

MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO PERSPECTIVA ACTUAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

G. Rochela Vilar

- I. - INTRODUCCIÓN: LA NUEVA SOCIEDAD DEL SIGLO XXI Y SUS EFECTOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.*
- II. - LA GLOBALIZACIÓN EN TORNO AL CONCEPTO “FAMILIA” Y “MATRIMONIO”.*
- III. - LOS MATRIMONIOS DEL MISMO SEXO EN EL DERECHO COMPARADO.*
 - A. - Perspectiva general.*
 - B. - El Caso Holandés.*
 - C. - El Caso Belga.*
 - D. - El resto de Estados europeos que nos pueden interesar:*
 - Inglaterra.*
 - Dinamarca.*
 - Suecia.*
 - Finlandia.*
 - Noruega.*
 - Francia.*
 - Alemania.*
 - Suiza.*
 - E. - Especial referencia al Derecho estadounidense.*
- IV. - EL CASO ESPAÑOL.*
 - 1º.- Matrimonio homosexual entre español y extranjero o entre dos extranjeros en España, cuando la ley personal del contrayente extranjero no permita este tipo de matrimonios:*
 - Cuestiones Generales:*
 - Distintas Posturas Doctrinales sobre la cuestión:*
 - a. - La llamada “Tesis negativa de la Ley nacional”.*

- b. - La llamada “Tesis positiva pseudo-constitucional”.*
- c. - La llamada “Tesis del orden público de proximidad”.*
- d. - La llamada “Tesis anti-bloqueo o tesis belga”.*
- e. - La llamada “Tesis del orden público internacional absoluto”.*
- f. - La llamada “tesis positiva por la calificación”.*
- Estudio de la fundamental Resolución-Circular de 29 de julio de 2005, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo (BOE n° 188 de 8 de agosto de 2005).*
- 2°.- Efectos en el extranjero de los matrimonios celebrados en España entre personas del mismo sexo, amparándose en la Ley española:*
 - En los demás Estados de la Unión Europea.*
 - En terceros Estados.*
- 3°.- Matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en el extranjero:*
 - Matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado ante autoridades consulares españolas.*
 - Matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado ante autoridades locales extranjeras.*
- 4°.- Efectos en España de matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en el extranjero.*

I. - INTRODUCCIÓN: LA NUEVA SOCIEDAD DEL SIGLO XXI Y SUS EFECTOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

Es obvio que a día de hoy los movimientos internacionales son de enorme relevancia y que han aumentado progresivamente gracias a los avances tecnológicos que nuestra sociedad viene asumiendo y que permiten, cada vez más fácilmente, cambios continuos de residencia a las personas, en busca de nuevos trabajos o por simple ocio.

Estos fenómenos de traslación de sujetos por mayor o menor tiempo de unos Estados a otros ha conllevado lo que se ha venido denominando una “Globalización” tanto económica como social de todas las sociedades, y en concreto por supuesto de la española.

Hoy en nuestro país conviven multitud de personas de Estados diferentes y por tanto, culturas y modelos de vida totalmente dispares.

El Derecho no puede ser ajeno a esta realidad y en concreto el Derecho internacional privado (en adelante DIPr.) no lo es.

Siguiendo a J.R.AYLLÓN VEGA¹ son tres las posturas que los Estados pueden adoptar ante este fenómeno de la multiculturalidad:

a.- Etnocentrismo: Supone que una sociedad valora su propia cultura como superior a las demás, y por tanto, sólo la suya es digna de protección. El extremismo de esta doctrina lleva claramente al nacimiento de sentimientos nada aconsejables como la xenofobia o desprecio radical al extranjero, o el racismo o exaltación de una raza como superior, el chovinismo o patriotismo exagerado y la aporofobia o desprecio al extranjero pobre.

Esta postura también puede afectar a nuestra materia, el DIPr., pues conlleva correlativamente un rechazo a la aplicación del Derecho de esas otras culturas infravaloradas a favor de la del Estado con “la civilización más avanzada”. También produciría un rechazo total y sistemático de toda aquella institución extranjera desconocida o que responde a valores diferentes a los de aquel país.

b.- Relativismo cultural: Es la postura radicalmente opuesta a la descrita. Conlleva otorgar el mismo valor y protección a todas las culturas, y aunque esto parezca en principio lo más razonable no está exento, como señala el autor mentado, de problemas.

