp. 41-70, p. 64, quien apunta la posibilidad; recogida posteriormente por J.C. Fernández Rozas y S.A. Sánchez Lorenzo (*Derecho internacional privado*, *op. cit.*, p. 473).

declaración respecto al vínculo matrimonial, entiendo que la vía argumentativa para llegar a este resultado debería ser diferente a la mostrada en el párrafo anterior. En primer lugar, creo que debe partirse de la ausencia de una norma que regule con carácter general los supuestos de terminación del vínculo matrimonial. Se trata de una ausencia relevante en el sistema de DIPr. y, por tanto, de una laguna que debe ser colmada. Sin haber determinado previamente la ley que rige el vínculo matrimonial no podemos concretar cuáles son las circunstancias que ponen fin a éste. Tal como hemos visto, usualmente éstas se reducen a la muerte y la declaración de fallecimiento; pero no es descartable que en otros Derechos existan causas diferentes de disolución⁵¹⁰; que deberán ser consideradas si el ordenamiento que las prevé resulta aplicable para regir la terminación del vínculo matrimonial. Se hará, pues, imprescindible, llenar esta laguna de nuestro sistema. A este fin, resulta posible acudir a tres conexiones. Ya hemos visto como en relación con la cuestión de la determinación de la incidencia en el matrimonio de la muerte o declaración de fallecimiento de alguno de los cónyuges se había defendido la posibilidad de aplicar el Derecho rector de los efectos (art. 9.2 del C.c.) o la ley aplicable al divorcio (art. 107 del C.c.). A estas opciones creo que debería añadirse el Derecho de acuerdo con el cual se ha constituido el matrimonio; esto es, el Derecho de la autoridad que ha intervenido en la celebración del matrimonio. Este ordenamiento es el referente básico de cada matrimonio, pues, incluso en los supuestos internacionales, el matrimonio que finalmente se celebra es el matrimonio propio de un ordenamiento determinado, el único en el que tal matrimonio producirá, inicialmente, efectos a salvo de la posibilidad de su reconocimiento en otros Derechos⁵¹¹. Entiendo, además, que este Derecho de acuerdo con el cual se constituye el matrimonio es el más adecuado para regir la cuestión de la terminación del mismo. De esta forma, los matrimonios que se celebren ante una autoridad española se disolverán por las causas previstas en el Derecho español, excepción hecha del divorcio que se regirá por el Derecho designado por el art. 107. De igual forma, los matrimonios celebrados ante una autoridad extranjera llegarán a su final de acuerdo con lo previsto en el ordenamiento en el que han nacido. Entiendo que esta es una solución más ajustada a la naturaleza del problema, resultando más previsible que los supuestos de disolución del vínculo se

⁵¹⁰. Ya he apuntado cómo en el Derecho canónico primitivo era motivo de disolución del matrimonio el hecho de que el marido accediera a la dignidad episcopal, y en este Derecho aún se mantienen los privilegios paulino y petrino, supuestos de disolución del matrimonio que no se basan ni en el divorcio ni en el fallecimiento de ninguno de los cónyuges. *Vid.* J.Mª González del Valle, *op. cit.*, pp. 152-156.

⁵¹¹. Cf. P. Orejudo Prieto de los Mozos, *op. cit.*, pp. 23-25.

determinen por el mismo Derecho que ha permitido su nacimiento que por el Derecho que habría de regir el divorcio o los efectos del matrimonio.

La utilización de la ley designada por el art. 107 del C.c. plantea, además, distintos problemas de aplicación. Así, la concreción del momento temporal relevante para determinar la ley personal común de los cónyuges o la residencia del matrimonio; así como la determinación de la cláusula de cierre en los supuestos en los que la determinación de la disolución del matrimonio se plantee como incidental respecto a otra, sin que exista competencia de los tribunales españoles para pronunciarse sobre la separación judicial o el divorcio. La utilización del Derecho previsto por el art. 9.2 del C.c. no plantea estos problemas de interpretación, pues se fijará de una forma definitiva tras la celebración del matrimonio. Además, tiene la ventaja sobre el Derecho de la autoridad que haya autorizado la celebración del matrimonio de que será un Derecho estrechamente vinculado con el supuesto; mientras que el Derecho de la autoridad puede presentar una conexión más débil con el caso. Ahora bien, la aplicación para la determinación de las causas de disolución del vínculo del ordenamiento en el que ha surgido el matrimonio presenta la ventaja de la mayor proximidad entre las problemáticas y la facilidad en la identificación; además de la ya señalada previsibilidad para las partes.

Los supuestos de disolución del matrimonio serán, por tanto, los previstos en la ley de la autoridad que haya autorizado el matrimonio. Lo usual será que éstos sean la muerte y la declaración de fallecimiento de alguno de los cónyuges. La determinación de cuando se ha producido el fallecimiento, así como la regulación de la declaración de fallecimiento corresponderá hacerla al Derecho personal del fallecido o declarado fallecido (art. 9.1 del C.c.); pero los efectos de tal declaración sobre el vínculo matrimonial serán los previstos en el ordenamiento en el que haya surgido el matrimonio⁵¹². El Derecho rector de los efectos del matrimonio, por tanto, no ha de jugar ningún papel en la determinación de la disolución del vínculo. Sí lo tendrá, sin embargo, en lo que se refiere a la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial. Los efectos que tenga la disolución del vínculo sobre éste serán determinados por la ley rectora de los efectos del matrimonio. Igualmente, los efectos

⁵¹². Aunque sea una cuestión que se escapa al objeto de este trabajo, quisiera apuntar que los efectos del fallecimiento o de la declaración sobre la capacidad nupcial del cónyuge supérstite se habrán de determinar por la ley personal de éste, de acuerdo con lo previsto en el art. 9.1 del C.c. (*vid. J.C. Fernández Rozas y S.A. Sánchez Lorenzo, Derecho internacional privado, op. cit., p. 472; P. Orejudo Prieto de los Mozos, op. cit., p. 137*).

del fallecimiento o de la declaración de fallecimiento (para el caso de que ésta no suponga el fin del matrimonio) en las relaciones entre los cónyuges deberá examinarse a partir de las previsiones del Derecho rector de los efectos del matrimonio. Lo normal será que el fallecimiento y la declaración de fallecimiento impongan la disolución del régimen económico matrimonial⁵¹³; aunque puede suceder que esto no sea así. Este será el caso en los Derechos que prevén la continuación de la comunidad tras el fallecimiento de uno de los cónyuges con los herederos del premuerto; tal como hace en el Derecho español la Compilación aragonesa⁵¹⁴ y el Derecho civil foral navarro⁵¹⁵. En estos casos, las reglas de la continuidad de la comunidad serán las que establezca el Derecho rector de los efectos del matrimonio⁵¹⁶, aunque también tendrá incidencia en este punto la ley sucesoria, en tanto en cuanto determinará quiénes serán los herederos del fallecido⁵¹⁷. Además, resultará que la aplicación de la ley rectora de los efectos del matrimonio condicionará la aplicación de la ley sucesoria. Así, los bienes del causante que forman parte de la comunidad quedarán excluidos de la sucesión, debiendo, por tanto, procederse a determinar la sucesión respecto a estos una vez que se haya extinguido la comunidad; situación que puede no haber sido prevista por el Derecho rector de la sucesión.

Esta disolución tendrá, en los casos en que existan bienes comunes, incidencia en el patrimonio del cónyuge supérstite y en el caudal hereditario del fallecido. Incluso no existiendo tales bienes, resulta usual que los diferentes ordenamientos reconozcan determinados derechos del cónyuge supérstite sobre ciertos bienes del causante, que pasan al matrimonio del viudo o viuda sin entrar en el caudal hereditario, por atribución

⁵¹³. Esta disolución puede derivarse también de otras circunstancias. Así, el acuerdo de los cónyuges (*vid. el art. 1392 del C.c.*) o la decisión judicial a solicitud de uno de los cónyuges dándose determinadas circunstancias (*vid. art. 1393 del C.c.*). En todos estos supuestos será el Derecho rector de los efectos del matrimonio el que determinará si la circunstancia de que se trate implica o no la terminación del vínculo matrimonial.

⁵¹⁴. Arts. 60 a 71 de la Compilación. *Vid. supra* n. núm. 267. *Vid.* sobre esta institución M^a.E. Zabalo Escudero, *op. cit.*, pp. 80-84.

⁵¹⁵. *Vid.* la Ley 87 de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra: “Son causas de disolución de la sociedad conyugal de conquistas: (...) 3. La disolución del matrimonio o el fallecimiento de uno de los cónyuges, salvo que, en este último caso, se hubiere pactado en capitulaciones matrimoniales la continuación de la sociedad.”

⁵¹⁶. Cf. M^a.E. Zabalo Escudero, *op. cit.*, p. 82. Existen opiniones contrarias a esta solución que optan por una calificación sucesoria (*vid.* sobre este debate N. Bouza Vidal, *op. cit.*, pp. 147-151). Estas opiniones se basan en la consideración de que la comunidad que se establece entre el cónyuge supérstite y los herederos del fallecido es una nueva comunidad y no la continuidad de la que existía en vida de ambos cónyuges; pero la regulación legal parece más bien indicarnos que se trata de una auténtica continuación en la comunidad ya existente. Esta parece ser también la solución en otros ordenamientos que conocen figuras similares a la comunidad continuada aragonesa (*vid.* M^a.E. Zabalo Escudero, *op. cit.*, pp. 80 y 82).

⁵¹⁷. Cf. N. Bouza Vidal, *op. cit.*, p. 150.

directa de la normativa matrimonial⁵¹⁸A su vez, este caudal hereditario deberá ser repartido de acuerdo con las previsiones que establezca el derecho rector de la sucesión; sucesión en la que, habitualmente, también tendrá participación el cónyuge supérstite. Como es sabido, esta doble intervención del cónyuge supérstite en la redistribución del patrimonio del causante en el momento del fallecimiento -primero en la fase de liquidación del patrimonio común que pudiese existir y, posteriormente, en la fase de distribución de la herencia- ha sido el origen de diversos desajustes o inadaptaciones en la aplicación de la ley rectora de los efectos del matrimonio y de la ley sucesoria. Nos ocuparemos de estas cuestiones en los apartados que dedicaremos al conflicto de calificaciones y a la adaptación⁵¹⁹.

2. La interpretación de los puntos de conexión.

A) Los puntos de conexión objetivos.

a) Carácteres generales de la regulación.

La regulación vigente en materia de efectos del matrimonio se articula en torno a los principios de proximidad y de autonomía de la voluntad. De esta forma, se establecen una serie de puntos de conexión que operan sucesivamente y que pretenden que los efectos del matrimonio se rijan por aquella ley que en cada circunstancia presenta una conexión más estrecha con el supuesto. Entre medias se intercala la posibilidad de que las partes elijan, de una forma limitada, el Derecho rector de los efectos del matrimonio, aunque esta elección no puede operar en aquellos casos en los que el supuesto presenta, desde la perspectiva del legislador español, una conexión sumamente estrecha con un ordenamiento determinado; en concreto el de la ley personal común de los cónyuges en el momento de celebración del matrimonio. Además, se permite (art. 9.3 del C.c.) que los cónyuges regulen su régimen económico matrimonial mediante capitulaciones siempre que tales estén permitidas por la ley que rige los efectos del matrimonio o por la ley personal o de la residencia de cualquiera de ellos en el momento del otorgamiento de tales capitulaciones. De esta forma, deberemos tener en

⁵¹⁸. Se trata de la atribución al cónyuge supérstite del ajuar familiar; *vid.* art. 1321 del C.c., art. 35 del Código de familia de Cataluña.

⁵¹⁹. *Infra* apartado 3.A) y B).

cuenta en la determinación del Derecho rector del matrimonio también la ley de acuerdo con la cual se hayan otorgado las capitulaciones matrimoniales previstas en el art. 9.3 del C.c. Estos preceptos sirven para regular tanto las situaciones privadas internacionalmente heterogéneas como para resolver los conflictos de leyes dentro de España, entendiendo en este caso ley personal como vecindad civil y considerando la previsión específica del art. 16.3 del C.c. para los supuestos del matrimonio de dos españoles de distinta vecindad civil en que no sea posible, mediante la utilización de los criterios del art. 9.2 del C.c., la identificación de un Derecho español rector de los efectos de tal matrimonio. De acuerdo con lo que he mantenido en el apartado dedicado a la delimitación del matrimonio a efectos de este estudio⁵²⁰, resultará que el art. 9.2 del C.c. también habrá de ser utilizado para determinar el Derecho aplicable a las obligaciones personales y patrimoniales entre convivientes de hecho; en tanto en cuanto el legislador estatal no regule de una forma expresa el Derecho rector de las uniones estables de pareja; tarea que debería entenderse como urgente dada la convivencia dentro del Estado español de diversas regulaciones autonómicas en esta materia⁵²¹. En este apartado examinaremos brevemente las conexiones objetivas elegidas por el legislador español para en el siguiente detenernos en la forma en que opera la autonomía de la voluntad en este ámbito.

Con carácter general, y antes de entrar en cada una de las conexiones, debe destacarse la clara voluntad del legislador para determinar el Derecho rector del matrimonio en el momento de celebración del mismo⁵²², eliminando los problemas que

⁵²⁰. *Supra* apartado II.2.

⁵²¹. *Vid. supra* apartado II.2.D). La Sent. de la A.P. de Navarra de 12 de junio de 2002 (*supra* n. núm. 220) aplicó analógicamente el art. 9.2 del C.c. para determinar el Derecho español rector de las relaciones entre los componentes de una pareja de hecho. *Vid.* sobre esta posibilidad (con anterioridad a esta decisión) B.L. Carrillo Carrillo, “Ley aplicable a las parejas de hecho en Derecho internacional privado español”, en A.L. Calvo Caravaca y J.L. Iriarte Ángel (ed.), *Mundialización y familia*, Madrid, Colex, 2001, pp. 385-451, pp. 413-422, quien, tras examinar los argumentos existentes y las diferentes posiciones doctrinales, opta por rechazar esta aplicación analógica del art. 9.2 del C.c. a la regulación de las parejas de hecho. Se muestra partidario de esta aplicación analógica E. Brancós Núñez, “Conflictos de Derecho internacional e interregional en la sucesión de cónyuges y convivientes”, *La Notaria*, 2002, abril, núm. 4, pp. 59-77, pp. 75-76.

⁵²². La inmutabilidad del Derecho rector de los efectos del matrimonio no resulta, sin embargo, pacíficamente admitida por el tráfico jurídico, siendo varios los supuestos en los que las partes litigantes han basado sus pretensiones en la alteración del régimen económico matrimonial derivada de la alteración de la vecindad civil tras la celebración. *Vid.* la STS (Civil), de 14 de febrero de 2000 (*RAJ*, 2000\676); STS (Civil), de 20 de marzo de 2000 (*RAJ*, 2000\2020); STSJ de Aragón (Sala de lo Civil y Penal), de 10 de marzo de 1999 (*RAJ*, 1999\1337; *vid.* sobre esta decisión M.^aE. Zabalo Escudero, “La aplicación de las normas de conflicto del Derecho interregional (a propósito de la Sentencia del TSJ de Aragón de 10 de marzo de 1999)”, *RDCA*, 1999, núm. 2, pp. 247-252). En todas estas decisiones no se discutió la aplicación del art. 9.2 del C.c. en la redacción dada en 1990; pero no cabe olvidar que podría resultar

podrían derivarse de la posibilidad de conflicto móvil; en claro contraste con la regulación anterior a la reforma de 1990⁵²³. Se trata de una opción lógica. Por un lado, tal como hemos visto, los efectos personales del matrimonio definen el contenido de la institución, por lo que no resulta aconsejable que varíe el marco legal de referencia respecto a ellos durante la vida del matrimonio. Por otro lado, la invariabilidad de la ley rectora de los efectos patrimoniales del matrimonio refuerza la seguridad jurídica en este sector⁵²⁴. Ciertamente, ésta sería máxima si se impidiera alteración alguna en el régimen económico del matrimonio tras la celebración; pero, como es sabido, esta no es una opción posible, toda vez que puede resultar necesario alterar el régimen material de relaciones patrimoniales entre los cónyuges. El sistema español actual permite esta mutabilidad mediante el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales, tal como vamos

posible argumentar la aplicación de la ley que resultaría de la versión derogada de este precepto para las situaciones que hubieran surgido con anterioridad a 1990, siempre que admitamos el carácter irretroactivo del precepto. *Vid.* en este sentido la Sent. de la AP de Baleares de 10 de septiembre de 2002 (*B.D. Aranzadi*, JUR 2002\272157) y la Sent. de la AP de Barcelona (Sección 12^a), de 21 de octubre de 1998 (*B.D. Aranzadi*, AC 1998\8952). La Sent. de la AP de Zaragoza de 17 de enero de 1995 (*B.D. Aranzadi*, AC 1995\64) aplicó igualmente la versión de los apartados 2 y 3 del art. 9 anterior al año 1990 y también se planteó la cuestión del alcance retroactivo del art. 9.2 del C.c. en su redacción del año 1990 en la Sent. de la AP de Baleares de 30 de marzo de 2002 (*B.D. Aranzadi*, JUR 2002\192542), aunque en este caso el Tribunal no se pronunció sobre el problema. En relación con esta cuestión debemos recordar que la redacción del art. 9.2 anterior a la reforma de 1990 ha sido considerada inconstitucional por el Tribunal Constitucional (STC 39/2002), debiendo determinarse también la retroactividad de esta decisión, cuestión que corresponde resolver a la jurisdicción ordinaria (*cf.* E. Rodríguez Pineau, “La inconstitucionalidad del artículo 9.2 CC de 1974 (Comentario a la STC 39/2002, de 14 de febrero)”, *REDI*, 2002, vol. LIV, núm. 1, pp. 243-254, pp. 253-254). *Vid.* en general sobre la cuestión de la sucesión de normas de conflicto, J.C. Fernández Rozas, “Sucesión de normas y Derecho internacional privado: consideraciones en torno a la crisis de las soluciones unitarias en el Derecho intertemporal”, *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al profesor don Manuel Díez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 1349-1372, pp. 1367-1368 y referencias allí contenidas. Para el tratamiento específico del problema en materia de efectos del matrimonio *vid.* M.A. Amores Conradi, “Efectos del matrimonio”, en J.D. González Campos y otros, *op. cit.*, pp. 329-354, pp. 342-346.

⁵²³. El tenor de los apartados 2 y 3 del art. 9 con anterioridad a la reforma operada por la Ley 11/1990, de 15 de octubre era el siguiente: art. 9.2: “Las relaciones personales entre los cónyuges se regirán por su última ley nacional común durante el matrimonio y, en su defecto, por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración.” Art. 9.3: “Las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, a falta o por insuficiencia de capitulaciones permitidas por la ley de cualquiera de ellos se regirán por la misma ley que las relaciones personales. El cambio de nacionalidad no alterará el régimen económico matrimonial, salvo que así lo acuerden los cónyuges y no lo impida su nueva ley nacional.” Como es notorio, y tal como ha mostrado la doctrina que se ha ocupado de esta materia (M.A. Amores Conradi, “Artículo 9, apartados 2 y 3”, en M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (dirs.), *op. cit.*, t-I, vol. 2º, 2^a ed. 1995, pp. 181-205, pp. 195-201), estos preceptos son inconstitucionales, al incluir una conexión que introduce una discriminación por razón del sexo. El TC ha confirmado esta inconstitucionalidad en su Sent. 39/2002, de 14 de febrero de 2002 (www.boe.es/boe/tc/), correspondiendo a la jurisdicción ordinaria determinar la forma de integrar la laguna que se produce con la anulación de la referencia a la ley nacional del marido en el art. 9.2 del C.c, en la redacción que es fruto de la reforma del Título Preliminar de 1974. Sobre esta decisión *vid.* E. Rodríguez Pineau, “La inconstitucionalidad del artículo...”, *loc. cit.*, pp. 243-254.

