

y aprovechamiento de los recursos marinos vivos, abarca actividades como la pesca extractiva, la comercialización, la transformación, la construcción naval, la industria auxiliar y los servicios relacionados, que configuran un conjunto económico y social inseparable.»

Y añade, además: «El hecho de que la actividad pesquera se base en la explotación de recursos vivos renovables, confiere a la correcta gestión de los mismos una importancia preponderante sobre el resto de los aspectos de la política pesquera.»

En consecuencia, no cabe hablar aquí de vulneración de la competencia estatal exclusiva *ex art.* 149.1.19.^a CE, y por ello el primero de los procesos constitucionales, es decir, el promovido por el Gobierno frente al Decreto de la Junta de Andalucía debió ser desestimado, manteniendo íntegra la competencia autonómica para tutelar el espacio natural protegido de constante cita, sin disgregarlo o fragmentarlo en dos zonas, terrestre y marina.

4. En relación con el conflicto competencial promovido por la Comunidad Autónoma andaluza frente a la Orden Ministerial de 3 de julio de 1995, cabe precisar, disintiendo de la mayoría que ha aprobado la Sentencia:

a) La inserción de la Orden Ministerial en el ámbito medioambiental.

Es el preámbulo de la propia Orden el que, paladinamente, confiesa el designio perseguido por este instrumento normativo, emanado una vez que la Junta de Andalucía había declarado formalmente el parque natural, con inclusión de la pequeña franja marina, y lo había regulado mediante el plan de ordenación de los recursos naturales y el plan rector de uso y gestión.

En dicho preámbulo comienza por reconocerse expresamente que: «La declaración de Parque Natural ha permitido mantener en buen estado de conservación las comunidades biológicas marinas al estar localizadas en un territorio escasamente poblado desprovisto de núcleos industriales o turísticos de importancia significativa».

Y más adelante: «La creación de esta reserva marina responde a lo establecido en el artículo 130R del Tratado de la Unión Europea, en el que se precisa que las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las demás políticas comunitarias, así como a las conclusiones emanadas del Convenio sobre la Diversidad Biológica de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, hecho en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992, que se produjeron en el mismo sentido que el Tratado, es decir, de integrar los aspectos medioambientales en las políticas sectoriales».

Habida cuenta de ello, el acudir al título competencial del art. 149.1.19.^a CE, para atribuir al Estado la competencia exclusiva en materia de pesca marítima no es más que una calificación formal, desprovista de verdadera acomodación al real contenido normativo de la Orden Ministerial, es decir, un mero *flatus vocis*.

La declaración de reserva marina, efectuada sin la audiencia previa de la Comunidad Autónoma de Andalucía, hoy exigible conforme a la Ley 3/2001, de pesca marítima del Estado (art. 13.2), no se hace con la finalidad de regenerar recursos pesqueros, a efectos de su ulterior extracción y utilización industrial en el sector productivo de la pesca, sino como mero ejercicio redundante (pues ya había sido ejercido por quien, como la Comunidad Autónoma, tenía competencia para efectuar la protección de dicho espacio marino), de una competencia medioambiental y protectora, superponiéndose así, e invadiéndola, a la competencia exclusiva de Andalucía sobre espacios naturales protegidos, amparada en su título competencial estatutario (art. 13.7 EAAnd).

b) La Orden Ministerial no regula la pesca marítima.

No puede apoyarse, competencialmente hablando, en el título de «pesca marítima», un instrumento normativo dirigido única y exclusivamente, en su núcleo central, a prohibir la pesca marítima. La perspectiva de la regulación por la que se viene a establecer la llamada «reserva marina» no es potenciar la pesca como actividad económica, sino cabalmente la de prohibirla e impedir su ejercicio, bien en su totalidad o de modo absoluto (lo que acontece en las «reservas integrales» delimitadas en el art. 2 de la Orden, que vienen a coincidir sustancialmente con las del Decreto autonómico del Parque Natural), bien a limitarla a lo que tiene de actividad artesanal y usualmente practicada en la zona (se preservan usos tradicionales, no se regula en modo alguno la «pesca marítima»). Así, correlativamente, el art. 3 de dicha Orden señala que «Con carácter general, en las zonas de reserva integral indicadas, queda prohibido cualquier tipo de pesca marítima, extracción de fauna y flora y las actividades subacuáticas», y el art. 4 dispone que: «Dentro de la reserva marina y fuera de las zonas de reserva integral, queda prohibida toda clase de pesca marítima y extracción de flora y fauna marinas», con dos excepciones: los muestreos de éstas cuya autorización se reserva la Secretaría General de Pesca Marítima, y «el ejercicio de la pesca marítima profesional, con los artes y aparejos tradicionalmente utilizados en la zona», a cuyo efecto se arroga la competencia de elaborar el censo de las embarcaciones para ejercer esta forma tradicional de pesca, muy vinculada al litoral y a los usos tradicionales en torno al mismo.

No insistiré más en algo que, en mi modesto criterio, es evidente: la Orden Ministerial impugnada no tiene cabida, desde el punto de vista de la competencia controvertida, ni puede acogerse al título estatal de competencia exclusiva sobre la pesca marítima del art. 149.1.19.^a CE.

Lo procedente, pues, hubiera sido que la Sentencia recondujera esta mera calificación formal del título habilitante a su verdadero contenido material: la protección y tutela de un espacio marino a preservar por sus recursos naturales, lo que encaja en la competencia sobre «espacios naturales protegidos», de titularidad exclusiva de la Comunidad Autónoma de Andalucía en virtud de lo dispuesto en el art. 13.7 de su Estatuto de Autonomía, en relación con el medio ambiente (art. 15.1.7, inciso primero, del Estatuto). Competencia ésta que, al ser ejercitada por la Administración estatal, no se ajusta al orden constitucional de distribución de competencias, procediendo declararlo así, con estimación del conflicto promovido por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía.

Y para que conste mi discrepancia, y al amparo de lo prevenido en el art. 90.2 LOTC, suscribo el presente Voto particular en Madrid, a catorce de febrero de dos mil dos.—Pablo García Manzano.—Firmado y rubricado.

5097 *Pleno. Sentencia 39/2002, de 14 de febrero de 2002. Cuestión de inconstitucionalidad 1724/95. Planteada por un Juzgado de Primera Instancia de Reus respecto del art. 9.2 del Código Civil, redactado por el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo.*

Vulneración del derecho a la igualdad conyugal: designación de la ley nacional del marido para regir supletoriamente el régimen económico del matrimonio. Derogación del precepto legal.