No se pueden aceptar todas las prácticas de los distintos Estados sin más, es decir, sin examinarlas primero y comprobar si son trasladables a la sociedad receptora o si simplemente son criticables por su crueldad o salvajismo (pensemos, por ejemplo, en la ablación del clítoris tan común en la sociedad africana).

En relación al DIPr. seguir esta doctrina implicaría una aceptación incondicionada de la aplicación del Derecho extranjero sin ningún límite y aceptar la validez de toda decisión pública extranjera fuera cual fue su contenido sustancial. Ello es del todo impensable.

c.- Universalismo multicultural: Se trata evidentemente de la premisa intermedia entre las dos anteriormente citadas. Se basa en aceptar que existen unos “valores universales” comunes a la mayor parte de las sociedades, tales como la solidaridad, la libertad y la igualdad, que

¹J.R. AYLLÓN VEGA, *Filosofía Mínima*, Ariel, 2003, pp. 143-146.

deben ser respetados por cada Estado independientemente de las personas a quienes se les aplique.

El problema que plantea esta teoría es la dificultad en establecer tales valores, que a todos nos gustaría fueran numerosos, pero que en realidad no lo son. Una aproximación a su enumeración se puede apreciar ya en la Declaración de los Derechos Humanos formulada por la ONU en 1948.

Pero no sólo se trata de respetar unos mínimos sino que se debe fomentar la tolerancia y el respeto a las diferentes culturas por todos los ciudadanos, lo que ayuda notoriamente a que una sociedad se enriquezca y crezca culturalmente.

Para el DIPr. esta postura, que debe ser totalmente preferente, conlleva la creación de unos “valores comunes de Justicia universal” comúnmente aceptados y además que se apliquen Derechos extranjeros o se admitan decisiones extranjeras con instituciones jurídicas que no corresponden a las del país receptor de las mismas. Existen numerosas técnicas en el DIPr. para ello: el orden público internacional atenuado, la cooperación internacional entre autoridades, etc.. Todas ayudarán a que en el futuro exista un DIPr. que regule fenómenos mezcla de diversas concepciones culturales y jurídicas.

II. - LA GLOBALIZACIÓN EN TORNO AL CONCEPTO “FAMILIA” Y “MATRIMONIO”.

Como se ha dejado expuesto la multiculturalización que se producen en las sociedades más actuales conlleva, como lógico correlativo, un fenómeno de diversificación de todas las formas jurídicas, y en concreto de las relaciones interpersonales entre los individuos. En la materia que nos ocupa, hoy asistimos a “modelos de familia” muy distintos y que reflejan, cada uno de ellos, concepciones completamente diversas.

Autores como M^a. P. DIAGO DIAGO² hablan incluso de “*Familias multiculturales*” designando con ello “*grupos familiares en los que existe pluralismo cultural... integrados por la presencia de diferentes*

²M.^a DEL PILAR DIAGO DIAGO, “*La nueva regulación española de las crisis matrimoniales ante el impacto de la multiculturalidad*”. El Derecho de Familia ante el Siglo XXI: Aspectos Internacionales. Editorial Colex, 2004. Pp. 272- 274.

grupos de personas unidas por características étnicas, religiosas, lingüísticas y nacionales propias". Esta autora distingue además entre:

- Familias multiculturales en las que no entran en contacto civilizaciones diferentes, a pesar de que sus miembros poseen nacionalidades distintas (ellas plantea el ejemplo de un matrimonio entre un español y un francés).
- Familias multiculturales en las que la distancia cultural es tal que sí se puede afirmar que entran en contacto civilizaciones diferentes (matrimonio entre un español y un chino).
- Familias que se enfrentan al reto de la multiculturalidad, es decir, *"no presentan en sí mismas, ningún rasgo multicultural, pero que viven en otros países de tradiciones y culturas lejanas a las suyas"*.
- Por último, la misma autora, habla de procesos de *"islamización de los propios nacionales, la reislamización de los extranjeros y la naturalización de personas que mantienen una cultura diferente a la nuestra"* (supuestos en que no se asimila la lengua o costumbres del país de acogida).