⁵²⁴. *Vid.* E. Rodríguez Pineau, *op. cit.*, p. 29; M.A. Amores Conradi, “Las relaciones entre cónyuges en el nuevo Derecho internacional privado de la familia: valores jurídicos y técnicas de reglamentación”, *ADC*, 1987, vol. 40, fasc. I, pp. 89-138, pp. 119-120 donde se afirma que la mutabilidad de las conexiones puede perjudicar los intereses del tercero, aunque las normas de Derecho transitorio son capaces de resolver los problemas que de aquí se derivan, *vid. ibidem.*, pp. 136-137.

a ver, pero sin admitir el cambio en el Derecho rector del matrimonio. Esta invariabilidad presenta la ventaja de ofrecer un marco determinado para las relaciones matrimoniales y exige que la mutación de la regulación se realice mediante un instrumento que facilita el conocimiento de la alteración operada, tal como tuvimos ocasión de examinar en el apartado relativo a la publicidad del régimen económico matrimonial. De esta forma se consigue equilibrar seguridad jurídica y flexibilidad para adecuar la regulación de las relaciones entre los cónyuges a las variaciones que se pueden producir durante la vida del matrimonio⁵²⁵.

b) Ley personal común de los cónyuges.

La primera de las conexiones que utiliza nuestro sistema de DIPr. es la ley personal común de los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio. En la determinación del Estado cuyo ordenamiento haya de regir los efectos del matrimonio esta ley personal deberá ser interpretada como la ley nacional de los cónyuges (art. 9.1 del C.c.), teniendo en cuenta las previsiones de los apartados 9 y 10 del C.c. para los supuestos de apatriadía o pluralidad de nacionalidades. La elección de la nacionalidad como conexión que determina la ley personal de los individuos es, como es sabido, discutida⁵²⁶; pero se trata de un debate que no corresponde abordar aquí. En este punto

⁵²⁵. Esta valoración positiva de la concreción temporal del Derecho rector de los efectos del matrimonio no es compartida por un relevante sector doctrinal, que entiende que el transcurso del tiempo puede implicar una desvinculación del matrimonio respecto al Derecho que regía los efectos del matrimonio en el momento de su constitución (*cf.* M.A. Amores Conradi, “Artículo 9, apartados 2 y 3”, *loc. cit.*, pp. 204-205; A. Borrás Rodríguez, “Artículo 9.2”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 447-454, pp. 452-453). Aún reconociendo que es cierto que el transcurso del tiempo puede implicar que un ordenamiento inicialmente estrechamente conectado con el matrimonio deje de estarlo; algo que siempre resulta posible en una relación continuada; pero teniendo en cuenta la ya señalada vinculación entre la definición misma de la institución y el Derecho rector de los efectos personales del matrimonio, creo que resulta preferible continuar aplicando el Derecho que inicialmente rige estos efectos que afrontar los problemas de inadaptación a los que puede enfrentarse un cambio del Derecho rector del matrimonio constante matrimonio. Por otro lado, la posibilidad de realizar capitulaciones matrimoniales, incluso de acuerdo con lo previsto por Derechos diferentes del rector de los efectos, puede paliar en parte estas dificultades. Finalmente, en ocasiones, el problema se plantea no por la inadecuación de concretar temporalmente la conexión, sino por la falta de conexión real entre la conexión y el matrimonio, tal como veremos inmediatamente.

⁵²⁶. Se trata de una conexión que podría resultar contraria a la prohibición comunitaria de discriminación por razón de la nacionalidad, *vid.* A. Quiñones Escámez, “Compatibilidad de la norma de conflicto relativa a los efectos del divorcio con el Derecho comunitario”, *RDCE*, 2001, año 5, núm. 10, pp. 645-661, pp. 647-648. *Vid.* la STJCE de 10 de junio de 1999 (Asunto C- 430/87, *Jutta Johannes c. Hartmut Johannes*). En general, sobre la compatibilidad de la conexión nacionalidad con el Derecho comunitario *vid.* S.A. Sánchez Lorenzo, “La incidencia del principio comunitario de no discriminación por razón de nacionalidad en los sistemas conflictuales de los Estados miembros”, *RCEA*, 1996, vol. XII, pp. 61-81; M. Gardeñas Santiago, “La imperatividad internacional del principio comunitario de no

basta con señalar que establecer como primera conexión del sistema la ley personal común de los cónyuges es coherente con la estrecha vinculación existente entre la determinación de los efectos del matrimonio, sobre todo los efectos personales, y la configuración de los aspectos más íntimos de la persona; en este sentido la opción que realiza el legislador español a favor de la ley personal de los cónyuges debe ser valorada favorablemente⁵²⁷; con independencia del mayor o menor acierto en la determinación de esta ley personal. La alternativa a esta opción, tal como hemos apuntado más arriba, sería la consideración de la ley de la autoridad que ha intervenido en la celebración del matrimonio; dada la estrecha conexión existente entre el objeto del consentimiento matrimonial y la determinación de los efectos del matrimonio.

Tal como hemos visto, los apartados 2 y 3 del art. 9 del C.c. también serán utilizados en la determinación del Derecho aplicable a los efectos del matrimonio en los supuestos internos. En estos casos, la ley personal será la determinada por la vecindad civil, de acuerdo con lo establecido en el art. 16 del C.c. En la práctica, los problemas de aplicación de esta regla se darán por las dificultades de determinación de la vecindad civil⁵²⁸; especialmente en los supuestos en los que ésta no consta en el Registro Civil. Ahora bien, estas dificultades en ningún caso han de implicar la inaplicación de esta conexión. La autoridad que deba pronunciarse sobre el Derecho rector de los efectos del matrimonio deberá determinar la vecindad civil de los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio a la luz de las circunstancias presentes en el caso. La falta de una constancia registral de la vecindad civil dificultará que pueda alcanzarse certeza sobre este punto, pudiendo resultar que la vecindad que se considere no sea la que efectivamente se posee, al haber tenido que basarse la autoridad que esté conociendo en las indicaciones que realicen los propios interesados. La manera de superar esta situación es la regulación de la constancia registral de la vecindad civil, de tal forma que ésta pueda beneficiarse de los mecanismos de publicidad que ofrece el Registro, a la vez que de la necesidad de que su prueba se realice a partir de las propias constancias

discriminación por razón de la nacionalidad (reflexiones en torno a la Sentencia del TJCE “Boukhalfa”, de 20 de abril de 1996, desde la óptica del Derecho internacional privado”), *RIE*, 1996, pp. 863-877. Sobre la polémica en torno a la identificación de la ley personal *vid. J.C. Fernández Rozas, “Derecho de la persona”, en J.D. González Campos y otros, op. cit., pp. 37-97, pp. 42-44.*

⁵²⁷. Ya hemos visto cómo los efectos personales del matrimonio se vinculan con la definición misma de la institución. *Vid. J.Mª Espinar Vicente, op. cit., p. 291.*

⁵²⁸. *Vid. supra* n. núm. 460. En relación con la nacionalidad serán menores los problemas de prueba, aunque sí es posible que se planteen en determinadas circunstancias. *Vid. J.C. Fernández Rozas, Derecho español de la nacionalidad*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 115-132 (epígrafe redactado por S.A. Sánchez Lorenzo).

registrales⁵²⁹. Esta es, sin embargo, una cuestión que se escapa del objeto del presente trabajo.

El problema de más enjundia que puede plantear la aplicación de esta primera conexión del art. 9.2 del C.c. se producirá en aquellos casos en los que exista simultáneamente un conflicto internacional y un conflicto interno. Son varios los supuestos en los que esta confluencia de conflictos puede plantear dificultades. El que más interés presentará será aquél que se produzca cuando se trate de determinar el Derecho rector de los efectos del matrimonio de dos españoles de distinta vecindad civil que no fijan su primera residencia en España ni han contraído matrimonio en nuestro país. En este supuesto la aplicación del art. 9.2 al conflicto internacional determina la aplicación del Derecho español; pero, a falta de pacto sobre este extremo entre los cónyuges, la utilización de este precepto no permite determinar el Derecho español que habrá de regir el matrimonio. Como es sabido, el art. 16.3 del C.c. resuelve este problema estableciendo la aplicación en este caso del Código civil, con la única matización de que si la vecindad civil de ambos cónyuges remite a un Derecho en el que el régimen económico matrimonial legal es el de separación de bienes no se entenderá que el matrimonio se encuentra en régimen de gananciales, sino en régimen de separación de bienes, aunque, eso sí, el régimen de separación regulado por el C.c. Las críticas vertidas sobre esta solución son suficientemente conocidas como para que deban ser reproducidas aquí⁵³⁰. Por mi parte, suscribo estas críticas y, tal como ha defendido la doctrina, entiendo que hubiera resultado preferible una cláusula de cierre que se hubiera basado en la aplicación de la ley más estrechamente vinculada con el supuesto; solución que no hubiera implicado establecer la aplicación preferente de uno de los Derechos españoles sobre los demás y que impediría la aplicación al caso de un Derecho que puede estar totalmente desconectado con el supuesto⁵³¹.

El problema de la incardinación en un supuesto heterogéneo desde el punto de vista internacional de un conflicto interno de leyes también se puede manifestar en los supuestos en los que resulte aplicable al caso un Derecho extranjero, siempre que se

⁵²⁹. *Vid.* arts. 327 del C.c. y 2 de la LRC.

⁵³⁰. *Vid.* el Voto Particular del Magistrado J.D. González Campos a la STC 226/1993, de 8 de julio (*BOE*, 2-VIII-1993, www.boe.es/boe/tc/). *Vid.* también M.^aE. Zabalo Escudero, “Artículo 16, apartado 3”, en M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (dir.), *op. cit.*, t-I, vol. 2, 2^a ed. 1995, pp. 1301-1315, pp. 1312-1315 y referencias allí contenidas.

⁵³¹. Así, en el caso del matrimonio de dos españoles, uno con vecindad civil catalana y otro con vecindad civil aragonesa. Puede no existir ningún vínculo con el Derecho común, que, sin embargo, será el que finalmente se aplique. *Vid.* sobre esta crítica M.^aE. Zabalo Escudero, “Artículo 16...”, *loc. cit.*, pp. 1310-1311.

trate de un ordenamiento plurilegal. En estos casos, el art. 12.5 del C.c. prevé, como es sabido, que la determinación del Derecho aplicable dentro del sistema plurilegal deberá realizarse de acuerdo con las normas sobre resolución de conflicto de leyes del Estado al que nos remite la norma de conflicto. Las dificultades de aplicación de este precepto son también lo suficientemente conocidas para que deban ser reproducidas aquí, iniciando en una idea que ya he expuesto en otro lugar⁵³², que la jurisprudencia española ha inaplicado sistemáticamente este precepto, operando en la práctica como si cada ordenamiento diferenciado dentro del Estado plurilegal hubiera de ser considerado como un Estado a efectos de aplicación de la norma de conflicto. Se trata de una solución que, de no ser por la existencia del mandato legal, debería ser valorada positivamente, tal como he mantenido, y que podría operar también en los supuestos en los que resultara aplicable el ordenamiento español, sirviendo de alternativa a la propuesta de una cláusula de cierre en el art. 16.3 del C.c. basada en el principio de proximidad.

c) Primera residencia del matrimonio tras la celebración.

La segunda conexión objetiva en materia de efectos del matrimonio es la primera residencia del matrimonio tras la celebración. Se trata de una conexión “neutral” en el sentido de que no implica privilegiar a ninguno de los dos cónyuges; y que cumple el objetivo de que el Derecho rector de los efectos del matrimonio quede fijado en el inicio de la relación matrimonial, sin que resulte ya posible alterarlo en el futuro. Esta conexión, sin embargo, plantea dos problemas. El primero es la posibilidad de que no exista una primera residencia común inmediatamente posterior a la celebración, lo que implicaría la necesidad de utilizar la conexión de cierre del sistema, el Derecho del lugar de celebración del matrimonio. El segundo problema es que, en determinadas circunstancias, el lugar de la primera residencia tras la celebración puede conducirnos a un ordenamiento que no muestre una conexión lo suficientemente significativa con el caso⁵³³. Esta última posibilidad, unida a la imposibilidad de alterar el Derecho rector del matrimonio tendrá como consecuencia el que durante toda la vida

⁵³². En el proyecto docente e investigador presentado en el curso del primer ejercicio de este concurso oposición, apartado III.2.D.

⁵³³. Cf. M.A. Amores Conradi, “Artículo 9, apartados 2 y 3”, *loc. cit.*, p. 204; J.Mª. Espinar Vicente, *op. cit.*, p. 303.

del matrimonio el Derecho rector de éste mostrará una conexión puramente accidental con la vida del matrimonio.

La introducción de esta conexión en el año 1990 respondía a la necesidad de encontrar conexiones que permitiesen identificar el Derecho rector de los efectos del matrimonio y que no implicasen una discriminación por razón del sexo⁵³⁴. Conexiones que, además, permitiesen concretar el Derecho rector de los efectos del matrimonio en el momento inicial de la vida conyugal. La primera residencia del matrimonio no es, desde esta perspectiva, una mala conexión. Indica, en la mayoría de los casos una conexión fuerte con el matrimonio⁵³⁵, ya que, con frecuencia, la primera residencia del matrimonio se prolonga durante años y, en ocasiones, durante toda la vida del matrimonio. Es, además, una conexión “neutral” en el sentido que apuntábamos en el párrafo anterior y que, finalmente, permite ser concretada en la mayor parte de los casos. La neutralidad de la conexión no precisa mayores explicaciones, y su virtualidad para identificar un Derecho próximo al matrimonio será tratada posteriormente. Resta, por tanto, determinar la forma en que se concreta. En muchos supuestos esta concreción no será difícil. Con frecuencia, los cónyuges han dispuesto, incluso con anterioridad a la celebración del matrimonio, cuál va a ser su residencia una vez iniciada la vida en común. En tales casos no planteará ningún problema la concreción de esta conexión. Puede suceder, sin embargo, que tras el matrimonio pase algún tiempo hasta que los cónyuges fijan una residencia común. Ciertamente, la teleología de la conexión no exige que la “inmediatez” que figura en el art. 9.2 implique que la residencia tenga que ser efectiva el día siguiente a la celebración; pero sí que ha de concretarse en un plazo corto tras la celebración, plazo cuya adecuación a las exigencias de la conexión deberá, inevitablemente, valorarse a la luz de las circunstancias del caso concreto. En los supuestos, cada vez más habituales, en los que los cónyuges permanecen viviendo separados tras la celebración no podrá operar la conexión, debiendo regirse los efectos del matrimonio por la ley del lugar de celebración. Cabe plantearse la duda de cuál es la

⁵³⁴. Vid. J.M^a. Espinar Vicente, *op. cit.*, pp. 302-303.

⁵³⁵. Vid., por ejemplo, los casos resueltos por la Sent. de la AP de Barcelona (Sección 12^a), de 25 de abril de 2002 (*B.D. Aranzadi*, JUR 2002\185021); por la Sent. de la AP de Palma de Mallorca de 30 de marzo de 2002 (*B.D. Aranzadi*, JUR 2002\192542); por la Sent. de la AP de Zaragoza 465/2000 (Sección 2^a), de 10 de julio de 2000 (*B.D. Aranzadi*, JUR 2000\271687); y por la Sent. de la AP. de Zaragoza de 19 de abril de 1995 (*B.D. Aranzadi*, AC 1995\611). En Francia, con anterioridad a la entrada en vigor del Convenio de La Haya de 14 de marzo de 1978 sobre ley aplicable a los regímenes matrimoniales, la jurisprudencia había optado por remitir la regulación de esta cuestión al Derecho del país en que se fijara el primer domicilio conyugal tras la celebración; vid. la Sent. de la *Cour de cassation* (Sala 1^a Civil), de 5 de noviembre de 1996, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1998, vol. 87, núm. 4, pp. 596-597; “Nota” de B. Bourdelois, *ibid.*, pp. 597-602.

solución en los supuestos en los que los cónyuges, pese a no tener una residencia común, viven tras la celebración en el mismo Estado (o en el mismo territorio, si se trata de la resolución de los conflictos internos). De acuerdo con la literalidad del art. 9.2 del C.c. no creo que en este caso pueda operar la regla de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, pues dos residencias separadas, aún en la misma ciudad, no hacen una residencia común. De todas formas, debe apuntarse que en otros ordenamientos esta conexión ha sido interpretada en el sentido de identificar el Derecho del Estado (o del territorio) en el que tienen su domicilio ambos cónyuges tras la celebración⁵³⁶. Se trata de una solución que, pese a no adaptarse al tenor literal del precepto, permitiría, con frecuencia, identificar un ordenamiento más estrechamente vinculado con el matrimonio que el que resultaría de la conexión de cierre del sistema, el lugar de celebración del matrimonio; y, desde luego, resultaría mucho más adecuada que el recurso al Código Civil en los supuestos en los que deba regirse por el Derecho español el matrimonio de dos españoles de distinta vecindad civil que han contraído matrimonio en el extranjero⁵³⁷.

d) Lugar de celebración del matrimonio.

La conexión de cierre del sistema es el lugar de celebración del matrimonio. Se ha criticado con frecuencia que se trata de una conexión que no garantiza una proximidad suficiente del Derecho designado con el matrimonio⁵³⁸. Ciertamente presenta la ventaja de su fácil identificación y de su inalterabilidad temporal, lo que

⁵³⁶. *Vid.* G.A.L. Droz, “Cours général...”, *loc. cit.*, p. 162. En el Derecho francés, en materia de divorcio se mantuvo la aplicación de la ley del Estado en el que ambos cónyuges estuviesen domiciliados, pese a que viviesen separados (*vid.* la Sent. del Tribunal de Casación francés de 17 de abril de 1953, *Rivière c. Roumantzeff*, *vid.* Y. Loussouarn y P. Bourel, *Droit international privé*, París, Dalloz, 6^a ed. 1999, pp. 374-376). Posteriormente esta jurisprudencia se extendió a los efectos del matrimonio (*ibidem*, pp. 364-365); aunque tienen razón estos autores cuando mantienen que en materia de efectos del matrimonio (a diferencia de lo que sucede en un caso de divorcio) no debería interpretarse que en caso de que los cónyuges vivan separados pueda aplicarse la ley del Estado en el que viven ambos.

⁵³⁷. Piénsese, por ilustrar el caso, en dos méridos cooperantes españoles en algún país de África o Asia, de vecindad civil respectivamente catalana y aragonesa. Se casan en el consulado de España en el país en el que se han conocido y a continuación regresan a España donde se instalarán. Durante algunos años uno de ellos vive en un pueblo de Lérida, donde está destinado en un CAP y el otro en Barcelona, donde completa sus estudios como residente en el Hospital Clínic. ¿No resulta más adecuado en este caso que sea el Derecho catalán el que rija los efectos del matrimonio que no el C.c. y, en concreto, la regulación del régimen legal de gananciales?

⁵³⁸. *Cf.* M.A. Amores Conradi, “Artículo 9...”, *loc. cit.*, p. 205; J.M^a. Espinar Vicente, *op. cit.*, p. 303; E. Rodríguez Pineau, *op. cit.*, pp. 303-304; J.C. Fernández Rozas y S.A. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, *op. cit.*, p. 486.

favorece la consecución de la seguridad jurídica⁵³⁹; ventajas que no palían, sin embargo, la posibilidad de que tal conexión nos remita a un Derecho que plantea solamente una conexión accidental con el supuesto⁵⁴⁰. Aún reconociendo la exactitud de estas críticas a la conexión, no puedo dejar de señalar que, con frecuencia, el Derecho determinado por el lugar de celebración del matrimonio nos conducirá al ordenamiento de la autoridad que haya intervenido en la celebración del matrimonio; y éste ya no puede afirmarse que resulte un Derecho que presente una conexión débil con el supuesto, aunque nada más que sea por el hecho de que el contenido del consentimiento matrimonial será el determinado por este Derecho⁵⁴¹. Al fin y al cabo, el matrimonio que se contrae es aquél que define el Derecho de la autoridad que participa en la celebración y deberá ser este Derecho el que deba ser considerado para constatar su equivalencia con la institución matrimonial regulada en el resto de ordenamientos que puedan vincularse con el matrimonio. Tal como he defendido antes, este Derecho, además, debería ser el que determinase las causas de disolución del vínculo matrimonial. Además, normalmente la celebración del matrimonio de acuerdo con las previsiones de un determinado ordenamiento exigirá algún tipo de vinculación del caso con aquel Derecho⁵⁴². Bien es cierto, también, que existen ordenamientos que admiten la celebración de matrimonios de acuerdo con su Derecho sin exigir ningún requisito específico de vinculación de ninguno de los cónyuges con tal ordenamiento; pero lo usual será que el lugar de celebración del matrimonio presente alguna vinculación significativa con el matrimonio que se ha celebrado.