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, Presidente; don Pablo García Manzano, don Pablo Cachón Villar,

don Fernando Garrido Falla, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Guillermo Jiménez Sánchez, doña María Emilia Casas Baamonde, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Roberto García-Calvo y Montiel y don Eugeni Gay Montalvo, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1724/95, planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Reus respecto del art. 9.2 del Código Civil. Han comparecido el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado, en la representación que legalmente ostenta. Ha sido Ponente el Magistrado don Guillermo Jiménez Sánchez, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. El día 12 de mayo de 1995 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal oficio remitido del Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Reus, de fecha 2 de mayo de 1995, al que se acompaña, junto al testimonio del juicio ordinario de menor cuantía núm. 171/94, el Auto de 11 de abril de 1995, por el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto al art. 9.2 del Código Civil, en su redacción anterior a la de la Ley 11/1990, de 15 de octubre, por su posible contradicción con los arts. 1.1, 9 y 14 de la Constitución.

2. El juicio de menor cuantía del que la presente cuestión de inconstitucionalidad trae causa fue promovido por don José Antonio Getino Fernández contra doña María del Pilar Domingo Calleja, en solicitud de formación de inventario de los bienes integrantes de la sociedad conyugal, a fin de que se proceda al avalúo de los bienes inventariados, nombrándose contador-partidor, y a su adjudicación.

Concluido el procedimiento el órgano judicial acordó, por providencia de 13 de febrero de 1995, oír a las partes y al Ministerio Fiscal sobre la pertinencia o no de plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto al art. 9.2 del Código Civil, en su redacción anterior a la de la Ley 11/1990, de 15 de octubre, «vigente el día 3 de febrero de 1984 en que contrajeron matrimonio don José Antonio Getino Fernández y doña María Pilar Domingo Calleja, y, por tanto, aplicable, pese a su posterior derogación por la Ley 11/1990, de 15 de febrero, al presente caso por la expresa remisión que al mismo hacían los artículos 9.3 y 16.1 del propio CC», por si pudiera ser o no «contrario a los artículos 1, 9, 14 y concordantes del texto constitucional que reconocen los principios constitucionales de igualdad y no discriminación por razón de sexo como derechos fundamentales, o si, por el contrario, siendo clara la inconstitucionalidad sobrevenida de dicha norma no es siquiera preciso un pronunciamiento explícito del Tribunal Constitucional sobre su nulidad...».

Evacuado el trámite de alegaciones conferido no estimaron pertinente el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad las representaciones procesales de ambas partes, mientras que el Ministerio Fiscal sí consideró procedente hacerlo.

3. En la fundamentación del Auto de 11 de abril de 1995, de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, el órgano judicial proponente realiza, en síntesis, las siguientes consideraciones:

a) Comienza por referirse a las razones que, en su opinión, hacen conveniente en este supuesto, pese a ser anterior a la Constitución la norma cuestionada y, en consecuencia, poder aplicar directamente el apartado 3 de la Disposición derogatoria CE, un pronunciamiento del Tribunal Constitucional. En primer lugar, que los doce años transcurridos desde la entrada en vigor de la Constitución y la Ley 11/1990, de 15 de octubre, la cual modifica varios artículos del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo (entre ellos el que es objeto de la presente cuestión), han dado lugar a muchos «matrimonios mixtos» tanto en Cataluña como en las demás Comunidades Autónomas con su propio Derecho civil, por lo que el problema exige una solución global. En segundo término, que, dada la vaguedad de los términos del Preámbulo y la insuficiencia de las normas transitorias de la Ley 11/1990, la cuestión suscitada en el caso sometido a su enjuiciamiento es la de determinar el régimen económico al que han estado sometidos los cónyuges desde la celebración de su matrimonio el día 3 de febrero de 1984. Y, finalmente, que cabe la posibilidad, aun cuando ésta sea remota, de que el Tribunal Constitucional declare la norma cuestionada conforme a la CE.

A continuación señala que de los hechos admitidos por ambas partes litigantes y de los medios de prueba practicados resultan suficientemente acreditadas las siguientes premisas: 1) Que don José Antonio Getino Fernández, de vecindad civil común, y doña María Pilar Domingo Calleja, de vecindad catalana, contrajeron matrimonio en Cambrils (Tarragona) el día 3 de febrero de 1984 sin otorgar capitulaciones matrimoniales. 2) Y que desde entonces hasta el momento de su separación de hecho (18 de abril de 1989) residieron habitualmente en la mencionada localidad de este partido judicial de Reus.

b) Por último considera que el art. 9.2 del Código Civil, aplicable al presente caso pese a su posterior modificación por la Ley 11/1990, podría ser contrario a los arts. 1, 9 y 14 CE al discriminar «injustificadamente a la mujer (doña María Pilar Domingo Calleja, en el presente caso) al someterla al régimen económico matrimonial (sociedad de gananciales, en el presente caso) de la Ley personal (Derecho Civil común, en el presente caso) del marido (don José Antonio Getino Fernández, en el presente caso)».

Siendo clara la inconstitucionalidad de la norma cuestionada (afirma el órgano proponente) es preciso un pronunciamiento explícito del Tribunal Constitucional sobre su nulidad, ya que el fallo de este litigio depende de su validez. En efecto, de declararse ésta, el régimen económico matrimonial que existió entre las partes hubiera sido la sociedad de gananciales prevista en el Código Civil común, como alega la parte demandante, y, en consecuencia, debería, en principio, estimarse la demanda. Por el contrario, si se estima inconstitucional la norma cuestionada, deberían desestimarse íntegramente las pretensiones de la parte actora, dado que el régimen económico matrimonial hubiera sido, dado que considera que la laguna legal que entonces se ocasionaría debería integrarse con la noción residual de residencia habitual, el de separación de bienes determinado en la Compilación Civil catalana.

4. La Sección Segunda de este Tribunal, por providencia de 18 de julio de 1995, acordó tener por recibidas las actuaciones remitidas por el Juez de Primera Instancia núm. 1 de Reus y oír al Fiscal General del Estado para que, en el plazo de diez días y a los efectos que determina el art. 37.1 LOTC, alegase lo que estimara oportuno acerca de la admisibilidad de la presente cuestión de inconstitucionalidad ante la posible falta de condiciones procesales constitucional y legalmente exigibles

y, en concreto, si la norma cuestionada es aplicable al caso y de su validez depende la decisión del proceso.