Como señala J. CARRASCOSA³, las causas de dicha multiculturalización en los "modelos de familia" son, fundamentalmente, dos: Las migraciones a occidente de personas procedentes de culturas muy distintas a las nuestras y la dispersión internacional de las familias, lo que ha llevado a que existan familias formadas por individuos de países distintos, o aún, siendo del mismo país, cada uno de sus miembros reside en países diferentes.

Ya por mandato constitucional, que protege a todos los "modelos de familia" (art. 39.1 de la Constitución española de 1978), el Derecho no puede obviar esta circunstancia y es el Derecho internacional privado uno de los que presentan más intereses, porque es claro que las relaciones afectivas no conocen fronteras.

Uno de los "modelos de familia" sigue siendo la "Familia Matrimonial", que está presidida por unos principios estructurales que establecen unas líneas básicas del *modelo constitucional de familia*.

Estos principios se recogen en los artículos 10, 14, 32 y 39 de nuestra Carta Magna, y son:

³J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia. Número 21. 2003. Pp. 109-143.

1º.- El derecho a contraer nupcias con un carácter y contenido muy amplio.

2º.- Asimismo se reconoce el principio de igualdad jurídica de los cónyuges, tanto en el acto constitutivo del matrimonio como a lo largo de la vida de éste.

3º.- Establece la mera voluntad de las partes como única base para justificar la suspensión y disolución del vínculo matrimonial.

4º.- Recoge el principio de igualdad de todas las confesiones ante la Ley (el Estado español es aconfesional).

5º.- Instaure el principio de no discriminación por razón de ideología y/o creencias y no discriminación pro razón de sexo.

Todos estos principios tienen una incidencia directa en el sistema de DIPr., pues éste ha de ajustarse a aquellos, lo que conlleva una serie de consecuencias:

1ª.- Toda norma de conflicto relativa al matrimonio, sus efectos, suspensión o disolución, habrá de positivizarse teniendo en cuenta la igualdad de los cónyuges en la relación matrimonial.

2ª.- El Derecho a contraer nupcias sólo puede negarse por causas de incapacidad.

3ª.- Cualquier norma o institución extranjera que afecte a la igualdad, la dignidad o la libertad de las personas en el seno del matrimonio debe ser rechazada (aplicación del orden público constitucional).

Pero tampoco se puede olvidar que además de los principios estructurales constitucionalmente establecidos, el diseño jurídico de la institución del matrimonio en España pasa por el estudio de otras líneas básicas: las determinadas en el Código Civil, que pasa por establecer como requisitos mínimos para un matrimonio válido el consentimiento, la capacidad nupcial y la forma civil o religiosa, además de establecer la monogamia y, hasta la Ley 13/2005, la heterosexualidad.

No obstante, ni con los principios estructurales constitucionalmente determinados ni con los básicos del Código Civil referidos, se ha evitado que el legislador español haya olvidado en muchas ocasiones que la institución del matrimonio es una de las que varía enormemente de unos Estados a otros. Así, en el Derecho islámico es un “contrato que tiene por objeto la organización de las relaciones sexuales entre el hom-

bre y la mujer” (P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS⁴), y cuya finalidad es convertir en “lícitas” las relaciones sexuales de los esposos (M.P. DIAGO DIAGO y Y. LINANT DE BELLEFONDS⁵). Incluso en nuestro círculo cultural occidental las diferencias son considerables: En Malta, por ejemplo, se considera una institución indisoluble, en unos países se permite entre personas del mismo sexo y en otros no, etc.

Esta situación genera claramente conflictos continuos y problemas que hay que solucionar, pero en esta tarea tiene un papel fundamental el DIPr..

Dos de los problemas más importantes devienen de:

- Las dificultades que se presentan en la hora de calificar instituciones desconocidas en nuestro Derecho.
- La incidencia del orden público internacional español en relación con Leyes que contemplan una concepción jurídica del matrimonio radicalmente opuesta a nuestros principios.

La práctica ya ha demostrado que es cierto que en numerosas ocasiones nuestro Ordenamiento jurídico no esta preparado para afrontar los problemas que se generan con el llamado “choque de civilizaciones”, que se producen por el contacto de culturas diferentes, con el consecuente contacto entre Ordenamientos jurídicos distintos, inspirados, cada uno de ellos, en sus propios valores y principios. Debe tenderse a respetar todos aquellos Ordenamientos en la medida de lo posible y buscar soluciones conciliadoras que permitan la movilidad internacional de las situaciones jurídicas que afectan a cada uno de los ciudadanos, en especial, como es el caso, a su estatuto personal.