La afirmación anterior, sin embargo, quiebra en dos supuestos: en los matrimonios consulares y en los supuestos internos. En el caso de los matrimonios consulares⁵⁴³, el lugar de celebración del matrimonio no se vincula con el Derecho de la autoridad que interviene en la celebración; resultando posible que tampoco exista una vinculación especialmente relevante con el Estado en el que se encuentra el consulado en el que se celebra el matrimonio⁵⁴⁴. En los supuestos internos, la posibilidad de que la autoridad que haya tramitado el expediente previo –que será la del domicilio de alguno

⁵³⁹. *Vid.* E. Rodríguez Pineau, *op. cit.*, p. 33.

⁵⁴⁰. *Vid.* los ejemplos que plantean J.C. Fernández Rozas y S.A. Sánchez Lorenzo (*Derecho internacional privado*, *op. cit.*, p. 486).

⁵⁴¹. *Vid.* P. Orejudo Prieto de los Mozos, *op. cit.*, pp. 178-200.

⁵⁴². *Vid.* P. Orejudo Prieto de los Mozos, *op. cit.*, pp. 51-57.

⁵⁴³. *Vid.* R. Arroyo Montero, *La celebración del matrimonio de los españoles en el extranjero ante los agentes diplomáticos y funcionarios consulares*, Madrid, UCM (tesis), 1991, pp. 207 y ss..

⁵⁴⁴. *Vid.* R. Arroyo Montero, “Un caso atípico de matrimonio consular”, *REDI*, 1989, vol. XLI, pp. 349-352; P. Orejudo Prieto de los Mozos, *op. cit.*, pp. 166-167.

de los cónyuges- delegue la recepción del consentimiento en otra autoridad española puede implicar que el matrimonio se celebre en un territorio que no presenta una vinculación significativa con los cónyuges, pudiendo resultar determinado de esta forma como Derecho rector del matrimonio un Derecho español que carece de proximidad suficiente con el caso. Esta misma desvinculación puede darse también en el caso de celebración de matrimonio religioso en los supuestos legalmente previstos⁵⁴⁵. La existencia de todos estos supuestos en los que no se aprecia una proximidad suficiente entre el matrimonio y el lugar en el que se ha celebrado aconsejarán sustituir esta conexión por otra que ofrezca mejores soluciones. En este sentido se ha defendido la utilización como conexión de cierre del Derecho que presente los vínculos más estrechos con el matrimonio⁵⁴⁶. No puede desconocerse, sin embargo, que una conexión flexible implica que hasta el momento en el que surja el litigio no se podrá determinar cuál es el Derecho rector de los efectos del matrimonio, lo que en relación con una conexión que puede desplegar efectos frente a terceros no parece excesivamente aconsejable. En un apartado anterior ya se ha señalado la necesidad de publicar el régimen económico del matrimonio, lo que con una conexión que remita al Derecho más estrechamente vinculado con el caso no parece posible. En estas circunstancias, entiendo que resulta preferible mantener la cláusula de cierre existente, intentando, mediante la modificación de la normativa en materia de constitución del matrimonio, y a través de convenios internacionales, propiciar la existencia de alguna vinculación significativa entre el vínculo matrimonial y el lugar elegido para su celebración.

⁵⁴⁵. *Vid.* P. Orejudo Prieto de los Mozos, *op. cit.*, pp. 168-174.

⁵⁴⁶. Cf. A. Borrás Rodríguez, “No discriminación por razón de sexo: Derecho internacional privado español”, *ADC*, 1991, t-XLIV, fasc. I, pp. 233-249, p. 248; E. Rodríguez Pineau, *op. cit.*, pp. 33-34. Señala esta última autora que esta conexión ha sido interpretada como una manifestación de la voluntad de los cónyuges de que sea el Derecho del lugar de celebración del matrimonio el que rija éste (en este sentido cita a N. Watté, *Les droits et devoirs respectifs des époux en droit international privé*, Bruselas, Larcier, 1987, pp. 106-108; quien, sin embargo, acaba manifestando también sus dudas acerca de la conveniencia de admitir tal conexión (*ibidem.*, p. 108). Elena Rodríguez Pineau descarta esta aplicación al considerar que la jerarquización de las conexiones en materia de efectos y el hecho de que el lugar de celebración se encuentre en último lugar hacen difícil pensar que los cónyuges hayan manipulado el resto de conexiones para llegar a este resultado. Es cierto, pero tampoco cabe olvidar que, no sé por qué razón, existe la creencia extendida de que el Derecho del lugar de celebración del matrimonio determina los efectos de éste en los supuestos en que los cónyuges tienen distinta vecindad civil. La conexión primera residencia del matrimonio es ignorada por la mayoría de los cónyuges. De hecho conozco casos en los que la elección del lugar de celebración del matrimonio no estuvo del todo ajeno a estas consideraciones. Al fin y al cabo es más fácil que los cónyuges se pongan de acuerdo en los meses previos a la ceremonia en este extremo (que, forzosamente, tiene que ser decidido) que en acudir a un notario a elegir el Derecho rector de los efectos del matrimonio.

B) La autonomía de la voluntad de los cónyuges.

a) Intereses en presencia.

En los supuestos en los que las leyes personales de los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio difieran resulta posible que estos elijan el Derecho rector de los efectos del matrimonio. Esta elección deberá realizarse en documento auténtico, con anterioridad a la celebración del matrimonio y la elección se limitará a la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de los cónyuge. La introducción de la autonomía de la voluntad en la determinación del Derecho rector de los efectos del matrimonio ha sido valorada positivamente por la doctrina que se ha ocupado del tema⁵⁴⁷; habiéndose criticado, precisamente, que la autonomía no pudiera ejercerse en supuestos en los que las leyes personales de los cónyuges fuesen coincidentes. En la actualidad, debido a la importancia creciente de los fenómenos migratorios y la intensidad de las relaciones entre culturas jurídicas muy diversas resulta especialmente evidente que la autonomía de la voluntad de los cónyuges debería operar con mayor amplitud en este ámbito. Piénsese en cónyuges extranjeros de la misma nacionalidad que residen en España y que tienen la voluntad de permanecer en nuestro país adquiriendo en el futuro la nacionalidad española. En estos casos, permitir la elección del Derecho español como rector de los efectos del matrimonio impediría que durante toda la vida del mismo éste se viera regido por un Derecho que, progresivamente, irá perdiendo vinculación con el supuesto⁵⁴⁸. Recuérdese que la imposibilidad de alterar con posterioridad a la celebración el Derecho rector de los efectos del matrimonio impide, tal como ya se ha señalado, que este Derecho pueda ajustarse a los cambios en la vida del matrimonio⁵⁴⁹.

Con la regulación actual, sin embargo, la elección de ley solamente es posible si las leyes personales de cada uno de los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio son diferentes. En estos supuestos la elección será posible, aunque limitada a aquellos Derechos que presentan una conexión relevante con el supuesto: la ley

⁵⁴⁷. Cf. M.A. Amores Conradi, “Artículo 9...”, *loc. cit.*, p. 204; J.C. Fernández Rozas y S.A. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, *op. cit.*, p. 485.

⁵⁴⁸. Vid. E. Rodríguez Pineau, “Le jeu de l’identité et l’intégration: paramètres pour une nouvelle lecture du droit international privé concernant les minorités migratoires dans l’Union Européenne”, *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1997, año VII, fasc. 2, pp. 283-311, pp. 295-297; *id. op. cit.*, pp. 31-32 y referencias contenidas en n. núm. 50; J.Mª Espinar Vicente, *op. cit.*, pp. 297-299.

⁵⁴⁹. Vid. esta aproximación en J.C. Fernández Rozas y S.A. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, p. 485.

personal o la de la residencia de cualquiera de los cónyuges. Resulta lógica esta limitación en las leyes que puedan ser elegidas, pues en este caso el reconocimiento de la autonomía de la voluntad no es trasunto de la autonomía material ni supone dejar en manos de los cónyuges la regulación de los efectos de su matrimonio. El legislador se limita a articular una solución para los supuestos en los que existe una heterogeneidad relevante, al no coincidir las leyes personales de los cónyuges⁵⁵⁰, permitiendo que sean los propios cónyuges los que determinen, entre los distintos ordenamientos en conflicto, cuál es el que habrá de regir los efectos de su matrimonio. La necesidad de que el pacto se realice con anterioridad al matrimonio y en documento auténtico, unido a la posibilidad de su publicación en los Registros Civil, Mercantil y de la Propiedad garantiza la seguridad del tráfico y la protección de los terceros que se puedan ver afectados por esta elección⁵⁵¹.

La posibilidad de que los cónyuges elijan el Derecho rector de los efectos del matrimonio resulta especialmente interesante en los supuestos internos. Aquí opera la misma limitación que en los casos internacionales, de tal modo que esta elección solamente podrá ser eficaz si ambos cónyuges no tienen la misma ley personal en el momento de la celebración del matrimonio. Esto es, cuando ostentan distintas vecindades civiles. Se trata de una limitación que resulta obligada por la utilización de los mismos preceptos para la regulación de los supuestos heterogéneos internacionales e internos; pero que podría encontrarse menos justificada aún en aquellos casos en los que los Derechos en conflicto son todos ellos españoles⁵⁵².

Sea como fuere, el caso es que en el momento actual esta elección solamente podrá operar en el ámbito interno cuando no coincidan las vecindades civiles de los cónyuges. Si esta disparidad existe podrá operar la elección, pero limitada al Derecho de la vecindad o la residencia de cualquiera de los cónyuges. En el caso de que la residencia nos traslade a un ordenamiento extranjero, tal Derecho no podrá ser objeto de elección por parte de los cónyuges, toda vez que al tener los dos nacionalidad española

⁵⁵⁰. Resulta significativo que sea la conexión nacionalidad en los supuestos internacionales la que determine la relevancia del elemento de heterogeneidad. En este punto el legislador de 1990 no pudo sustraerse al “vértigo de la ley nacional” (*cf.* M.A. Amores Conradi, “Artículo 9...”, *loc. cit.*, p. 204), lo que ha condenado al sistema a ubicarse en unos parámetros más propios del siglo XIX que del XXI.

⁵⁵¹. *Vid. supra* apartado IV.1.C).

⁵⁵². Cf. A. Font i Segura, *Una construcción sistemática del Derecho interregional*, Barcelona, 2002 (inédito), pp. 142-143. Este autor señala que el marco de los conflictos internos es ideal, dada la existencia de unos valores comunes a todos los Derechos en conflicto, para realizar la tendencia actual a la expansión de la autonomía conflictual.

deberá ser en todo caso el Derecho español el que rija los efectos del matrimonio. De esta forma, en un supuesto como el descrito la elección de un Derecho extranjero como rector de los efectos del matrimonio debería considerarse ineficaz, siendo regulados tales efectos por las conexiones subsidiarias (ley del lugar de la primera residencia del matrimonio tras la celebración o ley del lugar de celebración del matrimonio). Si ninguna de estas conexiones remite a un Derecho español el art. 16.3 del C.c. prevé, tal como es sabido, la aplicación del C.c. (del denominado Derecho común), a salvo del supuesto de que las dos leyes personales de los cónyuges prevean la aplicación de un régimen de separación, en cuyo caso se aplicarán las disposiciones del C.c. sobre separación de bienes, tal como hemos visto en el apartado IV.2.A.b) anterior.

b) La exigencia de que la elección se realice en “documento auténtico”.

La exigencia de que la elección del Derecho rector de los efectos del matrimonio se realice en documento auténtico plantea algunos problemas particulares en los supuestos heterogéneos. En primer lugar, la determinación de qué hemos de entender por documento auténtico. El art. 34 del RH los define⁵⁵³ y el concepto es utilizado en la legislación del Registro Civil⁵⁵⁴. De acuerdo con estos preceptos, será documento auténtico el que ha sido producido por una autoridad o funcionario, con lo que resultará equivalente a documento público⁵⁵⁵, siempre que de fe por si solo, tal como exige el art. 34 del RH. En los supuestos heterogéneos deberemos distinguir aquellos casos en los que el documento haya sido producido por una autoridad española (documentos españoles), de aquellos otros que hayan sido autorizados por una autoridad extranjera (documentos extranjeros). Ambos tipos de documentos serán instrumentos hábiles para contener la elección de Derecho prevista en el art. 9.2 del C.c., excluyéndose la posibilidad de que ésta se realice en un documento privado sin intervención de ninguna autoridad. Ningún problema específico plantean los documentos auténticos españoles;

⁵⁵³. “Se considerarán documentos auténticos para los efectos de la Ley los que, sirviendo de títulos al dominio o derecho real o al asiento practicable, estén expedidos por el Gobierno o por Autoridad o funcionario competente para darlos y deban hacer fe por sí solos”

⁵⁵⁴. Art. 23.1 de la LRC (“Las inscripciones se practicarán en virtud de documento auténtico o, en los casos señalados en la Ley, por declaración en la forma que ella prescribe”), art. 81 del RRC (“El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales”)

⁵⁵⁵. *Vid.* art. 1216 del C.c.: “Son documentos públicos los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley.”

pero sí se plantean ciertas dificultades en relación con los documentos extranjeros. Fundamentalmente en lo que se refiere a la determinación de su calificación como tales documentos públicos y su reconocimiento en nuestro sistema⁵⁵⁶. En lo que se refiere a la cuestión de la calificación, estrictamente deberíamos limitar la categoría de documento público a aquél extranjero que ha sido producido por un funcionario o autoridad extranjeros, excluyéndose aquellos documentos privados en los que la autoridad se ha limitado a legitimar las firmas. No obstante esto, una exigencia rigurosa en este punto podría paralizar el tráfico, por lo que resultaría aconsejable que en el tráfico internacional también se considerasen como auténticos aquellos documentos en los que ha intervenido una autoridad pública, aunque el documento no haya sido producido por tal Autoridad.

Una vez constatado que el documento extranjero que pretende hacerse valer en nuestro sistema puede ser calificado como auténtico deberá ser reconocido en nuestro Derecho. A este fin se exige que el documento vaya provisto de la correspondiente legalización, salvo que algún convenio internacional que resulte aplicable al caso dispense de este requisito. Además, para la inscripción en el Registro civil no será precisa la legalización en los supuestos previstos en el art. 89 del RRC⁵⁵⁷. Si el documento extranjero se encuentra legalizado o se ve dispensado de ello de acuerdo con lo que acabamos de ver, podrá ser considerado como un documento auténtico en el ordenamiento español. Este reconocimiento, sin embargo, no implica que se reconozca como válido el acto o negocio que contiene. La determinación de esta validez deberá realizarse según lo establecido en el sistema de DIPr., debiendo considerar tanto la capacidad de las partes como el cumplimiento de los requisitos formales y la validez en cuanto al contenido. Por lo que se refiere a la capacidad, ésta deberá determinarse a partir de las previsiones del Derecho de la nacionalidad de los cónyuges, atendiendo a las previsiones específicas que pueda establecer para el supuesto concreto o, de no existir éstas a las normas generales sobre capacidad⁵⁵⁸. En cuanto a la forma en que

⁵⁵⁶. Me remito para estas cuestiones a R. Arenas García, *Registro Mercantil...*, *op. cit.*, pp. 384-395; que resulta aplicables en buena medida a la materia que nos ocupa. *Vid.* también P. Jiménez Blanco, “La eficacia probatoria de los documentos públicos extranjeros”, *AEDIPr.*, 2001, vol. 1, pp. 365-404 en lo que se refiere a la eficacia en juicio de los documentos extranjeros.

⁵⁵⁷. Art. 98 del RRC: “Aún siendo preceptiva la legalización, no se exigirá si consta al Encargado la autenticidad, directamente, o bien por haberle llegado el documento por vía oficial o por diligencia bastante. No se exigirá legalización ulterior si consta la autenticidad de la precedente.// El Encargado que dude fundamentalmente de la autenticidad de un documento, realizará las comprobaciones oportunas, sin dilatar el plazo o tiempo señalado para su actuación”.

⁵⁵⁸. *Vid.* el planteamiento de esta solución tradicional en M.A. Amores Conradi, “Artículo 9...”, *loc. cit.*, p. 190; aunque referida a las capacidad para otorgar capitulaciones matrimoniales. Este autor, sin

debe realizarse la elección, el propio art. 9.2 del C.c. obliga a que se instrumente mediante un documento auténtico; ahora bien, tal documento podrá adoptar cualquiera de las formas previstas en el art. 11.1 del C.c.⁵⁵⁹. Resta por determinar el Derecho aplicable al contenido de la elección. Se trata de una cuestión que no aparece expresamente regulada en nuestro sistema de DIPr.; ahora bien, puede mantenerse en este caso la aplicación del Derecho designado por las partes. En tanto en cuanto la elección se inserta en las relaciones entre los cónyuges⁵⁶⁰ debe ser el Derecho rector de los efectos el que determine el régimen del pacto; y de acuerdo con la regla establecida en materia contractual, la validez de la elección se habrá de determinar por el Derecho que regiría el supuesto de haber sido válidamente efectuada tal elección⁵⁶¹.

c) Identificación del Derecho español aplicable en los supuestos de elección.

La posibilidad de que los cónyuges elijan el Derecho rector de los efectos del matrimonio aún plantea un problema en los supuestos en los que resulte aplicado el Derecho español; pero sin que llegue a concretarse cuál de los Derechos españoles ha de regir el supuesto⁵⁶². En este caso, la elección implica que el ordenamiento español habrá de regir los efectos del matrimonio; debiendo concretarse el Derecho español aplicable de acuerdo con las previsiones del art. 9.2 según la remisión contenida en el art. 16 del C.c. En este supuesto, sin embargo, podría resultar que ninguna de las conexiones del art. 9.2 remitiera a un Derecho español. Esto sucederá si no se fija en España la primera residencia del matrimonio inmediatamente posterior a la celebración y el matrimonio se ha celebrado en el extranjero. En este caso, tampoco resulta aplicable el art. 16.3 del

embargo, se aparta de esta solución para mantener que la capacidad para otorgar capitulaciones debe regirse por el Derecho de éstas, y no por la ley personal de quienes las otorguen. *Vid.* sobre este debate M.P. Diago Diago, *op. cit.*, pp. 78-90.

⁵⁵⁹. Sobre este precepto *vid.* M. Requejo Isidro, *Ley local y forma de los actos en el Derecho internacional privado español*, Madrid, Eurolex, 1998, pp. 126-141; J.D. González Campos y F.J. Garcimartín Alférez, “Artículo 11”, en M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (dirs.), *op. cit.*, t-I, vol. 2, 2^a ed. 1995, pp. 795-842.

⁵⁶⁰. Aunque la elección se haya realizado con anterioridad al matrimonio solamente resulta eficaz si éste finalmente se contrae.

⁵⁶¹. Como consecuencia de esto, en caso de que el Derecho designado incluya algún requisito formal de carácter solemne, deberá ser respetado para que la elección sea válida, de acuerdo con lo establecido en el art. 11.2 del C.c. *Vid.* J.D. González Campos y F.J. Garcimartín Alférez, *loc. cit.*, pp. 829-831; M. Requejo Isidro, *op. cit.*, pp. 156-159.

⁵⁶². Así, en el matrimonio de un nacional español con residencia en el extranjero que contrae matrimonio con un extranjero, eligiendo ambos en documenteo auténtico el Derecho español como rector de los efectos del matrimonio; pero sin concretar si se someten al Derecho denominado común, al catalán, aragonés, etc.

C.c., toda vez que no nos encontramos ante un matrimonio “de españoles”, por lo que deberemos identificar a partir de otros criterios el Derecho español aplicable.