5. El Fiscal General del Estado evacuó el trámite de alegaciones conferido mediante escrito registrado el día 6 de septiembre siguiente, en el que manifiesta, en síntesis, que la norma cuestionada parece que no es aplicable al caso y que de su validez no depende la decisión del proceso, ya que la cuestión se suscita en un proceso que «tiene por objeto única y exclusivamente la formación del inventario de una sociedad de gananciales como ejecución de una Sentencia de separación en la que se ordenaba la disolución de dicha sociedad». De modo que la norma cuestionada debió ser impugnada en el proceso de separación, en el que la parte que plantea su posible inconstitucionalidad reconoció que el régimen económico que regulaba dicho matrimonio era el de gananciales.

Asimismo añade que el art. 9.3 CC., tanto en su antigua como en su nueva redacción, establece la posibilidad de que los cónyuges pacten los efectos económicos del matrimonio, siempre que los convenios celebrados al efecto estén de acuerdo, en cuanto a su contenido y forma, con las normas que el mismo precepto señala, y solamente cuando falten o sean insuficientes los indicados acuerdos determina el mencionado artículo el régimen normativo que subsidiariamente será de aplicación. De este precepto se infiere, pues, que las partes pueden, mediante el correspondiente pacto, establecer el régimen económico matrimonial que va a regir entre ellas, de forma que si eligieron tácitamente, al no otorgar capitulaciones matrimoniales, el régimen ganancial como propio de su matrimonio, éste es el que ha regido sus relaciones económicas, sin que tenga aplicación la norma cuestionada, porque la voluntad de los cónyuges en cuanto al régimen económico se ha manifestado durante el matrimonio y en los procedimientos de separación y de jurisdicción voluntaria. No es admisible ni lógico que en toda la trayectoria procesal no haya alegado la mujer la debatida norma y la alegue ahora únicamente por razones de conveniencia.

6. Por providencia de 16 de enero de 1996 la Sección Segunda de este Tribunal acordó admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juez de Primera Instancia núm. 1 de Reus relativa a la supuesta inconstitucionalidad del art. 9.2 del Código Civil, en la redacción anterior a la Ley 11/1990, de 15 de octubre, en cuanto podría vulnerar los arts. 1.1, 9.2 y 14 CE. Asimismo ordenó dar traslado de las actuaciones recibidas, conforme establece el art. 37.2 LOTC, al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes, al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia e Interior, y al Fiscal General del Estado, al objeto de que, en el improrrogable plazo de quince días, pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimasen procedentes. Finalmente resolvió publicar la incoación de la presente cuestión de inconstitucionalidad en el «Boletín Oficial del Estado».

7. El Presidente del Senado, a través de escrito fechado el 23 de enero de 1996, registrado en este Tribunal el día 25 de enero siguiente, solicitó se tuviera por personada a dicha Cámara, ofreciendo su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

8. Mediante escrito fechado el 29 de enero de 1996, que tuvo entrada en este Tribunal el 31 de enero siguiente, el Presidente del Congreso de los Diputados puso en conocimiento de este Tribunal que la Mesa de la Cámara había acordado no personarse en el procedimiento ni formular alegaciones, poniendo a disposición del Tribunal las actuaciones de la Cámara que pudiera precisar.

9. El Abogado del Estado, en representación del Gobierno de la Nación, se personó mediante escrito registrado el 2 de febrero de 1996 solicitando que se declare mal planteada la cuestión por falta de objeto; subsidiariamente, que se declare inconstitucional el inciso segundo del art. 9.2 del Código Civil, en su redacción anterior a la Ley 11/1990, de 15 de octubre, que reza: «y, en su defecto, por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración».

Comienza su razonamiento recordando que el texto cuestionado es tan sólo el último inciso del art. 9.2 del Código Civil, en el cual se establece que las relaciones personales entre los cónyuges se regirán, en defecto de los criterios anteriormente sentados, «por la ley nacional del marido al tiempo de su celebración» (se entiende que del matrimonio). Tal redacción fue introducida en la reforma del Título Preliminar del Código Civil operada por la Ley de Bases de 17 de marzo de 1973, texto articulado de 31 de mayo de 1974, por lo que, al tratarse de un precepto preconstitucional, habría perdido ya su vigencia en virtud de su incompatibilidad con los arts. 14 y 32 CE, y de ahí que la cuestión se desplazaría a cómo integrar la laguna producida por la pérdida de vigencia de la norma que establece el punto de conexión que ahora se cuestiona de inconstitucionalidad, cuestión que, según reiteradamente ha afirmado este Tribunal, es ajena a la jurisdicción constitucional, pero que en cambio sí ha sido abordada por el Tribunal Supremo, el cual ha entendido que debe acudir a la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio, lo cual llevaría a entender que el régimen económico del matrimonio habría sido el de separación de bienes y, por tanto, procedería la desestimación de la demanda.

Continúa el Abogado del Estado su razonamiento recogiendo el precedente constituido por el ATC 438/1990, de 18 de diciembre, que declaró terminada una cuestión de inconstitucionalidad como consecuencia de la desaparición sobrevenida de su objeto al haber recibido el precepto cuestionado una nueva redacción acomodada a la Constitución en la Ley 11/1990, de 15 de octubre, que entró en vigor después de admitida la cuestión. Con mayor motivo habría de ser aplicada la nueva norma en un proceso que se inicia una vez que había entrado ya en vigor la nueva redacción del precepto del Código Civil adoptada por la tan reiterada Ley 11/1990. Ahora bien, como no deja de ser sostenible la aplicación al caso de la norma cuestionada de inconstitucionalidad, atendido que el matrimonio se celebró, y se decretó la separación, con anterioridad a la vigencia de la Ley 11/1990, examina la constitucionalidad del precepto cuestionado a la luz de los arts. 14 y 32 CE.

Entiende el Abogado del Estado que, de los preceptos constitucionales citados en el Auto de planteamiento, el más adecuado sería el art. 14 CE, el cual prohíbe expresamente que prevalezca cualquier discriminación por razón de sexo u otra circunstancia personal, como podría ser el estado civil, prohibición que alcanza también al legislador. Añade que debería haberse citado también el art. 32.1 CE que garantiza al hombre y a la mujer la plena igualdad jurídica en el matrimonio, pero que dicha omisión no impide que, de conformidad con lo establecido en el art. 39.2 LOTC, pueda producirse una declaración de inconstitucionalidad fundada en este precepto. Concluye que la inconstitucionalidad del punto de conexión subsidiario, consistente en la ley personal del marido al tiempo de la celebración del matrimonio, es manifiesta y ha sido señalada por la doctrina más autorizada, pues, establecida por el art. 14 CE la prohibición de discriminar por razón de sexo o de estado civil, resulta imposible hacer compatible el inciso cuestionado de la norma con los preceptos constitucionales

citados, sin que, por otra parte, quepa acudir a la supuesta neutralidad material de las normas de conflicto, toda vez que, tratándose de un supuesto de derecho interregional determinante de la aplicabilidad de alguno de los Derechos civiles coexistentes dentro de un Ordenamiento único, todos ellos están sujetos por igual a la Constitución.

10. El Fiscal General del Estado formuló alegaciones mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 9 de febrero de 1996, solicitando la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad. Tras centrar la cuestión suscitada en el marco del proceso judicial en el que se plantea, razona que la interpretación efectuada por el Juez proponente de los párrafos 2 y 3 del art. 9 del Código Civil llevaría a la declaración de inconstitucionalidad del art. 9.2 de dicho cuerpo legal, pues supone que en los casos en que los cónyuges tienen distinta vecindad civil uno de los efectos del matrimonio (el económico) ha de regirse por la ley personal del marido, suponiendo ello una discriminación por razón de sexo sin causa razonable que lo justifique. Ahora bien, esta conclusión, que, según el Fiscal se deduce de una primera lectura de los preceptos indicados, ha de examinarse detenidamente para dilucidar si tal inconstitucionalidad es tan solo aparente, es decir, si se trata de una conclusión meramente formal sin contenido contradictorio con el derecho fundamental, o, por el contrario, estamos ante una inconstitucionalidad material que vulnera el art. 14 CE.

El Ministerio público llama la atención sobre el hecho de que en el proceso *a quo* se dilucidaban los efectos económicos del matrimonio, de suerte que la norma del art. 9.2 del Código Civil, que se refiere a los efectos personales del matrimonio, no es de aplicación directa, sino que entra en juego únicamente en virtud de la remisión que a ella efectúa el art. 9.3, y sólo como consecuencia de no haberse pactado el régimen económico matrimonial aplicable en capitulaciones matrimoniales, permitidas tanto por el Derecho civil común como por el Derecho foral catalán. Pues bien, la previsión de que mediante capitulaciones matrimoniales pueda determinarse el régimen económico del matrimonio hace que el régimen resultante de la aplicación de la norma de cuya constitucionalidad se duda resulte un régimen querido y determinado libremente por los cónyuges a través de una opción tácita por el régimen legal subsidiario determinado por la normativa civil o foral que resulte aplicable. En suma, en la medida en que se está ante una norma dispositiva, no existe imposición de un régimen económico determinado por la preferencia de la ley personal del marido, lo cual permite concluir que la norma enjuiciada no resulta contraria al principio de no discriminación por razón de sexo consagrado en el art. 14 CE. Otra cosa sería, concluye el Fiscal, que la cuestión de inconstitucionalidad, aun sobre el mismo precepto legal, se hubiese suscitado en un litigio relativo a los efectos personales del matrimonio, en el que se plantearía en su más profunda y radical dimensión la conexión íntima entre la norma cuestionada y las pretensiones deducidas en el proceso.

11. Por providencia de fecha de 12 de febrero de 2002, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 14 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. El Auto del Juez de Primera Instancia núm. 1 de Reus, de 11 de abril de 1995, cuestiona la constitucionalidad del art. 9.2 del Código Civil en la redacción anterior a la Ley 11/1990, de 15 de octubre, por estimarlo contrario a los arts. 1.1, 9.2 y 14 CE. De la fun-

damentación de tal Auto puede desprenderse, sin esfuerzo interpretativo alguno, que tan sólo se cuestiona el último inciso del párrafo aludido, en cuanto que, en defecto de los puntos de conexión principalmente establecidos para la determinación de la ley aplicable a las relaciones personales entre cónyuges, impone la aplicación de la «ley nacional del marido al tiempo de la celebración» del matrimonio. Tal preferencia del varón sobre la mujer discrimina a ésta injustificadamente, siendo preciso, entiende el Juez proponente de la cuestión, un pronunciamiento expreso de este Tribunal dada la existencia de un elevado número de «matrimonios mixtos» (expresión con la que alude a la circunstancia de que los cónyuges tengan distinta vecindad civil), lo que aconseja que se resuelva con carácter general el problema que éstos suscitan, consideración que en el caso que da lugar al planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad resulta reforzada por la insuficiencia de las disposiciones transitorias de la Ley 11/1990 para determinar el régimen económico en el que estuvieron casadas las partes del proceso *a quo*.

2. Un análisis consecuente con la naturaleza de las peticiones de quienes han intervenido en este proceso constitucional exige iniciar nuestro enjuiciamiento con el estudio de la petición principal del Abogado del Estado, el cual entiende que la cuestión de inconstitucionalidad carece de objeto y que, por ello, debe declararse mal planteada. Se basa para sustentar tal afirmación en un doble argumento:

a) De una parte, en que el carácter preconstitucional de la norma cuestionada habría determinado la pérdida de vigencia de ésta por incompatibilidad con los arts. 14 y 32 CE, de suerte que la Ley 11/1990, de 15 de octubre, no habría producido propiamente la derogación de la norma anterior, sino la introducción de un nuevo régimen jurídico plenamente acomodado a los preceptos constitucionales, desplazándose así la cuestión al entendimiento de cómo habría de llenarse la laguna legal existente en el lapso temporal que media entre la pérdida de vigencia del inciso cuestionado, producida por la entrada en vigor de la Constitución, y la publicación de la Ley 11/1990, que adopta nuevos criterios de determinación de la normativa aplicable, cuestión que, como reiteradamente se ha afirmado, no corresponde resolver al Tribunal Constitucional en el ejercicio de sus competencias propias y específicas.