A este fin, creo que la concreción del Derecho español aplicable deberá realizarse a partir de la conexión con el ordenamiento español que ha permitido la elección de éste. Así, si uno de los cónyuges es español; pero tiene su residencia en el extranjero, deberemos considerar que la elección se refiere al Derecho de la vecindad civil del cónyuge español. Si, por el contrario, el Derecho español ha sido elegido sobre la base de que uno de los cónyuges reside en España, deberíamos considerar el Derecho español del lugar en el que se encuentra la residencia como el aplicable a los efectos del matrimonio. Los problemas se plantearán cuando uno de los cónyuges sea español y resida en España, aunque en un lugar que no se encuentra en el territorio cuya vecindad civil ostenta. En este caso, creo que debería darse preferencia al Derecho de la vecindad civil sobre el de la residencia, toda vez que en nuestro Derecho la conexión básica en materia de Derecho interregional es la vecindad civil. Finalmente, también resultará problemático el supuesto en el que uno de los cónyuges sea español y el otro tenga su residencia en España. En un supuesto como éste creo que debería seguir dotándose de preferencia al ordenamiento que viniese designado por la vecindad civil del cónyuge español. Pese a las dudas que nos puede plantear el abuso de la conexión nacionalidad por parte del legislador español, no puede desconocerse que se trata de la conexión básica en nuestro sistema de DIPr.⁵⁶³

C) Las capitulaciones matrimoniales.

a) Función del art. 9.3 del C.c.

El sistema español de DIPr. no se limita a regular la ley aplicable a los efectos del matrimonio, sino que en el art. 9.3 del C.c. introduce una regulación específica en materia de capitulaciones matrimoniales. De acuerdo con la regla contenida en este apartado del art. 9, los cónyuges podrán realizar pactos o capitulaciones relativos al régimen económico matrimonial tanto de acuerdo con lo previsto en el Derecho rector de los efectos del matrimonio como según lo que permita el Derecho de la nacionalidad

⁵⁶³. Para una solución diferente a este problema *vid.* E. Rodríguez Pineau, *op. cit.*, pp. 45 y 55. Se trata de una solución que no comparto pues dota de preferencia al Derecho denominado común, lo que se compadece mal con la necesaria igualdad entre todos los Derechos españoles (aunque es preciso reconocer que esta discriminación encuentra apoyo en la jurisprudencia constitucional).

o la residencia de cualquiera de los cónyuges en el momento del otorgamiento. Se trata de una regla que, tal como hemos apuntado, introduce cierta flexibilidad en la regulación de los efectos del matrimonio, estrechamente condicionada por la imposibilidad de alterar durante la vida del matrimonio el Derecho rector de tales efectos. Es una flexibilización que solamente alcanza, sin embargo, a los efectos patrimoniales del matrimonio, quedando los personales imposibilitados de adecuación a las circunstancias variables del vínculo matrimonial desde una perspectiva internacional. Esta diferenciación entre el régimen de los efectos personales y patrimoniales del matrimonio resulta lógica, toda vez que también en el Derecho material es mayor el ámbito de la autonomía de la voluntad en el sector patrimonial que respecto a las cuestiones vinculadas al estatuto personal. Además, la estrecha relación existente entre obligaciones personales de los cónyuges y definición de la institución matrimonial no favorece el que se amplie el ámbito de la autonomía de la voluntad en esta materia.

Así pues, los efectos económicos del matrimonio podrán variarse en el caso de que los cónyuges así lo acuerden y siempre que lo permita el Derecho rector de los efectos o la ley personal o de la residencia de cualquiera de ellos. En realidad, la referencia a la ley rectora de los efectos no añade nada a la previsión del art. 9.2 del C.c., pues, incluso faltando el art. 9.3 resultaría que los cónyuges podrían ejercitar la autonomía material para alterar el régimen de sus relaciones de acuerdo con lo previsto en el Derecho rector de los efectos⁵⁶⁴. De acuerdo con lo que establezca este Derecho será posible tanto cambiar el contenido de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges como el régimen de sus obligaciones personales. Este Derecho podría habilitar, incluso, a terceras personas, diferentes de los cónyuges, para participar en la regulación del régimen del matrimonio⁵⁶⁵. El contenido específico del art. 9.3 del C.c. es el de permitir que, pese a que los pactos concretos a los que quieran llegar los cónyuges no se encuentren permitidos por el Derecho rector de los efectos, tales pactos sean considerados válidos y eficaces por el ordenamiento español, siempre que lo sean de acuerdo con la ley personal o de la residencia de cualquiera de los cónyuges en el momento del otorgamiento.

⁵⁶⁴. Vid. M.A. Amores Conradi, “Artículo 9...”, *loc. cit.*, pp. 193-194.

⁵⁶⁵. Vid. sobre esta posibilidad M.P. Diago Diago, *op. cit.*, pp. 75-76.

El estudio de las múltiples implicaciones de las capitulaciones matrimoniales en el DIPr. ya ha sido realizado, y no creo preciso reproducir aquí los desarrollos monográficos que han sido elaborados en el seno de nuestra doctrina, a los que me remito desde este mismo momento⁵⁶⁶. Aquí me limitaré a describir el régimen jurídico de las capitulaciones matrimoniales que se deriva del art. 9.3 del C.c.; así como a plantear los problemas que se derivan de la articulación de las capitulaciones que puedan otorgar los cónyuges de acuerdo con un Derecho diferente al que rige los efectos del matrimonio y éste último ordenamiento.

b) Identificación del Derecho aplicable a las capitulaciones matrimoniales.

El art. 9.3 del C.c. no determina propiamente el Derecho rector de las capitulaciones matrimoniales, sino que establece la validez de las mismas cuando resulten conformes a cualquiera de los ordenamientos designados por el precepto. Así, hasta cinco ordenamientos pueden concurrir en la aplicación del precepto, en el caso de que cada una de las conexiones en él prevista nos traslade a Derechos diferentes. De esta forma, ante cada pacto o capitulación matrimonial deberá verificarse su adecuación a cualquiera de tales Derechos. En el supuesto de que uno solo de ellos establezca la validez del pacto, éste deberá ser considerado como válido. Ahora bien, esta solución no resuelve el tema del ordenamiento que habrá de regir la capitulación de que se trate; resultando válido de acuerdo con varios de ellos, el precepto no determina cuál será el que regule el contenido de la capitulación. Seguramente, el legislador de 1990 pretendía establecer una regla que ampliara la posibilidad de que los cónyuges pactasen su régimen económico matrimonial en el ámbito internacional, entendiendo que su propósito estaba cumplido mediante una norma sobre admisibilidad de los pactos⁵⁶⁷. El razonamiento sería que, una vez determinada la validez del pacto, ya no sería preciso identificar un Derecho rector de la capitulación, pues la función de tal Derecho se agotaba en permitir el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes. Se trata, sin

⁵⁶⁶. *Vid.* M^a.P. Diago Diago, *op. cit., passim.*; E. Rodríguez Pineau, *op. cit.*, esp. pp. 48-93 y 135-165.

⁵⁶⁷. Es preciso tener en cuenta que con anterioridad a 1990 los pactos solamente eran posibles de acuerdo con lo establecido en la ley personal de los cónyuges. Dado que en muchos matrimonios las leyes personales de ambos cónyuges eran las mismas al haber adquirido la esposa la nacionalidad y la vecindad civil del marido, las posibilidades de establecer capitulaciones en el ámbito internacional eran poco más amplias que las existentes en los supuestos internos. *Vid.* M.A. Amores Conradi, “Artículo 9...”, *loc. cit.*, p. 192.

embargo, de un acercamiento que no puede ser acogido, toda vez que, incluso partiendo de la validez de los pactos, el Derecho rector de los mismos ha de ser relevante en lo que se refiere a la interpretación de los términos, la resolución de las lagunas que puedan existir en la regulación establecida por las partes o las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones pactadas por los cónyuges. En relación a todas estas cuestiones será preciso determinar el Derecho rector de las capitulaciones matrimoniales.

Esta determinación, sin embargo, no será fácil, toda vez que resultando válidas tales capitulaciones de acuerdo con diversos Derechos⁵⁶⁸, no encontramos elementos en el art. 9.3 para concretar de una forma indubitable el ordenamiento que habrá de regir tales capitulaciones. En algunos casos, esta determinación pueden haberla hecho las partes, designando expresamente el Derecho al que desean someter la eficacia de las capitulaciones. En estos supuestos entiendo que tal Derecho será el único que pueda regir los pactos, incluso aunque de acuerdo con el Derecho designado éstos no sean válidos y, sin embargo, sí lo serían de ser otra de las leyes designadas en el art. 9.3 del C.c. la que rigiese tales pactos⁵⁶⁹. Fuera de estos casos, la única vía para intentar concretar el Derecho rector de las capitulaciones es la que se deriva de dotar de primacía a las conexiones basadas en la nacionalidad o la vecindad respecto a la ley de la residencia, tal como ya se apunto en relación con la determinación del Derecho español aplicable en los supuestos de elección por los cónyuges de la ley española como rectora de los efectos de acuerdo con lo previsto en el art. 9.2 del C.c. Ahora bien, esta solución nada resuelve si los capítulos son válidos de acuerdo con la ley personal o la ley de la residencia de ambos cónyuges. En este caso, quizá pudiera ayudarnos a concretar tal Derecho rector las circunstancias del supuesto concreto, tales como, por ejemplo, el idioma en que está redactado el capítulo o la autoridad que haya intervenido

⁵⁶⁸. Para determinar la validez de las capitulaciones de acuerdo a un determinado Derecho será preciso verificar no solo el contenido de los pactos, sino también la forma empleada en su celebración. En el caso de que alguno de los Derechos previstos en el art. 9.3 del C.c. exija una forma solemne determinada que no haya sido seguida por los cónyuges, no podremos considerar que tal Derecho otorga validez a los pactos. Ciertamente, las cuestiones formales no se rigen por el Derecho designado por el art. 9.3 del C.c., sino por el art. 11 de este mismo cuerpo legal (*cf.* M.A. Amores Conradi, “Artículo 9...”, *loc. cit.*, p. 191); pero dado que el art. 11.2 del C.c. toma en consideración las exigencias formales de la ley rectora del fondo del asunto ésta acaba desplegando efectos también en lo que se refiere a las cuestiones formales. Volveremos de inmediato sobre esta cuestión.

⁵⁶⁹. Este parece haber sido el criterio seguido por el TS en su Sent. (Civil), de 20 de marzo de 2000 (*RAJ*, 2000/2020), en la que se descartó estudiar la aplicación del Derecho catalán, que era el de la vecindad civil de los cónyuges en el momento del otorgamiento de las capitulaciones) puesto que tales capitulaciones habían sido realizadas en el marco del régimen de gananciales. En este caso, sin embargo, la elección de los cónyuges no había sido expresa; sino tácita. Además, el defectuoso planteamiento del asunto dificulta que se pueda generalizar lo decidido en esta Sentencia.

en su otorgamiento. Se trata, en cualquier caso, de soluciones tentativas que carecen del suficiente apoyo positivo.

La regulación de la forma de las capitulaciones no está incluida en el art. 9.3 del C.c., debiendo aplicarse a esta cuestión el art. 11⁵⁷⁰. De acuerdo con este precepto el acto será válido en cuanto a la forma siempre que cumpla con las regularidades formales del lugar del otorgamiento, de la ley aplicable a su contenido o de la común de los otorgantes. Si el acto se refiere a bienes inmuebles, también será posible ajustar el acto a las formalidades del lugar en el que se encuentran los inmuebles⁵⁷¹. En el supuesto que nos ocupa tendrá una importancia fundamental el apartado 2 de este art. 11; de acuerdo con el cual, como es sabido, en cualquier caso deberán respetarse las solemnidades prescritas por la ley que rija el contenido del acto. Dado que en la mayoría de los sistemas se exige que las capitulaciones adopten una forma solemne, se hace preciso determinar cuál es el Derecho rector de los pactos otorgados con el fin de dar aplicación a este art. 11.2 del C.c. De todas formas, y tal como se ha señalado en el párrafo anterior, teniendo en cuenta el *favor validitatis* que informa el art. 9.3 del C.c., deberá descartarse como Derecho rector de las capitulaciones aquél que incluya exigencias formales que no hayan sido cubiertas en el caso concreto, siempre que de la aplicación de cualquier otro de los Derechos designados en el precepto se derive la validez de los pactos.

Por último, en lo que se refiere a la determinación de la capacidad para otorgar capitulaciones, no existe acuerdo doctrinal acerca de si debe considerarse el Derecho designado por el art. 9.1 del C.c. (ley personal de cada uno de los contrayentes) o, por el contrario debe aplicarse el Derecho rector de las capitulaciones⁵⁷², o si debe darse aplicación a ambos Derechos, abriendose aquí diferentes posibilidades de articulación de la ley personal y de la ley que rige las capitulaciones⁵⁷³. Por mi parte, entiendo que las regulaciones específicas sobre capacidad en relación con las donaciones que se contemplen en el Derecho rector de éstas deberán ser consideradas, con independencia de lo que establezca el Derecho designado por el art. 9.1 del C.c. Solamente en los puntos en los que el Derecho designado por el art. 9.3 del C.c. no prevea ninguna

⁵⁷⁰. Cf. M.A. Amores Conradi, “Artículo 9...”, *loc. cit.*, p. 191; E. Rodríguez Pineau, *op. cit.*, pp. 75-76.

⁵⁷¹. Sobre la interpretación de este precepto *vid.* J.D. González Campos y F.J. Garcimartín Alférez, *loc. cit.*, *passim*. y M. Requejo Isidro, *op. cit.*, *passim*.

⁵⁷². Esta es la posición que mantienen entre nosotros M.A. Amores Conradi, “Artículo 9...”, *loc. cit.*, pp. 190-191.

⁵⁷³. *Vid.* A.P. Abarca Junco, “Los efectos del matrimonio”, *loc. cit.*, p. 133; E. Rodríguez Pineau, *op. cit.*, pp. 73-74.

especialidad respecto a la capacidad debería aplicarse la ley personal de cada uno de los cónyuges.

c) Articulación de los Derechos designados por los apartados 2 y 3 del art. 9 del C.c.

De acuerdo con lo que hemos visto, el art. 9.3 del C.c. ofrece a los cónyuges la posibilidad de otorgar capitulaciones incluso en supuestos prohibidos o en formas no admitidas por el Derecho rector de los efectos del matrimonio. Éste, sin embargo, seguirá rigiendo los efectos del matrimonio, incluso tras el otorgamiento de las capitulaciones, resultando imposible, además, cambiar este Derecho que habrá sido fijado en el momento inicial de la vida matrimonial. La necesaria convivencia de estos pactos en un Derecho que los ignora o rechaza traerá consigo problemas de adaptación. No es mi objetivo descender aquí al análisis de los diferentes problemas que puede plantear esta situación, más propia de un estudio monográfico sobre las capitulaciones matrimoniales; pero creo necesario apuntar cuáles han de ser los principios que rijan esta articulación⁵⁷⁴.

El primer elemento que ha de tenerse en cuenta es que la posibilidad de pactar capítulos matrimoniales de acuerdo con una ley diferente a la que rige los efectos del matrimonio supone una alteración del Derecho rector de los efectos, en el que operará un fraccionamiento, al tener que considerar tanto el ordenamiento designado por el art. 9.2 del C.c. como el que rige las capitulaciones. De acuerdo con el diseño legal de los apartados 2 y 3 del art. 9, la intervención de este segundo Derecho habrá de ser mínima, limitándose, si es posible, a la consideración de las normas que permiten los capítulos; pero sin que se descarte que su intervención sea más amplia. Así, en los supuestos en los que los cónyuges se han limitado a establecer que su matrimonio se pasa a regir por determinado régimen legalmente previsto en alguno de los Derechos previstos en el art. 9.3 del C.c. También hemos de tener en cuenta que los límites de la autonomía material de las partes pasarán a estar fijados por el Derecho rector de los capítulos, y no por el Derecho rector de los efectos del matrimonio; de tal forma que la ineficacia de alguno de los pactos o las consecuencias de la introducción de alguna estipulación contraria a este Derecho también tendrán que regirse por el Derecho rector de los capítulos.

⁵⁷⁴. *Vid. M.^a.P. Diago Diago, op. cit., pp. 335-348.*

En segundo lugar, en la articulación del ordenamiento de acuerdo con el cual se hayan otorgado los capítulos y el Derecho rector de los efectos del matrimonio, y una vez delimitado el ámbito que corresponde al primero; éste ha de tener preferencia sobre el Derecho designado por el art. 9.2 del C.c., desplazando a las disposiciones de tal Derecho que puedan resultar contradictorias. Se trata de una consecuencia que se deriva del principio de especialidad que rige las relaciones entre los apartados 2 y 3 del art. 9 del C.c. Finalmente, no puede olvidarse que las partes pueden alterar los capítulos que hayan pactado de acuerdo con las leyes que respondan a las conexiones del art. 9.3 en el momento de la modificación de los capítulos. Así, podría ser que no solamente tuviéramos que considerar el Derecho rector de los efectos del matrimonio y el Derecho de acuerdo con el cual se han otorgado los capítulos, sino también la ley que ha permitido la modificación de los acuerdos entre los cónyuges. En este caso, esta nueva ley operará con carácter preferente respecto a la que en su momento sirvió para otorgar validez a los pactos concluidos entre los cónyuges.

3. la aplicación de la ley designada.

A) Problemas calificatorios y de adaptación.

- a) Articulación de las normas de conflicto en materia de efectos del matrimonio y de sucesiones.

Tal como hemos apuntado en diversos apartados a lo largo de este trabajo, una de las dificultades más relevantes en materia de efectos del matrimonio es la que se deriva de la concurrencia del Derecho rector de los efectos del matrimonio con otras leyes para la regulación de un mismo supuesto. La estrecha vinculación existente entre la regulación en el DIPr. de los efectos del matrimonio, de la constitución del vínculo matrimonial y de las crisis matrimoniales exige una actividad de delimitación del alcance de las distintas normas de conflicto; tal y como hemos intentado llevar a cabo en los epígrafes correspondientes. Existe un ámbito de problemas que exige un tratamiento específico. Se trata de la concreción del régimen jurídico en los supuestos heterogéneos de las atribuciones patrimoniales que le corresponden al cónyuge supérstite tras el fallecimiento de su consorte. En estos casos es preciso liquidar el régimen económico del matrimonio y proceder a la apertura de la sucesión. Ambas

operaciones se encuentran estrechamente relacionadas y cuando se hace preciso aplicar ordenamientos diferentes a estas dos cuestiones es relativamente fácil que se planteen supuestos de inadapatación, que encuentran su origen con frecuencia en la disparidad de los criterios de calificación utilizados por los ordenamientos involucrados⁵⁷⁵. En concreto, resulta posible que instituciones esencialmente equivalentes destinadas a regular la situación del cónyuge supérstite sean calificadas en unos Derechos como sucesorías y en otros como matrimoniales⁵⁷⁶. Esta divergencia en las calificaciones puede tener consecuencias en la aplicación de las normas de conflicto pertinentes.

Así, puede dudarse si el Derecho de predetracción del que disfruta el cónyuge supérstite respecto al ajuar doméstico, y que se encuentra previsto en varios ordenamientos debe ser calificado como una institución sucesoria o matrimonial⁵⁷⁷. Esta duda, sin embargo, no creo que deba afectar a la cuestión de la delimitación del ámbito de aplicación de los arts. Apartados 2 y 8 del art. 9 del C.c.; y ello porque de la configuración del sistema conflictual puede derivarse una solución para esta cuestión. En concreto, tal como sostuvimos más arriba, la norma de conflicto contenida en el art. 9.2 del C.c. debe ser considerada como una regla especial respecto a otras normas de conflicto; en el sentido de que el Derecho designado por este precepto determinará las especialidades que se derivarán del matrimonio en otras relaciones jurídicas. De esta forma, será preciso apurar la aplicación del Derecho designado por el art. 9.2 del C.c. antes de proceder a aplicar el ordenamiento que ha de regir la sucesión de acuerdo con lo previsto en el art. 9.8 del C.c. De esta forma, si una concreta institución es considerada matrimonial por el Derecho rector de los efectos del matrimonio, será este Derecho el que la regulará; sin importarnos que esta misma institución se considere como sucesoria por el Derecho del foro o por el Derecho que haya de regir la sucesión. En definitiva, deberá aplicarse en primer lugar el art. 9.2 del C.c. y, una vez liquidado el régimen económico matrimonial, aplicar el ordenamiento designado por el art. 9.8 del C.c., ya que hasta que no se proceda a la primera de estas operaciones no podrá

⁵⁷⁵. Para el tratamiento global de esta problemática me remito a la obra clásica de N. Bouza Vidal, *Problemas de adaptación...*, *op. cit.*, *passim*. En esta obra, su autora elige precisamente el problema del estatuto del cónyuge supérstite como objeto de estudio por ser un supuesto en el que se manifiestan simultáneamente una pluralidad de problemas vinculados a la aplicación de la norma de conflicto (*ibidem.*, pp. 36-39).

⁵⁷⁶. El usufructo viudal aragonés tiene carácter matrimonial, tal como hemos visto, mientras que el usufructo de fidelidad navarro es de naturaleza sucesoria (*cf.* M.^aE. Zabalo Escudero, “Artículo 16, apartado 3”, *loc. cit.*, p. 1275; *id.*, *op. cit.*, pp. 134-147).

⁵⁷⁷. *Vid.* M.^aE. Zabalo Escudero, *op. cit.*, pp. 59-64.

concretarse el patrimonio del *decuius*⁵⁷⁸. Esta solución permite, mediante la remisión a la ley rectora de los efectos, delimitar el ámbito de aplicación de las normas de conflicto en materia de efectos del matrimonio y en materia sucesoria de una forma sencilla y coherente con la teleología de la institución de acuerdo con el sistema español de DIPr.

Esta solución tiene, además, la ventaja de poder proyectarse coherentemente a los supuestos internos. El esquema de articulación de los apartados 2 y 8 del art. 9 que se acaba de presentar puede trasladarse sin dificultades a los casos en los que el supuesto se conecte con varios Derechos españoles, superando las dificultades que se derivan de la imposibilidad de utilizar el Derecho del foro para resolver la cuestión de la calificación-subsunción en los supuestos internos⁵⁷⁹. Así, el Derecho rector de los efectos del matrimonio determinará los derechos de carácter matrimonial que correspondan al cónyuge supérstite. Por su parte, el Derecho sucesorio determinará la forma de distribuir el patrimonio del fallecido que permanezca después de liquidar lo relativo al régimen económico del matrimonio y los demás derechos de carácter matrimonial que correspondan al cónyuge supérstite. Esta misma solución es, además, la que recoge el Derecho español al regular en el Derecho interregional una institución particularmente compleja a efectos calificatorios como es el derecho expectante de viudedad recogido en el Derecho aragonés. El art. 16.2 del C.c. establece que este derecho corresponde a los cónyuges cuyo régimen económico se rige por el Derecho

⁵⁷⁸. Cf. F. Rigaux, *La Théorie des Qualifications en droit international privé*, París, LGDJ, 1956, pp. 376-377. Este autor, pese a reconocer que éste debe ser el principio básico de resolución de este problema, admite que la necesidad de coordinar la ley rectora de las relaciones entre los cónyuges y la ley sucesoria puede conducirnos, finalmente, a la aplicación de ésta última. Sobre los argumentos para aplicar la normativa en materia matrimonial o sucesoria *vid.* G. Wiederkehr, *Les conflits de lois en matière de régime matrimonial*, París, Dalloz, 1967, pp. 315-323; N. Bouza Vidal, *op. cit.*, pp. 97-100.

⁵⁷⁹. Recuérdese que el art. 16.1.2^a del C.c. no permite la aplicación en los supuestos internos de la regulación contenida en los apartados 1, 2 y 3 del art. 12 del C.c. en materia de calificación, reenvío y orden público. La razón para ello es que en los supuestos internos todos los Derechos implicados son Derechos españoles, por lo que la regla del art. 12.1 del C.c. (“La calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la ley española”) no nos es útil (*cf.* A. Borrás Rodríguez, *Calificación, reenvío y orden público en el Derecho interregional español*, Bellaterra, Servei de Publicacions de la UAB, 1984, p. 29). Conviene apuntar, sin embargo que las dificultades en la calificación se plantean también en el tráfico internacional, pues al no existir propiamente un Derecho civil español, sino una pluralidad de ellos, es preciso determinar cuál o cuáles servirán de parámetro para la calificación (*vid.* S. Álvarez González, “Artículo 12, apartado 1”, en M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (dirs.), *op. cit.*, pp. 842-880, p. 858, n. núm. 44). En definitiva, el carácter plurilegal del Estado español implica que la calificación, también en los supuestos internacionales deberá hacerse a partir de los principios comunes a los distintos Derechos españoles y teniendo en cuenta las particularidades del tráfico internacional (*vid.* S. Álvarez González, “Artículo 12, apartado 1”, *loc. cit.*, pp. 868-874; B. Audit, “Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la “crise” des conflits de lois)”, *R. des C.*, 1984-III, t-186, pp. 219-397, pp. 307-316; P. Rodríguez Mateos, “Una perspectiva funcional en el método de atribución”, *REDI*, 1988, vol. XL, pp. 79-126, pp. 119-120). Esta regla puede ser aplicada también en el Derecho interregional, sustituyendo las particularidades del tráfico internacional por las especialidades del tráfico interno heterogéneo.

ragonés, con independencia de las alteraciones que pueda sufrir la vecindad civil. Este precepto añade además una regla para la adaptación entre el Derecho rector de los efectos del matrimonio y el Derecho sucesorio, al excluir al cónyuge que se beneficia del derecho de vidudedad de las legítimas que prevea la ley sucesoria⁵⁸⁰. En el siguiente epígrafe volveremos sobre esta previsión del art. 16 del C.c.

b) Los supuestos de inadaptación.

La solución que hemos mantenido en el párrafo anterior –dotar de prioridad a la ley rectora de los efectos del matrimonio respecto a la ley sucesoria- no resuelve aún los problemas que se derivan de la concurrencia de leyes diferentes en la regulación del mismo supuesto. El cónyuge asume normalmente la posición de beneficiario en la herencia de su consorte fallecido, bien por obra de la voluntad del causante concretada en el testamento, bien como sucesor *ab intestato* o legitimario. En cada ordenamiento, sin embargo, se regulan los derechos sucesorios del cónyuge supérstite teniendo en cuenta cuáles han sido los beneficios que ha obtenido de acuerdo con la regulación matrimonial⁵⁸¹. De esta forma, cuando son diferentes los ordenamientos que rigen los efectos del matrimonio y la sucesión, puede resultar que el resultado final al que se llegue tras aplicar ambos derechos no se ajuste al diseño de los derechos que corresponden al cónyuge supérstite de ninguno de los ordenamientos implicados⁵⁸². Se producirán en tales casos supuestos de inadaptación, que deberán intentar ser resueltos a través de los distintos métodos utilizados en DIPr.

En algunos casos, existe una previsión positiva que pretende favorecer la consecución de la adaptación. El caso más relevante es la regla del art. 9.8 del C.c., que establece que los derechos que correspondan por ley al cónyuge supérstite se regirán por el mismo Derecho que los efectos del matrimonio, y no por la ley sucesoria. Responde así el legislador español a las dificultades que se plantean en los supuestos en los que la atribución patrimonial que corresponde al cónyuge supérstite con base en la regulación matrimonial es exigua, resultando que los derechos que le corresponden por ley son también reducidos, al aplicarse a la sucesión un Derecho (diferente del que rige los efectos del matrimonio) que remite a la regulación matrimonial el otorgamiento al

⁵⁸⁰. *Vid.* J. Delgado Echeverría, “Artículo 16, apartado 2”, en M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (dirs.), *op. cit.*, t-I, vol. 2, 2^a ed. 1995, pp. 1282-1301, pp. 1293-1294.

⁵⁸¹. Cf. N. Bouza Vidal, *op. cit.*, pp. 41-42.

⁵⁸² . *Vid.* n. Bouza Vidal, *op. cit.*, pp. 46-52; M^a.E. Zabalo Escudero, *op. cit.*, pp. 148-155.

cónyuge supérstite de una participación suficiente en el patrimonio que hasta el fallecimiento del consorte se vinculaba a la comunidad conyugal. La filosofía que parece subyacer en esta regla del art. 9.8 del C.c. es la de que ha de ser el Derecho rector de los efectos del matrimonio el que resuelva la cuestión de las atribuciones que corresponden al cónyuge supérstite como consecuencia del fallecimiento del consorte. De esta forma, si los derechos que le corresponden por la liquidación del régimen económico matrimonial son escasos, resultará previsible que esta limitación se vea compensada por las atribuciones que se establezcan vía sucesoria. En el supuesto contrario, en el que el cónyuge supérstite se ve especialmente protegido por la regulación matrimonial del Derecho rector de los efectos del matrimonio; la aplicación de la remisión incluida en el art. 9.8 implicará que este cónyuge no se prodrá ver, además, beneficiado por disposiciones sucesorias especialmente favorables para el cónyuge supérstite⁵⁸³. La traducción de esta idea en el art. 9.8 del C.c. no es, sin embargo, del todo afortunada. Así, se establece como límite a la aplicación del Derecho rector de los efectos del matrimonio en cuanto a la sucesión el respeto a las legítimas de los descendientes. En los supuestos en los que éstas sean muy amplias puede perder toda virtualidad la remisión para la sucesión al Derecho designado por el art. 9.2 del C.c.⁵⁸⁴. Además, el precepto limita la remisión a los derechos que correspondan por ley al cónyuge supérstite, sin incluir las atribuciones que pueda recibir por testamento. Parece entender el precepto que la consideración de las atribuciones legales puede implicar una satisfacción suficiente para el cónyuge supérstite en el caso de que no pueda obtener ésta a través de la regulación matrimonial. Actualmente esto puede no ser así⁵⁸⁵; por lo que una adecuada regulación de la situación del cónyuge supérstite puede precisar la consideración de las disposiciones testamentarias que pudieran haberse realizado durante el matrimonio.

⁵⁸³. Piénsese, por ejemplo, en el caso en el que los efectos del matrimonio se rigen por el Derecho aragonés, en el que se establece un amplio derecho de viudedad para el cónyuge supérstite de carácter matrimonial. El reflejo en el Derecho sucesorio de la generosidad para con el viudo o viuda de la regulación matrimonial es la ausencia de beneficios sucesorios para éste. El viudo no es sucesor *ab intestato*, ni legitimario y, además, las posibilidades de que su situación sea mejorada por testamento son reducidas, toda vez que la legítima de los descendientes es muy amplia (art. 171 de la Ley Aragonesa sobre Sucesiones por Causa de Muerte, que, de todas formas, ha reducido la prevista con anterioriad en el art. 119 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Aragón). La aplicación a la sucesión de la misma ley que regula los efectos del matrimonio impide que el cónyuge supérstite pudiera beneficiarse, además del amplio usufructo que prevé el Derecho aragonés, de una participación significativa en la herencia del fallecido, en caso de que ésta se estableciera en el Derecho rector de la sucesión.

⁵⁸⁴. Cf. M.A. Amores Conradi, “Artículo 9...”, *loc. cit.*, p. 202.

⁵⁸⁵. Vid. J.M. Abril Campoy, *loc. cit.* Vid. E. Brancós Núñez, *loc. cit.*, pp. 63-67 acerca de las dificultades de concreción de tales “derechos que por ministerio de la ley se atribuyen al cónyuge supérstite”.

Ciertamente, la limitación que mantiene el art. 9.8 al exigir el respeto a las legítimas de los descendientes previstas por el Derecho rector de la sucesión, esto es, la ley personal del causante en el momento del fallecimiento, limita de entrada las posibilidades de que por vía testamentaria pueda realizarse el ajuste mencionado; pero esto no impide que se ponga de relieve la necesidad de que la ley rectora de los efectos regule también la eficacia de las atribuciones que puedan realizarse los cónyuges para el caso de fallecimiento por medio de disposiciones testamentarias. Ello es preciso porque de otra forma puede resultar imposible una adecuada atribución de derechos patrimoniales para el cónyuge supérstite. Esto sucederá en aquellos casos en los que las atribuciones sucesorias *ex lege* no sean suficientes para ofrecer al cónyuge supérstite una participación suficiente en el patrimonio del fallecido⁵⁸⁶. De esta forma, esta limitación puede acabar implicando un aumento de los capítulos matrimoniales que organicen la atribución del patrimonio en el supuesto de disolución del vínculo por fallecimiento de uno de los cónyuges⁵⁸⁷. Ciertamente, la calificación matrimonial o sucesoria de tales pactos puede resultar dudosa; pero es probable que ante las dificultades que puedan plantearse para atribuir por vía testamentaria una participación suficiente del cónyuge supérstite en el patrimonio familiar, se exploren hasta el límite las posibilidades que ofrecen las capitulaciones matrimoniales.

La regla contenida en el último párrafo del art. 9.8 del C.c. no es la única que se incluye en el Derecho español en relación con esta cuestión. Ya hemos mencionado antes cómo el art. 16.2 del C.c. prevé una norma sobre ajuste entre el Derecho sucesorio y la ley rectora de los efectos del matrimonio en relación con el usufructo de viudedad previsto en el Derecho aragonés. En este supuesto se intenta evitar una sobreatribución al cónyuge supérstite, excluyéndole que pueda beneficiarse de los derechos legitimarios que puedan corresponderle como resultado de la aplicación de la ley sucesoria, en caso

⁵⁸⁶. *Vid.* nota anterior. Este sería el caso de un matrimonio cuyos efectos se rigen por el Derecho catalán; pero en el que uno de los cónyuges tiene vecindad civil común. En este supuesto le resultará imposible a este cónyuge atribuir un caudal suficiente a su cónyuge para el caso de fallecimiento, pues es conocido que las legítimas previstas en el C.c. dejan poco margen al testador. En un supuesto como éste, si el fallecido es el consorte con vecindad civil común resultará que, de haber hecho testamento, dicho testamento no podrá contener una atribución excesivamente generosa para el viudo o viuda, dadas las limitaciones para el testador existente en el denominado Derecho común; correspondiéndole por ley al cónyuge supérstite únicamente la cuarta vidual. La única forma en que el cónyuge de vecindad civil común podría beneficiar a su consorte sería mediante la decisión consciente de no hacer testamento, para que así le correspondiera a su viudo o viuda el usufructo de toda la herencia, de acuerdo con la previsión del art. 331 del Código de sucesiones de Cataluña; derecho que, al ser de atribución legal, sí se regiría por el Derecho rector de los efectos del matrimonio.

⁵⁸⁷. *Vid.* E. Rodríguez Pineau, *op. cit.*, pp. 234-236.

de que sea diferente de la que rige los efectos del matrimonio. Tras la reforma de 1990 que ha introducido el último inciso del art. 9.8 que remite al Derecho rector de los efectos del matrimonio la regulación de los derechos que correspondan por ley al cónyuge supérstite en la sucesión del fallecido, pierde sentido la referencia del art. 16.2 del C.c.⁵⁸⁸. No obstante, aún se mantiene la cuestión del conflicto que puede plantearse entre el art. 16.2 (y el 9.8) del C.c. y la Ley 253 del Fuero Nuevo de Navarra, que prevé que el usufructo de fidelidad navarro se concederá a favor del cónyuge sobreviviente cuando el fallecido tuviera vecindad civil navarra en el momento de su muerte. En este supuesto existe, con carácter previo, un problema competencial, pues la norma mencionada fácilmente podría considerarse contraria a la reserva de competencia estatal incluida en el art. 149.1.8º de la CE. Sin entrar en este asunto, que se escapa del objeto de este trabajo, resulta que puede ser que concurran en un mismo supuesto la atribución del Derecho de viudedad aragonés y navarro, calificado el primero como matrimonial y el segundo como sucesorio. Se trata, por otro lado, de un supuesto típico de inadaptación como resultado de la calificación parcial de un supuesto complejo en el que no pueden aislar eficazmente sus distintas partes. En este caso, y con independencia de los argumentos formales que podrían contribuir a depurar el caso, deberíamos concluir con que la atribución del usufructo aragonés (previa al navarro por su condición de matrimonial) impide que se pueda atribuir el usufructo navarro por tratarse de instituciones equivalentes⁵⁸⁹.

B) La excepción de orden público y las normas materiales imperativas.

a) Planteamiento.

El análisis del régimen de los efectos del matrimonio no puede desconocer que nos encontramos ante una materia que se encuentra, en algunos de sus aspectos, muy próxima a elementos nucleares del ordenamiento jurídico. La importancia del matrimonio y la familia en la estructuración de la sociedad han implicado que la regulación de esta materia se vinculase a los principios morales y religiosos, dotando de una especial rigidez y permanencia a las soluciones de Derecho positivo. Ciertamente, dada la heterogeneidad de las materias que cabe considerar dentro de la categoría

⁵⁸⁸. Cf. J. Delgado Echeverría, *loc. cit.*, p. 1293.

⁵⁸⁹. Vid. N. Bouza Vidal, *op. cit.*, pp. 171-173.

“efectos del matrimonio”⁵⁹⁰, la afirmación anterior ha de ser objeto de importantes matizaciones, distinguiendo básicamente entre los efectos personales y patrimoniales del matrimonio. Los primeros, tal como hemos visto, permiten definir el vínculo mismo, por lo que se conectan directamente con el núcleo del Derecho de familia y, con frecuencia con principios básicos de carácter moral o religioso. Los efectos patrimoniales del matrimonio, por el contrario, no tienen, por lo general, este carácter esencial⁵⁹¹. No obstante, en este ámbito también pueden detectarse normas que traducen intereses públicos. Fundamentalmente estos se manifestarán en dos ámbitos. Por un lado, en la regulación de determinados aspectos que se vinculan a la protección de la familia. Así, señaladamente, las limitaciones en la disposición de la vivienda habitual del matrimonio y del ajuar doméstico⁵⁹²; así como la regulación de la atribución del uso de esta vivienda familiar en los supuestos de crisis matrimonial⁵⁹³. También ha de incluirse aquí lo relativo a la distribución de las cargas del matrimonio, ya que se trata de un elemento básico en la configuración de la familia y en el que, además, es factible que se produzca un desequilibrio basado en el sexo de los cónyuges, lo que tendrá implicaciones jurídicas relevantes. Por otro lado, en la regulación de la protección de la seguridad del tráfico jurídico mediante la previsión de los supuestos en los que al tercero puede oponérsele el régimen económico del matrimonio respecto a las relaciones que se hayan establecido entre este tercero y alguno de los cónyuges, así como en los casos en los que el tercero pueda prevalecer de la regulación de los efectos del matrimonio para ampliar los sujetos o los bienes responsables de las obligaciones en las que es acreedor de alguno de los cónyuges.

En todos estos ámbitos, la presencia de un interés público que sobrepasa el ámbito de autorregulación de los cónyuges implica la existencia, en el ámbito interno, de normas imperativas. Esta imperatividad tiene su reflejo en el ámbito internacional,

⁵⁹⁰. *Vid. supra* apartado II.

⁵⁹¹. Resulta significativo, por ejemplo, que en el Código Civil la regulación del régimen económico matrimonial se encuentre en el Libro IV (De las obligaciones y contratos).

⁵⁹². Como es sabido, se ha mantenido que algunas disposiciones del régimen matrimonial primaria, y entre ellas, el art. 1320 del C.c., tenían carácter imperativo incluso en el ámbito internacional. Actualmente esta interpretación ya no puede mantenerse toda vez que, incluso dentro de España no serán siempre de aplicación; sin que puedan prevalecer sobre las previsiones divergentes de los Derechos civiles autonómicos; cf. M.^aE. Zabalo Escudero, “Efectos del matrimonio y sociedad multicultural”, en A.-L. Calvo Caravaca y J.L. Iriarte Ángel (ed.), *Estatuto personal...*, *op. cit.*, pp. 9-25, pp. 10-11. *Vid.* la Sent. del TSJ de Baleares de 3 de septiembre de 1998 (*B.D. Aranzadi*, RJ 1998\8505); *vid.* sobre esta decisión M.^aP. Diago Diago, “La protección de la vivienda...”, *loc. cit.*, pp. 1343-1363.