Ahora bien, esta argumentación no puede ser compartida dado que hace supuesto de la cuestión. En efecto, la pérdida de vigencia del inciso cuestionado se habría producido por aplicación de la Disposición derogatoria tercera de la Constitución a causa de su incompatibilidad con los preceptos constitucionales, que es precisamente lo que el órgano judicial plantea como duda de constitucionalidad. Pues bien, cuando la duda de constitucionalidad se plantea en relación con normas preconstitucionales este Tribunal ha declarado con reiteración que esta circunstancia no impone, por sí misma y de modo absoluto, que el órgano judicial deba abstenerse de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, ya que, si bien puede examinar y resolver por sí mismo la eventual contradicción con el ordenamiento constitucional de una norma anterior a la Constitución, también puede optar por deferir la cuestión a esta jurisdicción constitucional (SSTC 17/1981, de 1 de junio; 83/1984, de 24 de julio; 155/1987, de 14 de octubre; 105/1988, de 8 de junio, y 126/1997, de 3 de julio, entre otras).

b) Una segunda línea argumental viene a sostener que el art. 9.2 CC podía ser ya aplicado en el proceso *a quo* en la nueva redacción dada por la Ley 11/1990, por lo que la cuestión carecía *ab initio* de objeto. Este razonamiento vendría avalado, en opinión del Abogado

del Estado, por el criterio seguido en el ATC 438/1990, de 18 de diciembre, que declaró terminada una cuestión de inconstitucionalidad por desaparición sobrevenida del objeto dado que el precepto cuestionado había recibido nueva redacción acomodada a la Constitución por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, que entró en vigor después de admitida la cuestión de inconstitucionalidad.

Frente a lo expuesto cabe oponer, como más adelante apunta incluso el propio Abogado del Estado, que la aplicabilidad al caso de la norma cuya constitucionalidad se cuestiona puede sustentarse en varios argumentos, entre los cuales alude a que el matrimonio (cuyo régimen económico habrá de determinarse en función de la constitucionalidad del precepto cuestionado) se celebró (y su separación se decretó) bajo la vigencia de la norma cuestionada. A ello podría añadirse que la determinación del régimen económico del matrimonio se produjo al tiempo de su celebración, según la ley aplicable, en función de la vecindad civil de los contrayentes, por lo que el efecto jurídico de la aplicación de la norma cuestionada, consistente en el señalamiento o fijación de qué legislación civil, común o foral, determinaría tal régimen atendida la inexistencia de capitulaciones matrimoniales, habría agotado sus efectos en su aplicación instantánea, sin que el cambio normativo posterior haya de llevar consigo una alteración del régimen económico del matrimonio así establecido.

En esta circunstancia (haberse producido ya el efecto jurídico derivado de la aplicación de la norma cuestionada) reside, además, la nota distintiva con el precedente citado por el Abogado del Estado, y otros que podrían citarse, como el estudiado en el ATC 43/1995, de 7 de febrero. En efecto, en el caso del ATC 438/1990, de 18 de diciembre, a que hace referencia el Abogado del Estado se cuestionaba el art. 159 CC, que daba preferencia a la madre para hacerse cargo del cuidado de los hijos cuando los padres vivían separados y no había acuerdo o decisión judicial motivada en la excepcionalidad, pero tal artículo había sido reformado, de suerte que se eliminaban las objeciones de constitucionalidad propuestas por el Juez. La norma por su propia naturaleza y la de la materia regulada, había de ser aplicada en su nueva redacción al dictar sentencia, por lo que la regla de derecho de cuya constitucionalidad se dudaba había dejado de ser aplicable al caso. En el supuesto resuelto en el ATC 43/1995, de 7 de febrero, se dudaba de la constitucionalidad del art. 54 de la Ley del Registro Civil, en la redacción dada a este texto por la Ley 17/1977, de 4 de enero, que no autorizaba la imposición de nombres extranjeros a los ciudadanos españoles. La publicación de la Ley 20/1994, de 6 de junio, que hizo desaparecer tal prohibición, eliminó de raíz la eventual contradicción de la norma contemplada con la Constitución, pues el Juez debía adoptar su decisión de acuerdo con el texto de la disposición vigente en el momento de resolver, es decir, conforme a un precepto de cuya constitucionalidad no se dudaba ya. En cambio, en el proceso en el que esta cuestión de inconstitucionalidad se plantea, de lo que se trata es de determinar cuál fue el régimen económico-matrimonial que quedó establecido por la aplicación de la regulación vigente al tiempo de la celebración del matrimonio. La norma cuestionada produjo su efecto, consistente en la determinación de conforme a qué ordenamiento, común o foral, quedaría establecido el régimen económico-matrimonial, y, fijado así el régimen económico del matrimonio por aplicación de la norma de conflicto vigente al tiempo de su celebración, la modificación de tal norma no produce la alteración del régimen económico-matrimonial que resulta aplicable. Y es que, a diferencia de los otros dos supuestos estudiados, en los cuales las normas cuestionadas de inconstitucionalidad proporcionaban al Juez una regla de Derecho en que sustentar la resolución

del caso sometido a su enjuiciamiento, en la cuestión de inconstitucionalidad que ahora se resuelve el Juez no ha de tomar una decisión conforme a la ley vigente al tiempo de adoptarla, sino que ha de aplicar una norma que produjo un efecto jurídico instantáneo en el pasado y que prolonga sus efectos en el tiempo presente.

En todo caso, y esta consideración resulta definitiva a los efectos de rechazar las objeciones procesales opuestas, en la reciente STC 109/2001, de 26 de abril (FJ 3, con cita de las SSTC 157/1990, de 18 de octubre, FJ 2; 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 2; 238/1992, de 17 de diciembre, FJ 1; 114/1994, de 14 de mayo, FJ 2; 126/1997, de 3 de julio, FJ 4), recordábamos que nuestra función no es la de resolver controversias interpretativas o dudas sobre el alcance de los preceptos legales o, dicho de otra manera, la interpretación de la legalidad que subyace a la cuestión, sino enjuiciar la conformidad con la Constitución de una norma con rango de ley que sea aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo, conforme disponen los arts. 163CE y 35.1 LOTC. En ese planteamiento los órganos jurisdiccionales que formularon la cuestión parten de una determinada interpretación del precepto cuestionado, debiendo precisarse que dicha interpretación debe ser el presupuesto de partida para el ejercicio de la función que nos viene atribuida cuando, como ocurre aquí, dicha interpretación no puede tacharse de irrazonable o de inconsistente en sí misma.

3. Las alegaciones del Fiscal General del Estado nos llevan a anteponer su estudio a la argumentación de fondo sobre la constitucionalidad del inciso del art. 9.2 CC que formuló el Abogado del Estado, con cuyas alegaciones aconseja la lógica expositiva que concluyamos.

El Fiscal General del Estado aduce que a la aplicación del cuestionado inciso final del art. 9.2 CC (regulador de la ley aplicable a las relaciones personales entre cónyuges), se llega en el proceso *a quo* por la remisión que a él hace el art. 9.3 CC (sobre ley aplicable a las relaciones patrimoniales entre cónyuges). Como tal remisión sólo entra en juego en defecto o por insuficiencia de capitulaciones matrimoniales, permitidas tanto por el régimen civil común como por el foral catalán, el régimen económico matrimonial resultante de la aplicación de la norma de cuya constitucionalidad se duda es un régimen querido y determinado libremente por los cónyuges a través de una opción tácita por el régimen legal subsidiario civil común o foral que resulte aplicable. Consecuentemente, en la medida en que se está ante una norma dispositiva, no existe imposición de un régimen económico determinado por la preferencia de la ley personal del marido, por lo que la norma no sería contraria al principio de no discriminación en virtud del sexo, consagrado en el art. 14 CE. Otra cosa sería, concluye el Ministerio público, que la cuestión de inconstitucionalidad, aun en relación con el mismo precepto legal, se hubiese planteado en un litigio sobre los efectos personales del matrimonio [en cuyo caso, añadimos nosotros, la regla legal, si llegara a ser de aplicación, sí sería imperativa], guardando por consiguiente la conexión íntima entre la norma cuestionada y las pretensiones deducidas en el proceso que se exige legal y constitucionalmente.

Pues bien, este Tribunal no puede sino admitir la necesidad, reiteradamente afirmada, de que entre la norma de cuya constitucionalidad se duda y las pretensiones de las partes exista una íntima conexión, dado que uno de los requisitos legal y constitucionalmente exigibles para poder plantear una cuestión de inconstitucionalidad es, precisamente, que el fallo de la Sentencia, en el que se resuelve sobre las pretensiones de las partes, dependa de la adecuación de la ley a la Constitución. Ahora bien, de ello no se derivan diferentes exigencias de adecuación

constitucional según que la norma cuestionada tenga carácter dispositivo o imperativo. Al margen de que la posibilidad de que los particulares puedan desplazar la aplicación de la regulación dispositiva encuentra siempre determinados límites, en unas ocasiones generales y en otras acotados por la propia norma que establece tal posibilidad, no parece adecuado afirmar que no hacer uso del margen de autonomía reconocido en la norma implique una opción voluntaria de sometimiento a la regulación dispositivamente introducida en la norma, sino que la aplicación de la misma deriva del carácter vinculante del Derecho, por lo que las mismas exigencias de adecuación a la Constitución deberán entrar en juego. Dicho de otro modo, y ciñéndonos al caso concreto, una vez que los contrayentes decidieron no hacer uso de la posibilidad de otorgar capitulaciones matrimoniales para determinar así el régimen económico de su matrimonio, la norma de conflicto que establece conforme a qué ley personal habrá de determinarse el régimen económico del matrimonio deberá ajustarse a los preceptos constitucionales. La circunstancia de si se utilizó o no la posibilidad de otorgar capitulaciones matrimoniales determinará si la previsión subsidiaria de la ley es aplicable al caso o no, lo que tendrá incidencia a la hora de efectuar el juicio de relevancia, pero, efectuado éste, la constitucionalidad de la norma se somete a los comunes u ordinarios parámetros de control. De lo que se duda no es de la constitucionalidad del régimen económico que haya de regir entre las partes del proceso *a quo*, sino de la utilización de la ley personal del marido como punto de conexión, resultando indiferente para exigir su adecuación a la Constitución que tal punto de conexión sea el primero establecido en la norma de conflicto o que, por el contrario, existan otros de preferente aplicación en los que se reconozca a las partes cierto margen dispositivo. Todos los puntos de conexión, con independencia de si son establecidos en primer término o con carácter subsidiario, han de ajustarse a la Constitución.

4. Lo anteriormente razonado nos coloca ya en situación de afrontar si el art. 9.2 CC, al establecer la nacionalidad del marido al tiempo de contraer el matrimonio como punto de conexión para la determinación de la ley aplicable a las relaciones personales del matrimonio y, en defecto o por insuficiencia de capitulaciones matrimoniales, como consecuencia del reenvío efectuado en el núm. 3 del mismo precepto, también a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, es o no contrario al art. 14 CE así como al art. 32 CE, al que se refiere el Abogado del Estado en sus alegaciones como posible fundamento, en aplicación del art. 39.2 LOTC, de una Sentencia estimatoria de la presente cuestión.

Para efectuar el enjuiciamiento apuntado bueno será recordar la doctrina de este Tribunal sobre el derecho a la igualdad y las prohibiciones de discriminación, recogida de forma extensa y precisa en la reciente STC 200/2001, de 4 de octubre, en cuyo fundamento jurídico 4 se puntualizan los siguientes extremos:

«a) El art. 14 CE contiene en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la Ley, habiendo sido configurado este principio general de igualdad, por una conocida doctrina constitucional, como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de

valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas.

Como tiene declarado este Tribunal desde la STC 22/1981, de 2 de julio, recogiendo al respecto la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el art. 14 CEDH, el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos. En resumen, el principio de igualdad, no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida (SSTC 22/1981, de 2 de julio, FJ 3; 49/1982, de 14 de julio, FJ 2; 2/1983, de 24 de enero, FJ 4; 23/1984, de 20 de febrero, FJ 6; 209/1987, de 22 de diciembre, FJ 3; 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 6; 20/1991, de 31 de enero, FJ 2; 110/1993, de 25 de marzo, FJ 6; 176/1993, de 27 de mayo, FJ 2; 340/1993, de 16 de noviembre, FJ 4; 117/1998, de 2 de junio, FJ 8, por todas).

b) La virtualidad del art. 14 CE no se agota, sin embargo, en la cláusula general de igualdad con la que se inicia su contenido, sino que a continuación el precepto constitucional se refiere a la prohibición de una serie de motivos o razones concretos de discriminación. Esta referencia expresa a tales motivos o razones de discriminación no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación (STC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 6), pero sí representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE (SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5; 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 2; 145/1991, de 1 de julio, FJ 2).