⁵⁹³ . Aspecto este último que nos interesa únicamente en el caso de que esta atribución se rija por el Derecho rector de los efectos del matrimonio, y no por la ley aplicable a la crisis matrimonial. *Vid. supra* apartado IV.1.D).

pero en éste último adquiere unos caracteres particulares. Estas particularidades se derivan, por un lado, del hecho de que el nivel de imperatividad de las normas en los supuestos heterogéneos es menor que en los homogéneos. Como es de sobra conocido, en los supuestos que conectan a distintos ordenamientos son admisibles ciertas flexibilizaciones que no resultan posibles en los supuestos vinculados con un solo Derecho. Por otro lado, sin embargo, hay que tener en cuenta que en el ámbito internacional, por un lado, será necesario ofrecer soluciones para el tratamiento en el sistema del foro de instituciones que han sido creadas de acuerdo con Derechos diferentes, y que, por otro lado, la dinámica de la técnica conflictual nos pondrá en la tesitura de aplicar Derechos extranjeros. Dada la vinculación existente entre la regulación matrimonial y las concepciones morales y religiosas en cada sociedad, este trato con los ordenamientos extranjeros puede presentarse como especialmente problemático. Las diferencias en puntos esenciales, casi innegociables, será más frecuente en el ámbito familiar que en otros sectores del ordenamiento; por lo que los riesgos de aparición de situaciones claudicantes, de la necesidad de considerar la excepción de orden público y de la aplicación de normas materiales imperativas serán mayores que en otros sectores del ordenamiento. Intentaremos a continuación exponer brevemente algunas de las dificultades a las que se enfrentará el aplicador del Derecho en el foro español cuando deba gestionar las dificultades apuntadas.

b) Los efectos personales del matrimonio.

Por comenzar por el núcleo de los efectos del matrimonio, es evidente que las obligaciones y derechos de carácter personal que establecen los distintos ordenamientos pueden variar sensiblemente. Así, en ciertos Derechos la posición de ambos cónyuges no es la misma, sino que se establecen diferencias sensibles en razón del sexo⁵⁹⁴. Tal como habíamos visto, pese a que el contenido de estas obligaciones personales es el que nos permite identificar a la institución matrimonial, los supuestos en los que la posición de los cónyuges se presenta como desequilibrada no deben conducirnos a denegar la calificación matrimonial de la institución⁵⁹⁵. Ahora bien, admitiendo esta calificación, ello no implica que pueda darse aplicación en España a un Derecho extranjero que suponga un desequilibrio entre las posiciones de ambos cónyuges. En los supuestos en

⁵⁹⁴. *Vid. supra* n. núm. 23.

⁵⁹⁵. *Vid. supra* apartado II.2.

los que el Juez español se vea en la necesidad de aplicar tal Derecho deberá excepcionarlo mediante la aplicación de la excepción de orden público. Esta situación se puede dar en dos supuestos. En primer lugar en aquellos casos en los que se pida a título principal el cumplimiento de alguna obligación derivada del vínculo matrimonial; en segundo lugar, en los supuestos de crisis matrimonial, ya que, tal como hemos visto, la solicitud de separación o divorcio puede fundamentarse en el incumplimiento de los deberes conyugales definidos por el Derecho rector de los efectos del matrimonio. El supuesto será, previsiblemente, infrecuente, pues lo usual es que una demanda judicial entre cónyuges implique una paralela crisis matrimonial. El segundo sí puede resultar más factible, sobre todo teniendo en cuenta la rigidez de la primera conexión del art. 9.2 del C.c., de tal forma que la ley personal común de los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio será ya la ley rectora de los efectos durante toda la vida del matrimonio, con independencia de que, posteriormente, dichos cónyuges trasladen su domicilio a España e, incluso, adquieran ambos la nacionalidad española⁵⁹⁶. En ambos casos, el Juez español deberá inaplicar el Derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto y resolver el supuesto de acuerdo con lo previsto en la ley española⁵⁹⁷.

c) Los efectos patrimoniales del matrimonio.

En lo que se refiere a las obligaciones patrimoniales, el ámbito del orden público es de menor alcance. Ciertamente, debería operar si la articulación de estas obligaciones implica una discriminación por razón del sexo⁵⁹⁸; pero creo que es dudoso que en estos

⁵⁹⁶. Es por ello que la reforma proyectada del art. 107 del C.c. (*vid. El País*, de 15 de octubre de 2002) que prevé la posibilidad de que la separación o el divorcio de dos extranjeros en España pueda regirse por el Derecho español si así lo solicita el demandante, no resuelve todas las dificultades que puedan plantearse en este supuesto, pues será la ley de los efectos del matrimonio la que determine las obligaciones conyugales cuya vulneración puede justificar la demanda de separación o divorcio. La exclusión del Derecho extranjero solamente operará si la demanda se fundamenta en alguna otra causa de las previstas en el ordenamiento español (separación de hecho durante un período de tiempo determinado, por ejemplo).

⁵⁹⁷. Como es de sobra conocido, y pese a que se han propuesto alternativas diferentes, esta es la solución para los supuestos de inaplicación del Derecho extranjero por causa de su contrariedad con el orden público de acuerdo con la jurisprudencia y la mayor parte de la doctrina; *vid. J.C. Fernández Rozas y S.A. Sánchez Lorenzo, op. cit.*, pp. 231-232.

⁵⁹⁸. No hace mucho todavía se ha dado un supuesto de denegación de la aplicación de un Derecho europeo (suizo) por resultar discriminatorio para la mujer en la fase de liquidación del régimen económico matrimonial. *Vid. la Sent. de la Cour de cassation francesa (Sala 1ª Civil), de 24 de febrero de 1998 (Rev. crit. dr. int. pr., 1998, vol. 87, núm. 4, pp. 637-639; “Nota” de GAL Droz, ibid., pp. 639-644).* En esta decisión, el Tribunal francés entendió que la prohibición de discriminación entre los esposos prevista en el art. 5 del Protocolo núm. 7 al Convenio Europeo de Derechos Humanos le impedía aplicar el Derecho suizo, que preveía que el marido se apropiara de todos los bienes matrimoniales tras la liquefacción. *Vid. M. E. Zabalo Escudero, “Efectos del matrimonio...”, loc. cit., p. 11.*

casos llegue a plantearse su aplicación, al menos en los supuestos típicos de tal discriminación; esto es, aquéllos en los que uno de los cónyuges, mayoritariamente la mujer, pero también en algunos ordenamientos el marido, deben aportar una serie de bienes al matrimonio que están sujetos al cumplimiento de las cargas del matrimonio; esto es, en los supuestos en los que opere la institución de la dote⁵⁹⁹. Se trata de una institución tradicional que, como hemos visto, incluso se mantiene aún en algunos Derechos españoles. A partir de aquí, son varios los supuestos en los que un Juez español puede verse obligado a considerar la institución. Así, en los supuestos en los que se exija la constitución de la dote si esta es obligatoria y aún no haya sido entregada. En estos casos, en principio, debería rechazarse la petición por ser contraria al orden público español, al constituir una discriminación por razón del sexo⁶⁰⁰. Ahora bien, tenemos que tener en cuenta que resulta posible que la dote se configure en el Derecho extranjero como contraprestación a determinadas aportaciones realizadas por el otro cónyuge. En este caso, si tales aportaciones ya han sido realizadas, no creo que el Juez español pueda rechazar la reclamación de la dote, aunque el fundamento para concederla debería ser el enriquecimiento injusto que de otra forma se produciría u

⁵⁹⁹. Esta institución estuvo prevista en el Código Civil hasta el año 1981 (*vid.* arts. 1336 a 1380 en la primera redacción del Código y las modificaciones introducidas por la Ley de 24 de abril de 1958, consultados en la edición del Código Civil preparada por E. Lalaguna Domínguez, València, Tirant lo Blanch, 1996; *vid.* también los arts. 1381 a 1391 de la primera redacción del Código Civil sobre los bienes parafernales. *Vid.*, en concreto la redacción de los arts. 1336: “La dote se compone de los bienes y derechos que en este concepto la mujer aporta al matrimonio al tiempo de contraerlo y de lo que durante él adquiera por donación, herencia o legado con el carácter de dotal”; y 1381: “Son parafernales los bienes que la mujer aporta al matrimonio sin incluirlos en la dote y los que adquiere después de constituida ésta, sin agregarlos a ella.”). Esta institución se mantiene aún en el Derecho catalán (arts. 26 a 48 y 62 de la Compilación de Derecho Civil Catalán, mantenidos en vigor por la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia) y en el navarro (Ley 119 del Fueno Nuevo de Navarra: “Constituyen dote los bienes que en tal concepto la mujer aporta formalmente al matrimonio, antes o después de la celebración”. La regulación se incluye en las Leyes 120 a 124 del Fueno). También se encuentra prevista, aunque sin regularla propiamente, en los arts. 66.5 y 67.2 de la Compilación de Derecho civil de Baleares. También es una institución regulada por el Derecho aragonés (arts. 30 a 32 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón), aunque en este caso la regulación respeta escrupulosamente la igualdad de sexos, pues prevé que pueda ser constituida por cualquiera de los cónyuges (art. 30: “Cada cónyuge puede otorgar dote o firma de dote al otro, reconociéndola si es indotado o aumentado la que recibe”). La vigencia de estos preceptos de la Compilación aragonesa será, de todas formas, muy corta, pues quedarán derogados a partir del 23 de abril de este año como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 2/2003, de 12 de febrero sobre régimen económico matrimonial y viudedad.

⁶⁰⁰. En los Derechos españoles que prevén la figura de la dote ésta tiene carácter voluntario. En el Derecho islámico, en cambio, la dote es, en principio, obligatoria (*cf.* M³P. Diago Diago, “La dot islamique à l'épreuve du conflit de civilisations, sous l'angle du droit international privé espagnol”, *Annales de droit de Louvain*, 2001, vol. 61, núm. 4, pp. 407-442, p. 409); aunque en la actualidad este carácter obligatorio se ve matizado en la práctica al no establecerse una cuantía mínima para la misma (*ibidem.*, p. 411).

optar por una calificación contractual de la institución⁶⁰¹. Deberán ser examinados desde una perspectiva diferente aquellos supuestos en los que la dote ya ha sido constituida y la reclamación se vincula a su devolución o administración. En estos supuestos entiendo que podría operar una atenuación del orden público, ya que la institución ya ha sido constituida y existe desde la perspectiva de un ordenamiento extranjero⁶⁰². En este caso, la aplicación del Derecho extranjero, aunque presuponga una inicial discriminación por razón del sexo, no implica en sí una contradicción con el orden público español. Tampoco deberían plantearse problemas de orden público en aquellos casos en los que la dote tiene como fundamento un pacto entre los cónyuges⁶⁰³

Tal como habíamos visto, en los supuestos de crisis matrimonial no se descarta totalmente la aplicación del Derecho rector de los efectos del matrimonio. En particular, en la consideración de las medidas que se derivan *ex lege* de la admisión de la demanda, en la decisión sobre medidas previas y provisionales y en la regulación de las relaciones entre los cónyuges tras la crisis, pero manteniéndose aún el matrimonio; esto es, en los supuestos de separación. En todos estos supuestos puede ser posible la exclusión del Derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto si éste no responde a los principios de tutela de la familia que inspiran la regulación española. Ciertamente, el Derecho rector de los efectos del matrimonio no es el que corresponde aplicar a la regulación de las relaciones paternofiliales tras la crisis matrimonial; pero una cuestión estrechamente vinculada a ésta como es la utilización de la vivienda habitual del matrimonio sí que puede ser regulada por la ley aplicable a los efectos. En este supuesto, la ausencia de una regulación específica de este extremo o la falta de consideración en este punto del interés de la familia pueden determinar la exclusión del Derecho extranjero.

En lo que se refiere al régimen de los bienes del matrimonio, el orden público vuelve a hacerse presente en relación con aquellas regulaciones que no respetan el principio de igualdad entre los cónyuges. Regulaciones que atribuyan la administración del patrimonio común o el ejercicio de la potestad doméstica únicamente al marido

⁶⁰¹. *Vid.* M.^a.P. Diago Diago, “La dot islamique...”, *loc. cit.*, pp. 434-436. *Vid.* la Sent. de la *Cour de cassation* francesa (Sala 1^a Civil), de 2 de diciembre de 1997, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1998, vol. 87, núm. 4, p. 632; “Nota” de P. Gannagé, *ibid.*, pp. 632-637; Sent. de la *Cour de cassation* francesa (Sala 1^a Civil), de 7 de abril de 1998, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1998, vol. 87, núm. 4, pp. 644-645; “Nota” de D. Annoussamy, *ibid.*, pp. 645-651.

⁶⁰². *Vid.* A. Bucher, “L’ordre public et le but social des lois”, *R. des C.*, 1993, t-239, pp. 9-116, p. 55.

⁶⁰³. *Vid.* M.^a.P. Diago Diago, “La dot islamique...”, *loc. cit.*, pp. 428-429.

deben ser excluidas por contrarias al orden público español. De igual forma, tampoco podrán ser aplicadas aquellas regulaciones que establezcan una distribución inicua de los bienes comunes tras la disolución del régimen económico matrimonial o prevean reglas de liquidación que no respeten la igualdad de los cónyuges.

En relación con el régimen económico matrimonial se plantea un problema específico en relación con la protección de terceros. Ya hemos visto como la regulación del régimen económico matrimonial influye en los contratos que concluyan los cónyuges con terceros, debiendo establecerse mecanismos de protección en relación con esta cuestión. La importancia que tiene para el tráfico la aplicación de estas disposiciones podría justificar la consideración de esta normativa tuitiva como normas materiales imperativas, delimitando un ámbito de aplicación territorial específico para ellas diferenciado del general de los efectos del matrimonio⁶⁰⁴. Se trata de una solución que podría gozar de algún apoyo sobre la base de la protección del tráfico jurídico del Estado que haya promulgado tales disposiciones. En concreto, situándonos en la perspectiva española, podría mantenerse que las normas sobre responsabilidad de los bienes del cónyuge del comerciante en las circunstancias previstas en los arts. 6 a 12 del C. de c. podrían pretender ser aplicadas en todos los supuestos en los que el comerciante se encuentra domiciliado en España. Ahora bien, la introducción de este fraccionamiento en el ámbito de aplicación del régimen económico matrimonial no creo que esté suficientemente justificado. Tal como se expuso en otro apartado, la protección de los terceros que contratan con los cónyuges debe derivarse de la publicidad del régimen económico matrimonial y, en su caso, de la inoponibilidad de éste cuando esta publicidad no exista y el tercero ni haya conocido ni debiera conocer las particularidades de dicho régimen. Ciertamente, en este momento, el Derecho español aún carece de elementos suficientes para que esta protección sea efectiva; pero la solución a este problema no puede venir por la conversión de parte del régimen económico matrimonial en normas materiales imperativas⁶⁰⁵. En estos supuestos,

⁶⁰⁴. En el pasado se sostuvo que el régimen económico matrimonial primario tendría carácter internacionalmente imperativo (*vid. A.P. Abarca Junco, “Los efectos del matrimonio”, loc. cit., pp. 128-129*). Esta es la solución defendida también en el Derecho francés (*cf. P. Bourel y Y. Loussouran, op. cit., p. 368* y referencias allí contenidas). Se trata de una solución que, al menos en los supuestos internos heterogéneos no puede ser mantenida, pues son varios Derechos civiles españoles mantienen reglas diferenciadas en relación con esta cuestión (*cf. A.P. Abarca Junco, ibidem.*). *Vid. supra* n. núm. 592.

⁶⁰⁵. Esta opción implicaría la dificultad de determinar el ámbito de aplicación de estos preceptos, debiendo establecerse cuál sería la conexión relevante con España que justificaría la aplicación de nuestro Derecho y no del designado por el art. 9.2 del C.c. Además, una vez resuelto este problema sería preciso determinar también el Derecho español aplicable, pues, como hemos visto, la protección a terceros varía en unos Derechos españoles y otros. Así, en el C.c. se prevé la responsabilidad de los bienes comunes y

además, no es previsible que pueda operar la excepción de orden público, ya que la regulación de la garantía de las deudas que contraigan los cónyuges con terceros o de los efectos frente a estos terceros de la vulneración de las previsiones sobre consentimientos necesarios para vincular determinados bienes fundamentales para la familia, no afectará, en principio, a los valores que configuran el orden público del foro.

subsidiarimante de los privativos del cónyuge que no contrató por las deudas contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica (art. 1319 del C.c.). En el Derecho catalán, sin embargo, se prevé una responsabilidad solidaria de ambos cónyuges por los gastos familiares definidos en el art. 4 del Código de Familia, de acuerdo con lo establecido en el art. 8 de este mismo Código.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ABARCA JUNCO A.P.: “Separación matrimonial y disolución del matrimonio”, en E. Pérez Vera (dir.), *Derecho internacional privado*, vol. II, 3^a ed. 2001, pp. 137-154

ABARCA JUNCO, A.P.: “Efectos del matrimonio”, en E. Pérez Vera (dir.), *Derecho internacional privado*, Madrid, UNED, 2001, vol. II, pp. 123-135

ABARCA JUNCO, A.P.: “Sobre los efectos o relaciones personales entre los cónyuges en Derecho internacional privado”, *REDI*, 1983, vol. XXXV, núm. 1, pp. 43-60

ABARCA JUNCO, A.P. y GÓMEZ JENE, M.: “Medidas cautelares y provisionales en materia matrimonial: cuestiones de competencia judicial internacional”, *Estudios en homenaje al profesor Antonio Pérez Voituriez. Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna*, 2001, vol. 18, pp. 15-32

ABRIL CAMPOY, J.M.: “La protecció del consort supervivent en Dret català”, *RCDP*, 2003, núm. 2, en prensa.

AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M.: “Matrimonio, igualdad conyugal y Derecho internacional privado”, *Estudios homenaje al profesor Antonio Pérez Voituriez. Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna*, 2001, vol. 18, pp. 33-51

ALDEEB, S. y BONOMI, A.: (ed.), *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*, Zúrich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1999

ALONSO PÉREZ, M.: “Artículo 86”, en J.L. Lacruz Berdejo (coord.), *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil*, Madrid, Civitas, 2^a ed. 1994, pp. 892-917

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Artículo 12, apartado 1”, en M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t-I, vol. 2, Madrid, EDERSA, 2^a ed. 1995, pp. 842-880

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Nota a la STS (Sala Civil) de 21 de julio de 2000, CCJC, 2001, núm. 55, pp. 240-247

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: *Crisis matrimoniales internacionales y prestaciones alimenticias entre cónyuges*, Madrid, Civitas, 1996

ÁLVAREZ OLALLA, M^aP.: *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, Pamplona, Aranzadi, 1996

AMORES CONRADI, M.A.: “Artículo 9, apartados 2 y 3”, en M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t-I, vol. 2, Madrid, EDERSA, 2^a ed. 1995, pp. 181-205

AMORES CONRADI, M.A.: “Efectos del matrimonio”, en J.D. González Campos y otros, *Derecho internacional privado. Parte especial*, Madrid, Eurolex, 6^a ed. 1995, pp. 329-354

AMORES CONRADI, M.A.: “La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil: art. 22 L.O.P.J.”, *REDI*, 1989, vol. XLI, pp. 113-156

AMORES CONRADI, M.A.: “Las relaciones entre cónyuges en el nuevo Derecho internacional privado de la familia: valores jurídicos y técnicas de reglamentación”, *ADC*, 1987, vol. 40, fasc. 1, pp. 89-138

ANCEL, B. y MUIR WATT, H.: “La désunion européenne: le Règlement dit “Bruxelles II”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2001, vol. 90, núm. 3, pp. 403-457

ANCEL, B.: *Les conflits de qualifications a l'épreuve de la donation entre époux*, París, Dalloz, 1977

ARECHEDERRA ARANZADI, L.I.: “Artículo 45”, en J.L. Lacruz Berdejo (coord.), *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil*, Madrid, Civitas, 2^a ed. 1994, pp. 76-149

ARENAS GARCÍA, R.: “Dimensión internacional de la tutela por ministerio de la ley (la protección de los menores desamparados en el DIPr. español)”, *RJC*, 1998, núm. 3, pp. 349-385

ARENAS GARCÍA, R.: “Las normas sobre verificación de la competencia en los Convenios de Bruselas y de Lugano”, en A. Borrás Rodríguez (ed.), *La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española. Seminario celebrado en Tarragona, 30-31 de mayo de 1997*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 1998, pp. 389-406, pp. 393-394

ARENAS GARCÍA, R.: *El control de oficio de la competencia judicial internacional*, Madrid, Eurolex, 1996

ARENAS GARCÍA, R.: *Registro Mercantil y Derecho del comercio internacional*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2000

ARROYO MONTERO, R.: “Un caso atípico de matrimonio consular”, *REDI*, 1989, vol. XLI, pp. 349-352

ARROYO MONTERO, R.: *La celebración del matrimonio de los españoles en el extranjero ante los agentes diplomáticos y funcionarios consulares*, Madrid, UCM (tesis), 1991

ARTUCH IRIBERRI, E.: “La libertad individual y las parejas ante el Derecho internacional privado”, *REDI*, 2002, vol. LIV, núm. 1, pp. 41-63

AUDIT, B.: “Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la “crise” des conflits de lois)”, *R. des C.*, 1984-III, t-186, pp. 219-397

BAÑARES J.I.: “Canon 1087”, en A. Marzoa, J. Miras y R. Rodríguez-Ocaña (dirs.), *op. cit.*, vol. III, pp. 1179-1186

BAÑARES, J.I.: “Introducción al Sacramento del Matrimonio”, en A. Marzoa, J. Miras y R. Rodríguez-Ocaña (coord.), *Comentario Exegético al Código de Derecho Canónico*, Pamplona, EUNSA, 1996, vol. III, pp. 1019-1044

BART, J.: *Histoire du droit privé. De la chute de l'Empire Romain au XIX^e siècle*, París, Montchrestien, 1998

BASEDOW, J.: “Europäisches Zivilprozeßrecht”, *Handbuch des internationalen Zivilverfahrensrecht*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), t-I, 1982

BETANCOURT, F.: *Derecho Romano Clásico*, Sevilla, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2^a ed. 2001

BORRÁS RODRÍGUEZ, A.. *Calificación, reenvío y orden público en el Derecho interregional español*, Bellaterra, Servei de Publicacions de la UAB, 1984

BORRÁS RODRÍGUEZ, A.: “Artículo 9.2”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 447-454

BORRÁS RODRÍGUEZ, A.: “No discriminación por razón de sexo: Derecho internacional privado español”, *ADC*, 1991, t-XLIV, fasc. I, pp. 233-249

BOUZA i VIDAL, N.: *Problemas de adaptación en Derecho internacional privado e interregional*, Madrid, Tecnos, 1977

BOUZA VIDAL, N.: “El debat sobre els art. 1.1, incis final, i 20.2 LUEP”, *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Madrid, Tecnos, 2000, pp. 1141-1159

BRANCÓS NÚÑEZ, E.: “Conflictos de Derecho internacional e interregional en la sucesión de cónyuges y convivientes”, *La Notaria*, 2002, abril, núm. 4, pp. 59-77

BUCHER, A.: “L’ordre public et le but social des lois”, *R. des C.*, 1993, t-239, pp. 9-116

CALVO CARAVACA, A.-L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dirs.): *Derecho internacional privado, volumen II*, Granada, Comares, 3^a ed. 2002

CARBALLO PIÑEIRO, L.: “Competencia judicial internacional y modificación de prestaciones de ejecución continuada: más allá de la STC 61/2000”, *AEDIPr.*, 2001, vol. I, pp. 463-482

CARMONA SALGADO, C.: “Artículo 179”, en M. Cobo del Rosal (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Madrid, EDERSA, t-VI, pp. 469-503

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Cuestiones polémicas en el Reglamento 1347/2000”, en A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Mundialización y familia*, Madrid, Colex, 2001, pp. 213-239

CARRILLO CARRILLO, B.L.: “Ley aplicable a las parejas de hecho en Derecho internacional privado español”, en A.L. Calvo Caravaca y J.L. Iriarte Ángel (ed.), *Mundialización y familia*, Madrid, Colex, 2001, pp. 385-451

CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español Común y Foral*, t-V, vol. I, 12^a ed. (revisada por G. García Cantero y J.M^a Castán Vázquez), Madrid, Reus, 1994

CASTELLS, M.: *La era de la información. Vol. 2. El poder de la identidad* (versión castellana de C. Martínez Gimeno de *The Information Age: Economy, Society and Culture. Volume II: The Power of Identity*, Cambridge, Massachusetts, 1997), Madrid, Alianza Editorial, 2001

CLERICI, R.: “Artículo 30 (rapporti patrimoniali tra coniugi)”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1995, año XXXI, núm. 4, pp. 1061-1071

COMBALÍA, Z.: “Estatuto de la mujer en el Derecho matrimonial islámico”, *Aequitas*, núm. 6, consultado en http://www.juridicas.com/areas_virtual/Articulos/45-Derecho%20Civil/200105-estatuto_de_la_mujer.html

COMTE GUILLEMET, N.: “Las parejas no casadas ante el DIPr.”, en A.L. Calvo Caravaca y J.L. Iriarte Ángel (ed.), *Mundialización y familia*, Madrid, Colex, 2001, pp. 295-311

CORBACHO GÓMEZ, J.A.: “Artículo 1341”, en C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo Ponce de León, R. Bercovitz y P. Salvador Coderch (dirs.), *Comentario del Código Civil*, Madrid, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, 1991, pp. 624-627, pp. 625-626

CRETNEY, S.M.: *Principles of Family Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 1984

CUENA CASA, M.: *La protección de los acreedores en el régimen económico matrimonial de separación de bienes (La llamada presunción muciana)*, Madrid, Dykinson, 1999

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: *Uniones de hecho. Una nueva visión después de la publicación de las leyes sobre parejas estables*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002

DE CASTRO y BRAVO, F.: *El Negocio Jurídico*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1971, p. 266

DE LOS MOZOS, J.L.: “Artículos 1315 a 1391, en M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Jaén, EDERSA, t-XVIII, vol. 1º, 1978

DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: “La ausencia y la declaración de fallecimiento en Derecho internacional privado”, *REDI*, 1995, vol. XLVIII, núm. 2, pp. 41-70

DELGADO ECHEVARRÍA, J.: “Artículo 16, apartado 2”, en M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t-I, vol. 2, Madrid, EDERSA, 2^a ed. 1995, pp. 1284-1301

DESANTES REAL, M.: “El Convenio de Bruselas (competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales) y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: criterios de interpretación y orientación metodológica”, *La Ley: Com. eur.*, 1988-1, pp. 15-39

DIAGO DIAGO, M^a.P.: “La dot islamique à l'épreuve du conflit de civilisations sous l'angle du droit international privé espagnol”, *Annales de droit de Louvain*, 2001, vol. 61, núm. 4, pp. 407-442

DIAGO DIAGO, M^a.P.: “La protección de la vivienda familiar: un análisis de Derecho interregional”, *AC*, 1999, núm. 42, pp. 1343-1363

DIAGO DIAGO, M^a.P.: *Pactos o capitulaciones matrimoniales en Derecho internacional privado*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 1999

DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L.: “El negocio jurídico del Derecho de familia”, *RGLJ*, Segunda Época, año CX, t-XLIV (212), pp. 771-792

DOGLIOTTI, M.: *Separazione e divorzio. I dato normativo. I problemi interpretativi*, Turín, UTET, 1988

DORAL, J.A.: “Artículo 82”, en J.L. Lacruz Berdejo (coord.), *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil*, Madrid, Civitas, 2^a ed. 1994, pp. 840-862

DROZ, G.A.L.: “Regards sur le droit international privé comparé. Cours général de droit international privé”, *R. des C.*, 1991-IV, t-229, pp. 9-424

DROZ, G.A.L.: *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché Commun (Eutde de la Convention de Bruxelles du 27 spetembre 1968)*, París, Dalloz, 1972

ESPINAR VICENTE, J.M^a: *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 1996

ESTEVE GONZÁLEZ, L.: “Proyección en el sector del Derecho aplicable de las distintas concepciones del enriquecimiento sin causa”, *ADC*, 2000, t-LIII, fasc. II, pp. 511-551

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. *Derecho español de la nacionalidad*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 115-132 (epígrafe redactado por S.A. Sánchez Lorenzo)

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.A.: *Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 2^a ed. 2001

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “Derecho de la persona”, en J.D. González Campos y otros, *Derecho internacional privado. Parte especial*, Madrid, Eurolex, 6^a ed. 1995, pp. 37-97

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “Las obligaciones alimenticias en el Derecho internacional privado español”, *REDI*, 1985, vol. XXXVII, núm. 1, pp. 67-108

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “Sucesión de normas y Derecho internacional privado: consideraciones en torno a la crisis de las soluciones unitarias en el Derecho intertemporal”, *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al profesor don Manuel Díez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 1349-1372

FLUME, W.: *El Negocio Jurídico* (trad. de J.M. Miquel González y E. Gómez Calle), Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998

FONT i SEGURA, A.: “La sucesión hereditaria en Derecho interregional”, *ADC*, 2000, t- LIII, fasc. I, pp. 23-81

FONT i SEGURA, A.: *Una construcción sistemática del Derecho interregional*, Barcelona, 2002 (inédito)

FUENTES CAMACHO, V.: *Las medidas provisionales y cautelares en el espacio judicial europeo*, Madrid, Eurolex, 1996

FULCHIRON, H.: “Réflexions sur les unions hors mariage en droit international privé”, *Journ. dr. int.*, 2000, año 127, núm. 4, pp. 889-913

FUMAGALLI, L.: “La Convenzione di Roma e la legge regolatrice delle donazioni”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1993, año XXIX, pp. 589-606

GARAU JUANEDA, L.: “Comunidades Autónomas y Derecho Interregional”, *Constitución, Comunidades Autónomas y Derecho Internacional (VI Jornadas de Profesores de Derecho internacional y relaciones internacionales. Santiago de Compostela, 1 al 4 de junio de 1981)*, Santiago de Compostelas, Asociación de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales/Xunta de Galicia, 1982, pp. 111-167

GARCÍA CANTERO G.: “Artículo 18”, en M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t-II, Madrid, EDERSA, 1982, pp. 190-198
García Cantero, G.: M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t-II, Madrid, EDERSA, 1982

GARCÍA CANTERO, G.: “Artículos 1381 y 1382”, en M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t-XVIII, vol. 1, pp. 258-263

GARCÍA CANTERO, G.: “Capítulo Tercero”, en M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t-XVIII, vol. 1, pp. 142-144

GARCÍA GÁRATE, A.: *El matrimonio religioso en el Derecho civil*, Burgos, Amabar, 1995

GARCÍA RUBIO, M.P.: *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, Madrid, Civitas, 1995

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*, Madrid, McGraw-Hill, 1996

GARDEÑES SANTIAGO, M.: “La imperatividad internacional del principio comunitario de no discriminación por razón de la nacionalidad (reflexiones en torno a la Sentencia del TJCE “Boukhalfa”, de 20 de abril de 1996, desde la óptica del Derecho internacional privado”), *RIE*, 1996, pp. 863-877

GAUDEMEL-TALLON, H. “Le Règlement n° 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000: “Compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimonial et en matière de responsabilité parentale des enfants communs”, *Journ. dr. int.*, 2001, año 128, núm. 2, pp. 381-445

GAUDEMEL-TALLON, H.: “La désunion du couples en droit international privé”, *R. des C.*, 1991, I (t-226), pp. 121-279

GAUDEMEL-TALLON, H.: *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano. Compétence internationale, reconnaissance et exécution des jugements en Europe*, París, L.G.D.J., 2^a ed. 1996

GERNHUBER J. y COESTER-WALTJEN, D.: *Lehrbuch des Familienrechts*, Múnich, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1994

GETE-ALONSO y CALERA, M^a.C.: “Artículo 67”, en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Madrid, Tecnos, 1984, vol. I, pp. 320-331

GINEBRA i MOLINS, M^a.E.: *La qualitat jurídica de català i l'aplicació del Dret civil de Catalunya*, Barcelona, Departament de Justicia de la Generalitat de Catalunya, 2002

GINEBRA MOLINS, E.: “Algunas notas sobre la referencia a la vecindad civil en los arts. 1.1 final y 20.2 de la Ley catalana 10/1998, de 15 de julio, d’unions estables de parella”, en *Conflictos de Leyes en el desarrollo del Derecho civil vasco*, Bilbao, Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País (Comisión de Bizkaia), 1999, pp. 427-439

GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “Recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Foral 6/2000, del Parlamento de Navarra, para la igualdad jurídica de las parejas estables”, *REDI*, 2000, núm. 2, pp. 690-695

GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “La adaptación de las normas de competencia territorial: arts. 50, 52 y 54 de la nueva LEC”, *AEDIPr.*, 2001, vol. I, pp. 339-363

GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “Nuevas normas catalanas: el Código de familia y la ley de parejas de hecho”, *REDI*, 1998, núm. 2, pp. 307-311

GONZÁLEZ CAMPOS, J.D. y ABARCA JUNTO, A.P.: “Normas de Derecho internacional privado”, en J.L. Lacruz Berdejo (coord.), *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil*, Madrid, Civitas, 2^a ed. 1994, pp. 1329-1358

GONZÁLEZ CAMPOS, J.D. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: “Artículo 11”, en M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t-I, vol. 2, Madrid, EDERSA, 2^a ed. 1995, pp. 795-842

GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.: “Derecho de familia. El matrimonio”, en J.D. González Campos y otros, *Derecho internacional privado. Parte especial*, Madrid, Eurolex, 6^a ed. 1995, pp. 289-328

GONZÁLEZ DEL VALLE, J.M^a: *Derecho canónico matrimonial*, Pamplona, EUNSA, 6^a ed. 1991

GOÑI URRIZA, N.: “La Ley navarra para la igualdad jurídica de las parejas estables”, en A.L. Calvo Caravaca y J.L. Iriarte Ángel (ed.), *Mundialización y familia*, Madrid, Colex, 2001, pp. 375-383

GOTHOT, P., y HOLLEAUX, D.: *La Convención de Bruselas de 27 Septiembre 1968* (trad. de I. Pan Montojo de *La Convention de Bruxelles du 27 Septembre 1968 (Compétence judiciaire et effets des jugements dans la CEE)*, París, 1985), Madrid, La Ley, 1986

GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: “Artículo 807”, en A.M. Lorca Navarrete (dir.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Valladolid, Lex Nova, 2000, t-IV, pp. 4379-4385

HARRIS, M.: *Antropología cultural*, Madrid, Alianza Editorial, 2001

HAUSER, J. y HUET-WEILLER, D.: *La famille. Dissolution de la famille*, en J. Ghustin (dir.), *Traité de droit civil*, París, L.G.D.J., 1991

HEINRICH, D.: *Internationales Familienrecht*, Frankfurt del Meno, Verlag für Standesamtswesen, 1989

HEREDIA CERVANTES, I.: “Competencia de los Tribunales españoles para modificar decisiones extranjeras”, *Derecho Privado y Constitución*, 2000, núm. 14, pp. 185-205

HERRERO GARCÍA, M^a.J.: *Contratos onerosos entre cónyuges*, Salamanca, Kadmos, 1976

JESSURUN D'OLIVEIRA, H.U.: “Registered Partnerships, Pacses and Private International Law, Some Reflections”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2000, año XXXVI, núm. 2, pp. 293-322

JIMÉNEZ BLANCO, P.: “El Derecho aplicable a las donaciones”, *REDI*, 1997, vo. XLIX, núm. 1, pp. 63-89

JIMÉNEZ BLANCO, P.: “La eficacia probatoria de los documentos públicos extranjeros”, *AEDIPr.*, 2001, vol. 1, pp. 365-404

KASSIS, A.: *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, París, L.G.D.J., 1993

KAUFMANN-KOHLER, G.: *La clause d'élection de for dans les contrats internationaux*, Basilea/Frankfurt del Meno, Helbing & Lichtenhahn, 1980

KAYE, P., *Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments*, Abingdon, Professional Books, 1987

KEGEL, G. y SCHURIG, K.: *Internationales Privatrecht*, Múnich, C.H. Beck, 2001
Kipp, Th. y Wolff, M.: “Derecho de familia”, t-IV, vol. 1º de L. Enneccerus, Th. Kipp y M. Wolff, *Tratado de Derecho Civil*, trad. De la 20º ed. Alemana por B. Pérez González y J. Alguer, Barcelona, Bosch, 1953

KHAIRLIAH, G.: “La loi du 28 octobre 1997: Questions de méthode”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1998, vol. 87, núm. 2, pp. 249-267

KHAIRLIAH, G.: “Les “partenariats organisés” en droit international privé (Propos de la loi du 15 novembre 1999 sur le pacte civil de solidarité)”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2000, vol. 89, núm. 3, pp. 317-330

KROPHOLLER, J.: *Europäisches Zivilprozessrecht*, Heidelberg, Recht und Wirtschaft, 7ª ed. 2002

LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros: *Elementos de Derecho Civil. IV. Familia*, Madrid, Dykinson, 2002 (ed. Revisada por J. Rams Albesa)

LACRUZ BERDEJO, J.L.: “Artículo 68”, en J.L. Lacruz Berdejo (coord.), *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil*, Madrid, Civitas, 2ª ed. 1994, pp. 650-664

LAMARCA MARQUÈS, A.: “Qui és català? La darrera jurisprudència sobre vínatge civil”, *La Notaria*, 2001, núm. 5, pp. 17-53

LAMARCA MARQUÈS, A.: “Separació de béns i desigualtat patrimonial: la compensació econòmica per raó de treball”, *Indret*, 2003, núm. 1, www.indret.com

LARA AGUADO, A.: *El nombre en Derecho internacional privado*, Granada, Comares, 1998

LOUSSOUARN, Y. y BOUREL, P.: *Droit international privé*, París, Dalloz, 6ª ed. 1999

LUCES GIL, F., *Derecho registral civil*, Barcelona, Bosch, 4ª ed. 1991
M., Aguilar Benítez de Lugo y otros: *Lecciones de Derecho civil internacional*, Madrid, Tecnos, 1996

MALUQUER DE MOTES BERNET, C.J.: “Los efectos del matrimonio”, en *id.* (coord.), *Derecho de familia*, Barcelona, Bosch, 2000, pp. 93-113

MANKOWSKI, P.: “Gerichtsstand der rügelosen Einlassung in europäischen Verbrauchersachen?”, *IPRax.*, 2001, núm. 4, pp. 310-315

MARTÍ GILABERT, F.: *El matrimonio civil en España. Desde la República hasta Franco*, Pamplona, EUNSA, 2000

MARTIN CASALS, M.: “Informe de Derecho comparado sobre la regulación de las parejas de hecho”, *ADC*, 1995, t-XLVIII, fasc. IV, pp. 1709-1808

MAXWELL, N.G.: “Common Law Marriages or Just “Shacking Up?”, <http://classes.washburnlaw.edu/maxw/publications/clm.html>

MERNISSI, S.: “El estatuto de la mujer en Marruecos”, en A. Borrás y S. Mernissi (ed.), *El Islam jurídico y Europa*, Barcelona, Institut Català de la Mediterrània d’Estudis i Cooperació, 1998, pp. 103-121

MICHINEL ÁLVAREZ, M.A.: “Inscripción registral de actos de disposición sobre bienes de una sociedad conyugal internacional”, *Derecho Registral Internacional. Homenaje a la memoria del profesor Rafael Arroyo Montero*, Madrid, Iprolex, 2003, pp. 237-246

MIQUEL, J.: *Dret Privat Romà*, Madrid, Marcial Pons, 1995

MODRZEJEWSKI, J.M.: “Die Geschwistenrehe in den hellenistischen Praxis und nach römischen Recht”, en *id.* (ed.), *Statut personnel et liens de famille dans les droits de l’Antiquité*, Aldershot, Hampshire (R.U.)/Brookfield, Vermont (USA), Variorum, 1984, núm. VII (también publicado en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanische Abteilung*, t-81, 1964, pp. 52-82