En este sentido el Tribunal Constitucional, bien con carácter general en relación con el listado de los motivos o razones de discriminación expresamente prohibidos por el art. 14 CE, bien en relación con alguno de ellos en particular, ha venido declarando la ilegitimidad constitucional de los tratamientos diferenciados respecto de los que operan como factores determinantes o no aparecen fundados más que en los concretos motivos o razones de discriminación que dicho precepto prohíbe, al tratarse de características expresamente excluidas como causas de discriminación por el art. 14 CE (con carácter general respecto al listado del art. 14 CE, SSTC 83/1984, de 8 de febrero, FJ 3; 20/1991, de 31 de enero, FJ 2; 176/1993, de 27 de mayo, FJ 2; en relación

con el sexo, entre otras, SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 6; 207/1987, de 22 de diciembre, FJ 2; 145/1991, de 1 de julio, FJ 3; 147/1995, de 16 de octubre, FJ 2; 126/1997, de 3 de julio, FJ 8; en relación con el nacimiento, SSTC 74/1997, de 21 de abril, FJ 4; 67/1998, de 18 de marzo, FJ 5; ATC 22/1992, de 27 de enero; en relación con la edad, STC 31/1984, de 7 de marzo, FJ 11).

No obstante este Tribunal ha admitido también que los motivos de discriminación que dicho precepto constitucional prohíbe puedan ser utilizados excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica (en relación con el sexo, entre otras, SSTC 103/1983, de 22 de noviembre, FJ 6; 128/1987, de 26 de julio, FJ 7; 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 2; 126/1997, de 3 de julio, FJ 8; en relación con las condiciones personales o sociales, SSTC 92/1991, de 6 de mayo, FFJJ 2 a 4; 90/1995, de 8 de julio, FJ 4; en relación con la edad, STC 75/1983, de 3 de agosto, FFJJ 6 y 7; en relación con la raza, STC 13/2001, de 29 de enero, FJ 8), si bien en tales supuestos el canon de control, al enjuiciar la legitimidad de la diferencia y las exigencias de proporcionalidad, resulta mucho más estricto, así como más rigurosa la carga de acreditar el carácter justificado de la diferenciación.

Al respecto tiene declarado que, a diferencia del principio genérico de igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, las prohibiciones de discriminación contenidas en el art. 14 CE implican un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecida *ex constitutione*, que imponen como fin y generalmente como medio la parificación, de manera que sólo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad (SSTC 126/1997, de 3 de julio, FJ 8, con cita de las SSTC 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 4; 75/1983, de 3 de agosto, FFJJ 6 y 7; 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 6). También resulta que en tales supuestos la carga de demostrar el carácter justificado de la diferenciación recae sobre quien asume la defensa de la misma y se torna aún más rigurosa que en aquellos casos que quedan genéricamente dentro de la cláusula general de igualdad del art. 14 CE, al venir dado el factor diferencial por uno de los típicos que el art. 14 CE concreta para vetar que en ellos pueda basarse la diferenciación, como ocurre con el sexo, la raza, la religión, el nacimiento y las opiniones (STC 81/1982, de 21 de diciembre, FJ 2).»

5. Pues bien, de acuerdo a los anteriores parámetros ha de coincidir con el criterio sustentado tanto por el Ministerio Fiscal como por el Abogado del Estado para el caso en que, como así hemos razonado con anterioridad, puedan y deban superarse los obstáculos procedimentales para la admisión de la presente cuestión de inconstitucionalidad que cada uno opuso y que han sido ya estudiados.

Para realizar el juicio sobre la vulneración del principio de igualdad venimos exigiendo, de un lado que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas (STC 181/2000, de 29 de junio, FJ 10), y, de otro, que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso (SSTC 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 6; 29/1987, de 6 de marzo, FJ 5; 1/2001, de 15 de enero, FJ 3). Y, una vez verificado que tanto uno

como otro presupuesto se cumplen, habremos de entrar a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia contenida en la norma. Pues bien, no cabe duda de que el art. 9.2 CC, al establecer la ley nacional del marido al tiempo de la celebración del matrimonio como punto de conexión, aun cuando sea residual, para la determinación de la ley aplicable, introduce una diferencia de trato entre el varón y la mujer pese a que ambos se encuentran, en relación al matrimonio, en la misma situación jurídica. El precepto cuestionado se opone, por tanto, no sólo al art. 14 CE, sino también al más específico art. 32 CE, que proclama que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica, pues no existe ninguna justificación constitucionalmente aceptable para la preferencia por la normativa relacionada con el varón. Este Tribunal, partiendo de la Constitución y de los textos comunitarios e internacionales sobre la igualdad, ha reaccionado siempre frente a toda norma o acto aplicativo que supusiese la discriminación de la mujer, alineándose así tanto con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencia de 22 de febrero de 1994, caso *Burghartz*, en relación con la determinación del apellido familiar) como con la del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y otros Tribunales Constitucionales. En este mismo sentido, la Sentencia de 22 de febrero de 1983 del Tribunal Constitucional Federal Alemán, con relación a un supuesto que guarda esencial identidad al que es objeto de nuestro estudio, declaró inconstitucional el art. 15, apartados 1 y 2, primer párrafo, de la Ley de Introducción del Código Civil Federal en cuanto establecía la ley personal del marido como punto de conexión para la determinación de la ley aplicable a los efectos económicos del matrimonio, afirmando que tal preferencia resulta contraria al principio de igualdad, con independencia de que el resultado de la aplicación de la norma sea o no más beneficioso para la mujer, pues basta con la preterición de ésta para que haya de entenderse lesionado el art. 3.2 de la Ley Fundamental, y sin que pueda considerarse que constituya una justificación constitucionalmente legítima del otorgamiento de preferencia a la ley personal del marido a los indicados efectos que el establecimiento de tal punto de conexión confiera una mayor certeza a la determinación de la ley aplicable a los efectos económicos del matrimonio.

Con idéntica orientación sentido la Corte Constitucional italiana sostuvo en su Sentencia de 26 de febrero de 1987 que la preferencia por la ley nacional del marido como punto de conexión en una norma de Derecho internacional privado semejante a la aquí estudiada es contraria al principio de no discriminación por razón de sexo y, con carácter específico, al derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.

Como ya se ha anticipado el desajuste de la norma cuestionada con la Constitución tiene lugar con independencia de si el resultado de su aplicación en cada caso concreto es más o menos favorable a la mujer. Ello dependerá de la ordenación sustantiva del régimen económico del matrimonio que resulte aplicable, pero, antes de ello, la discriminación constitucionalmente proscrita reside en la utilización en la norma de conflicto de un punto de conexión que no sea formalmente neutro. La mera utilización de un punto de conexión que da preferencia al varón supone en sí, superada la llamada neutralidad formal de las normas de conflicto, una vulneración del derecho a la igualdad.

Todo ello conduce derechamente a la estimación de la presente cuestión, restando únicamente por precisar que no es a este Tribunal, sino a los órganos judiciales, a quienes les corresponde integrar, por los medios que el Ordenamiento jurídico pone a su disposición, la eventual laguna que la anulación del inciso del precepto cues-

tionado pudiera producir en orden a la fijación de un punto de conexión subsidiario.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar la presente cuestión de inconstitucionalidad y, en virtud de ello, declarar inconstitucional y derogado por la Constitución el art. 9.2 del Código Civil, según la redacción dada por el texto articulado aprobado por el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, en el inciso «por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración».

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a catorce de febrero de dos mil dos.—Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.—Pablo García Manzano.—Pablo Cachón Villar.—Fernando Garrido Falla.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Guillermo Jiménez Sánchez.—María Emilia Casas Baamonde.—Javier Delgado Barrio.—Elisa Pérez Vera.—Roberto García-Calvo y Montiel.—Eugeni Gay Montalvo.—Firmado y rubricado.

5098 *Sala Primera. Sentencia 40/2002, de 14 de febrero de 2002. Recurso de amparo 4312/98. Promovido por Comercial Garoe, S.L., frente a los Autos de la Audiencia Provincial de Las Palmas que declararon desierto su recurso de apelación, en un juicio de menor cuantía.*

Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso al recurso legal): personación en el Tribunal de apelación ignorada, anterior a un segundo emplazamiento por el Juzgado (STC 77/1993).

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, Presidente; don Pablo García Manzano, doña María Emilia Casas Baamonde, don Javier Delgado Barrio y don Roberto García-Calvo y Montiel, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 4312/98, promovido por Comercial Garoe, S.L., representada por la Procuradora de los Tribunales doña Matilde Marín Pérez y asistida por la Letrada doña C. Nirva Macías Acosta, contra el Auto de 18 de septiembre de 1998, dictado por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas en el rollo de apelación civil núm. 335/95. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente doña María Emilia Casas Baamonde, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Por escrito presentado en el Juzgado de guardia de Madrid el 15 de octubre de 1998, registrado en este Tribunal al siguiente día, se interpuso el recurso de amparo expresado en el encabezamiento por la Procuradora

doña Matilde Marín Pérez en representación de la sociedad Comercial Garoe, S.L., contra el Auto de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 18 de septiembre de 1998, que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones promovido por la recurrente en relación con la admisión de un recurso de apelación.

2. Los hechos relevantes de que trae causa la presente demanda de amparo son, en síntesis y según el relato de la demandante, los siguientes:

a) Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de los de Telde se siguió el procedimiento de menor cuantía núm. 332/95 que finalizó por Sentencia desfavorable para los intereses de la demandante. Contra dicha Sentencia la demandante de amparo formuló recurso de apelación para ante la Audiencia Provincial de Las Palmas. El Juzgado de Primera Instancia dictó el 15 de diciembre de 1997 providencia en la que acordó «remitirse los autos originales a la Audiencia Provincial con atento oficio, previo emplazamiento de las partes para ante la misma en el plazo de diez días y nota en el libro de conocimientos». Dentro del plazo señalado en el emplazamiento, la recurrente se personó en tiempo y forma ante la Audiencia Provincial.

b) No obstante lo anterior, el Juzgado de Primera Instancia, lejos de remitir inmediatamente los autos principales a la Audiencia, los retuvo hasta finalizar la pieza incidental de ejecución provisional instada de contrario. Este retraso en la remisión de los autos al órgano judicial competente para la apelación ocasionó que con posterioridad (incluso después de la personación del apelante ante la Audiencia) el mismo Juzgado dictara una nueva providencia volviendo a requerir a las partes para emplazarlas ante la Audiencia, emplazamiento que la demandante de amparo consideró nulo, en primer lugar porque ya se había hecho con anterioridad y, en segundo término, por entender que después del emplazamiento originario se producía una total falta de competencia del Juzgado de Primera Instancia, cuya competencia había perdido a partir de la primera providencia ordenando el emplazamiento.

c) Remitidos los autos a la Audiencia Provincial, ésta, dado el prolongado espacio de tiempo habido entre la personación y su unión a los autos principales, extravió la personación, razón por la cual dictó, el 16 de junio de 1998, Auto por el que se declaraba desierto el recurso de apelación. A dicha conclusión hay que llegar porque el órgano judicial declaró el recurso desierto no por una personación irregular, sino porque la recurrente no se había personado, lo que indica que el primer escrito de personación se había extraviado. Contra dicho Auto que, según el recurrente, la Sala se negó a notificar, ésta formuló recurso de súplica en el que se acreditaba, mediante certificación del Secretario Judicial de la Sala, la personación de la demandante en tiempo y forma.

d) La Sala resolvió el recurso de súplica mediante una providencia contra la que se interpuso incidente de nulidad de actuaciones fundamentado en que la resolución desestimando la súplica debió revestir forma de Auto, y no de providencia, y, en el fondo, porque se debía haber entendido que la recurrente se personó en tiempo y forma. La nulidad fue resuelta por el Auto que se combate en el recurso de amparo.

3. El recurso de amparo que se interpone contra el Auto antes mencionado se basa en la vulneración del derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva sin indefensión proclamado en el art. 24.1 CE. La sociedad recurrente considera que esta vulneración, y por lo tanto la indefensión material, se le ha producido, en primer lugar, porque la Audiencia Provincial, constándole que se habían personado dentro del plazo señalado por el Juzgado de Primera Instancia, debió tenerles por per-