MORALEJO IMBERNÓN, N.I.: *Los actos de administración de bienes gananciales realizados por el cónyuge titular o poseedor*, Granada, Comares, 1998

MOYA ESCUDERO, M.: “Competencia judicial y reconocimiento de decisiones en materia de responsabilidad parental: el Reglamento Bruselas II”, *La Ley*, 2002, aº XXIII, núm. 5647, de 4 de noviembre, pp. 1-19, www.laley.net

NAVARRO-VALLS, R.: “Canon 1108”, en A. Marzoa, J. Miras y R. Rodríguez-Ocaña (coord.), *Comentario Exegético al Código de Derecho Canónico*, Pamplona, EUNSA, 1996, vol. III, pp. 1446-1449

O’CALLAGHAN, X.: “Concepto y calificación jurídica de las uniones de hecho”, en *id.* (dir.), *Consecuencias jurídicas de las uniones de hecho*, *Cuadernos de Derecho Judicial* 1997, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1998, pp. 13-373

OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P.: “Ley británica de Derecho internacional privado de 8 de noviembre de 1995. *Private International (Miscellaneous Provisions) Act 1995*”, *REDI*, 1996, vol. XLVIII, núm. 2, pp. 340-345

OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P.: *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho internacional privado español*, Pamplona, Aranzadi, 2002

PAZ-ARES, C.: “Ánimo de lucro y concepto de sociedad”, *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girán Tena*, Madrid, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio/Civitas, 1991, pp. 731-753

PERE RALUY, J.: *Derecho del Registro Civil*, Madrid, Aguilar, 1962

PÉREZ MARTÍN, A.J.: “Artículo 769”, en A.M. Lorca Navarrete (dir.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Valladolid, Lex Nova, 2000, t-IV, pp. 4077-4085

PÉREZ VERA, E.: “Las parejas de hecho desde la perspectiva del Derecho internacional privado español”, A.-L. Calvo Caravaca y J.L. Iriarte Ángel (ed.), *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, Colex, 2000, pp. 131-138

PICONE, P.: “I provvedimenti temporanei ed urgenti in pendenza di separazione e di divorzio nel diritto internazionale privato e processuale italiano”, *Riv. dir. int.*, 1994, vol. 77, pp. 333-388

PICONE, P.: “Misure provvisorie in materia familiare e diritto internazionale privato”, *Riv. dir. int.*, 1995, vol. 78, pp. 1-69

PLENDER, R.: *The European Contracts Convention. The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts*, Londres, Sweet & Maxwell, 1991

PONS GONZÁLEZ, M. y DEL ARCO TORRES, M.A.: *Separación, divorcio y nulidad matrimonial: régimen jurídico (Teoría, Praxis judicial y formularios)*, Granada, Comares, 1999

QUIÑONES ESCÁMEZ, A.: “Compatibilidad de la norma de conflicto relativa a los efectos del divorcio con el Derecho comunitario”, *RDCE*, 2001, año 5, núm. 10, pp. 645-661

RAGEL SÁNCHEZ, L.-F.: *¿A qué obliga el matrimonio?*, Cáceres, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Extremadura, 1998

RAGEL SÁNCHEZ, L.F.: “Los deberes conyugales”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, Cáceres, 1996/97, núms. 14/15, pp. 261-313

REQUEJO ISIDRO, M.: *Ley local y forma de los actos en el Derecho internacional privado español*, Madrid, Eurolex, 1998

RIBAS ALGUERÓ, I.: *La vecindad civil: problemática en torno a su régimen jurídico y a su prueba*, Barcelona, Bosch, 1984

RICHARDS, C.: “The legal recognition of same-sex-couples- The French perspective”, *ICLQ*, 2002, vol. 51, núm. 2, pp. 305-324

RIGAUX, F.: *La Théorie des Qualifications en droit international privé*, París, LGDJ, 1956

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: “Nota a la STS (Civil), de 29 de octubre de 1997”, *CCJC*, 1998, núm. 46, pp. 189-202

ROCA, E.: *Familia y cambio social (De la “casa” a la persona)*, Madrid, Civitas, 1999

RODRÍGUEZ GAYÁN, E.M.: *Derecho registral civil internacional*, Madrid, Eurolex, 1995

RODRÍGUEZ MATEOS, P.: “Una perspectiva funcional en el método de atribución”, *REDI*, 1988, vol. XL, pp. 79-126

RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “La inconstitucionalidad del artículo 9.2 CC de 1974 (Comentario a la STC 39/2002, de 14 de febrero)”, *REDI*, 2002, vol. LIV, núm. 1, pp. 243-254

RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “Le jeu de l’identité et l’intégration: paramètres pour une nouvelle lecture du droit international privé concernant les minorités migratoires dans l’Union Européenne”, *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1997, año VII, fasc. 2, pp. 283-311

RODRÍGUEZ PINEAU, E.: *Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales*, Granada, Comares, 2002

ROTH, W.-H.: “Der Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das internationale Privatrecht”, *RabelsZ.*, 1991, vol. 55, núm. 4, pp. 623-673

ROUCHE, M.: “Alta Edad Media Occidental”, en Ph. Ariès y G. Duby (dir.), *Historia de la vida privada*, t-I, *Del Imperio Romano al Año Mil* (trad. de F. Pérez Gutiérrez), Barcelona, Círculo de Lectores, 1993, pp. 402-533

SALVADOR CODERCH, P.: “Artículo 44”, en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Madrid, Tecnos, 1984, vol. I, pp. 118-130

SÁNCHEZ LORENZO, S.A.: “La incidencia del principio comunitario de no discriminación por razón de nacionalidad en los sistemas conflictuales de los Estados miembros”, *RCEA*, 1996, vol. XII, pp. 61-81

SÁNCHEZ LORENZO, S.A.: “La inconveniente doctrina de la DGRN acerca de los matrimonios de conveniencia”, *Derecho registral internacional. Homenaje a la memoria del profesor Rafael Arroyo Montero*, Madrid, Iprolex, 2003, pp. 247-273

SÁNCHEZ LORENZO, S.A.: “Las parejas no casadas ante el Derecho internacional privado”, *REDI*, 1989, vol. XLI, núm. 2, pp. 487-531

SÁNCHEZ LORENZO, S.A.: *Derecho privado europeo*, Granada, Comares, 2002

SANCIÑENA ASURMENDI, C.: *Régimen económico matrimonial del comerciante*, Madrid, Dykinson, 1996

TALAVERA FERNÁNDEZ, P.A.: *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, Granada, Comares, 2001

TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J.A.: “Separación, divorcio y nulidad del matrimonio”, en M. Aguilar Benítez de Lugo y otros, *Lecciones de Derecho Civil Internacional*, Madrid, Tecnos, 1996, pp. 117-145

UCCELLA, F.: *Il matrimonio*, Padua, CEDAM, 1996

Veyne, P.: “El Imperio Romano”, en Ph. Ariès y G. Duby (dir.), *Historia de la vida privada*, t-I, *Del Imperio Romano al Año Mil* (trad. de F. Pérez Gutiérrez), Barcelona, Círculo de Lectores, 1993, pp. 19-227

VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: *Derecho procesal civil internacional*, Madrid, Civitas, 2000

VIRGÓS SORIANO, M.: “Obligaciones contractuales”, en J.D. González Campos y otros, *Derecho internacional privado. Parte especial*, Madrid, Eurolex, 6^a ed. 1995, pp. 143-207

VON BAR, CH.: “Personal Effects of Marriage”, vol. III, cap. 17 de *International Encyclopedia of Comparative Law*

VON BAR, CH.: *Internationales Privatrecht*, t-II, Parte especial, Múnich, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1991

WAGNER, R.: “Das neue Internationale Privat-und Verfahrensrecht zur eingetragenen Lebenspartnerschaft”, *IPRax.*, 2001, año 21, núm. 4, pp. 281-293

WASMUTH, J.: “Eheschließung unter Gleichgeschlechtlichen in den Niederlanden und deutscher ordre public”, H. Krüger y H.-P. Mansel (ed.), *Liber Amicorum Gehrad Kegel*, Múnich, C.H. Beck, 2002, pp. 237-259

WATTÉ, N.: *Les droits et devoirs respectifs des époux en droit international privé*, Bruselas, Larcier, 1987

WIEDERKEHR, G.: *Les conflits de lois en matière de régime matrimonial*, París, Dalloz, 1967

ZABALO ESCUDERO, M^a.E.: “Artículo 16, apartado 3”, en M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t-I, vol. 2, Madrid, EDERSA, 2^a ed. 1995, pp. 1301-1315

ZABALO ESCUDERO, M^a.E.: “Efectos del matrimonio y sociedad multicultural”, A.-L. Calvo Caravaca y J.L. Iriarte Ángel (ed.), *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, Colex, 2000, pp. 9-25

ZABALO ESCUDERO, M.^a.E.: “La aplicación de las normas de conflicto del Derecho interregional (a propósito de la sentencia del TSJ de Aragón de 10 de marzo de 1999), *RDCA*, 1999, núm. 2, pp. 247-252

ZABALO ESCUDERO, M.^a.E.: *La situación jurídica del cónyuge viudo. Estudio en el Derecho internacional privado y Derecho interregional*, Pamplona, Aranzadi, 1993

DECISIONES CITADAS

I. JURISPRUDENCIA COMUNITARIA.

- STJCE de 27 de marzo de 1979, C- 143/78, *De Cavel, Rec.*, 1979, pp. 1055 y ss.
- STJCE (Sala 3^a), de 6 de marzo de 1980, *Louise de Cavel/Jacques de Cavel*, C-120/79, *Rec.*, 1980, pp. 731-742; “Notas” de G.A.L. Droz, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1980, pp. 621-629; y A. Huet, *Journ. dr. int.*, 1980, pp. 442-448
- STJCE de 31 de marzo de 1982, C- 25/81, *C.H.W. c. G.J.H.*, *Rec.* 1982, pp. 1189-1210
- STJCE de 17 de abril de 1986, C. 59/85, *Estado neerlandés c. Ann Florence Reed*, *Rec.*, 1986, pp. 1283-1305
- STJCE de 17 de junio de 1992 *Jakob Handte y Cia. GmbH c. Traitaments mécano-chimiques des surfaces Sa*, C- 26/91, *Rec.*, 1992, pp. I-3967 y ss
- STJCE de 10 de junio de 1999, Asunto C- 430/87, *Jutta Johannes c. Hartmut Johannes*, <http://curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=es>

II. JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

1. Tribunal Constitucional.

- STC 45/1989 (Pleno), de 20 de febrero de 1989, *J.C.*, t-XXIII, pp. 463-505, www.boe.es/tc/
- STC 121/1992 (Pleno), de 28 de septiembre de 1992, *J.C.*, t-XXXIV, pp. 139-162, www.boe.es/tc/
- STC 222/1992 (Pleno), de 11 de diciembre de 1992, *B.O.E.*, 19-I-1993, www.boe.es/tc/
- STC 156/1993 (Pleno), de 6 de mayo de 1993, *J.C.*, t-XXXVIII, pp. 75-98, www.boe.es/tc/
- STC 226/1993 (Pleno), de 8 de julio, *BOE*, 2-VIII-1993, www.boe.es/tc/
- STC (Sala Primera) 61/2000, de 13 de marzo, www.boe.es/tc/, *REDI*, 2001, vol. LIII, núms. 1 y 2, pp. 461-462, “Nota” de M.-A. Michinel López, *ibid.*, pp. 462-467
- STC (Pleno) 39/2002, de 14 de febrero de 2002, www.boe.es/tc/

2. Tribunal Supremo.

- STS (Civil) de 6 de junio de 1994, *RAJ*, núm. 4585
- STS (Civil) de 16 de diciembre de 1996, *B.D. Aranzadi*, RJ 1996\9020
- STS (Civil), de 29 de octubre de 1997, *B.D. Aranzadi*, RJ 1997\7341
- STS (Civil), de 19 de noviembre de 1997, *RAJ*, 1997\7978
- STS (Civil) de 27 de febrero de 1998, *RAJ*, núm. 968
- STS (Civil), de 14 de febrero de 2000, *RAJ*, 2000\676
- STS (Civil), de 20 de marzo de 2000, *RAJ*, 2000\2020
- STS (Civil), de 5 de junio de 2000, *RAJ*, 2000\5094
- STS (Civil) de 21 de julio de 2000, *B.D. Aranzadi*, RJ 2000\5501
- STS (Civil) de 27 de marzo de 2001, *B.D. Aranzadi*, RJ 2001\4770
- STS (Civil), de 5 de octubre de 2001, *RAJ*, 2001\4993
- STS (Civil) de 17 de enero de 2003, *B.D. Aranzadi*, RJ 2003\4

3. Tribunales Superiores de Justicia.

- Sent. del TSJ de Navarra de 3 de marzo de 1994, *RAJ*, 1994\2115
- Sent. del TSJ de Aragón (Sala de lo Civil y Penal), de 30 de octubre de 1996, *RAJ*, 1996\8280
- Sent. del TSJ de Baleares (Sala de lo Civil y Penal), de 3 de septiembre de 1998, *B.D. Aranzadi*, RJ 1998\8505
- Sent. del TSJ de Aragón (Sala de lo Civil y Penal), de 10 de marzo de 1999, *RAJ*, 1999\1337
- Sent. del TSJ de Cataluña de 13 de mayo de 1999, *RAJ*, 2000\8027
- Sent. del TSJ de Galicia de 5 de febrero de 2001, *RAJ*, 2001\6530

4. Audiencias Provinciales.

- Sent. de la AP de Barcelona (Sección 15^a) de 15 de febrero de 1994, *REDI*, 1995, vol. XLVII, núm. 1, pp. 211-212, “Nota” de R. Arenas García, *ibid.*, pp. 212-217
- Auto de la AP de Barcelona (Sección 12^a), de 18 de marzo de 1994, *REDI*, 1995, vol. XLVII, núm. 1, pp. 217-218; “Nota” de R. Arenas García, *ibid.*, pp. 218-220
- Sent. de la AP de Palma de Mallorca (Sección 4^a) de 23 de diciembre de 1994, *RGD*, 1995, año LI, núm. 615, pp. 14.434-14.437; *REDI*, 1996, vol. XLVIII, núm. 2, pp. 302-303; “Nota” de R. Arenas García, *ibid.*, pp. 303-306
- Sent. de la AP de Zaragoza de 17 de enero de 1995, *B.D. Aranzadi*, AC 1995\64
- Sent. de la AP de Girona de 4 de febrero de 1995, *B.D. Aranzadi*, AC 1995\310
- Sent. de la AP de Zaragoza de 19 de abril de 1995, *B.D. Aranzadi*, AC 1995\611
- Sent. de la AP de Baleares de 18 de julio de 1995, *Aranzadi Civil*, 1995, núm. 1306; *REDI*, 1996, vol. XLVIII, núm. 2, p. 266, “Nota” de R. Arenas García, *ibid.*, pp. 266-269
- Sent. de la AP de Madrid de 21 de febrero de 1997, *REDI*, 1998, vol. L, núm. 1, pp. 283-285, “Nota” de F. Esteban de la Rosa, *ibid.*, pp. 285-287
- Sent. de la AP de Logroño de 3 de diciembre de 1997, *REDI*, 2000, vol. LII, núm. 1, p. 154, “Nota” de A. Marín López, *ibid.*, pp. 154-157
- Sent. de la AP de Barcelona (Sección 12^a), de 21 de octubre de 1998, *B.D. Aranzadi*, AC 1998\8952
- Sent. de la A.P. de Lleida 96/1999 (Sección 1^a), de 17 de junio de 1999, *B.D. Aranzadi*, AC 1999\7132
- Sent. de la AP de Barcelona (Sección 18^a), de 4 de octubre de 1999, *RJC (Jurisprudencia)*, 2000-I, pp. 305-307
- Sent. de la AP de Madrid de 4 de noviembre de 1999, *AEDIPr.*, 2001, vol. I, pp. 923-924; *REDI*, 2000, vol. LII, núm. 2, pp. 573-575, “Nota” de A. Marín López, *ibid.*, pp. 575-578
- Sent. de la AP de Barcelona (Sección 12^a), de 4 de abril de 2000, *RJC (Jurisprudencia)*, 2000-III, p. 9
- Sent. de la AP de Zaragoza 465/2000 (Sección 2^a), de 10 de julio de 2000, *B.D. Aranzadi*, JUR 2000\271687
- Auto de la AP de Girona (Sección 2^a), de 20 de julio de 2000, *RJC (Jurisprudencia)*, 2001-I, pp. 267-268
- Sent. de la AP de Barcelona (Sección 18^a), de 21 de diciembre de 2000, *B.D. Aranzadi*, JUR 2001\112460

- Sent. de la AP de Barcelona (Sección 18^a) de 13 de junio de 2001, *RJC (Jurisprudencia)*, 2001-IV, pp. 1239-1240
- Sent. de la AP de Murcia 203/2001 (Sección 5^a), de 12 de septiembre de 2001, *B.D. Aranzadi*, JUR 2001\326507
- Sent. de la AP de Barcelona (Sección 18^a), de 5 de octubre de 2001, *RJC (Jurisprudencia)*, 2002-I, pp. 313-314
- Sent. de la AP de Barcelona (Sección 12^a), de 4 de diciembre de 2001, *B.D. Aranzadi*, JUR 2002\65813
- Sent. de la AP de Palma de Mallorca de 30 de marzo de 2002, *B.D. Aranzadi*, JUR 2002\192542
- Sent. de la AP de Barcelona (Sección 12^a), de 3 de abril de 2002, *B.D. Aranzadi*, JUR 2002\153152
- Sent. de la AP de Barcelona (Sección 12^a), de 25 de abril de 2002, *B.D. Aranzadi*, JUR 2002\185021
- Sent. de la AP. de Barcelona (Sección 12^a) de 4 de junio de 2002, *B.D. Aranzadi*, JUR 2002\209879
- Sent. de la AP de Navarra de 12 de junio de 2002, *B.D. Aranzadi*, JUR 2002\201896
- Sent. de la AP de Baleares de 30 de marzo de 2002, *B.D. Aranzadi*, JUR 2002\192542
- Sent. de la AP de Baleares de 10 de septiembre de 2002, *B.D. Aranzadi*, JUR 2002\272157

5. Resoluciones de la DGRN

- Res. de la DGRN de 14 de diciembre de 1981, *B.D. Aranzadi*, RJ 1981\5440
- Res. de la DGRN de 13 de enero de 1999, *B.D. Aranzadi*, RJ 1999\46

III. JURISPRUDENCIA EXTRANJERA.

- Sent. de la *Cour de cassation* francesa (Sala 1^a Civil), de 17 de abril de 1953, *Rivière c. Roumantzeff*, B. Ancel e Y. Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, París, Dalloz, 3^a ed. 1998, pp. 204-206
- Sent. de la *Cour de cassation* francesa (Sala 1^a Civil), de 5 de noviembre de 1996, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1998, vol. 87, núm. 4, pp. 596-597; “Nota” de B. Bourdelois, *ibid.*, pp. 597-602
- Sent. de la *Cour de cassation* francesa (Sala 1^a Civil), de 7 de octubre de 1997, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1998, vol. 87, núm. 1, pp. 72-73; “Nota” de P. Hammje, *ibid.*, pp. 73-83
- Sent. de la *Cour de cassation* francesa (Sala 1^a Civil), de 2 de diciembre de 1997, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1998, vol. 87, núm. 4, p. 632; “Nota” de P. Gannagé, *ibid.*, pp. 632-637
- Sent. de la *Cour de cassation* francesa (Sala 1^a Civil), de 24 de febrero de 1998, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1998, vol. 87, núm. 4, pp. 637-639; “Nota” de G.A.L. Droz, *ibid.*, pp. 639-644
- Sent. de la *Cour de cassation* francesa (Sala 1^a Civil), de 7 de abril de 1998, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1998, vol. 87, núm. 4, pp. 644-645; “Nota” de D. Annoussamy, *ibid.*, pp. 645-651