III. - LOS MATRIMONIOS DEL MISMO SEXO EN EL DERECHO COMPARADO.

A.- Perspectiva general:

Resulta evidente la tendencia que existe en el entorno europeo a ir equiparando progresivamente los derechos de las parejas homosexuales

⁴ P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en el DIPr. español*, Pamplona, Aranzadi, 2002, p. 181.

⁵ M.P. 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*, 2001-4, pp. 407-402; Y LINANT DE BELLEFONDS, *Traité de Droit musulman comparé*, Paris-La Haye, Mouton, 1965 t. II; ID., *La nouvelle conception de la famille musulmane*, 1996, Cujas, p. 57.

a los de las parejas heterosexuales (más concretamente a las parejas de hecho heterosexuales). En alguno de los países se ha llegado a la plena igualdad pero en muchos otros el requisito de la heterosexualidad sigue plenamente vigente y sin perspectiva de eliminarse.

Así se pueden distinguir:

1º.- Países que no admiten ni tan siquiera la homosexualidad como opción sexual. En estos Estados se encuentra castigada por la Ley en mayor o menor grado, y por tanto, resulta impensable que acepten el matrimonio entre personas del mismo sexo. En estos países se encuentran Mauritania, Sudán, Arabia Saudí, Yemen e Irán, donde puede llegar a ser impuesta la pena capital. Otros, con penas menos rigurosas, son Somalia, India, Birmania, Libia, Angola o Nigeria⁶.

2º.- Países que reconocen determinados efectos jurídicos a “ciertas uniones” entre personas del mismo sexo. Debe indicarse aquí que “tales uniones” desde luego no se consideran “matrimonios” y que los efectos que producen son, en todo caso, limitados. Entre ellos se encuentran Francia, Italia o Portugal.

3º.- Países que ya han reconocido los mismo efectos jurídicos a los “matrimonios” heterosexuales y a las “uniones homosexuales”, pero, como se puede apreciar, la terminología empleada para designar uno u otro fenómeno sigue conservándose diferenciada. Ello es normalmente, como señalan A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ⁷, debido a razones históricas (*el concepto de matrimonio como unión entre varón y mujer tiene un gran peso en determinados Estados y sociedades y es difícil de superar*) y por motivos políticos (*pues sería impopular, en ciertos países y sociedades, llamar matrimonio a la unión entre personas del mismo sexo*). Entre ellos se encuentran determinados Estados de los Estados Unidos de América, como Vermont, Connecticut, Massachussets, Suecia, Dinamarca, Noruega, Nueva Zelanda y Alemania.

⁶ La Comisión Española de Ayuda al Refugiado indica que son 70 los países que contemplan normativas que prohíben las relaciones homosexuales; en nueve de ellos los homosexuales pueden ser castigados con pena de muerte y en otros se les califica de enfermos mentales.

⁷ A-L CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Matrimonio entre personas del mismo sexo y Derecho internacional privado español*. Diario La Ley. Año XXVII. Número 6391. pp. 2.

4º.- Países que admiten los mismos efectos al “matrimonio” heterosexual y al “matrimonio” homosexual, disponiendo la misma denominación (matrimonio) para ambas instituciones. Entre ellos se encuentra nuestro país, Canadá (Ley de 20 de julio de 2005. Hasta su promulgación sólo se podía en tres de sus provincias: Ontario, Britihs Columbia y Alberta), Bélgica (Ley de 13 de febrero de 2003) y Holanda (Ley de 2 de abril de 2001). Asimismo en Sudáfrica, aunque no se haya previsto legalmente, sus tribunales han declarado que las personas del mismo sexo tienen derecho a contraer matrimonio entre sí (Sentencia del Tribunal Supremo de Pretoria de 30 de noviembre de 2004 y su Tribunal Constitucional ha dado, el pasado 1 de diciembre, un plazo de un año al Parlamento para permitir el casamiento de personas del mismo sexo). En los Estados Unidos de América, algunos tribunales también se han atrevido a admitirlos pese a que sus legislaciones e incluso Constituciones los prohíben expresamente (Alaska, Hawaii, Vermont,...), indicando la DOMA⁸ que ningún Estado está obligado a aceptar la validez de matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados válidamente en otros Estados de la Unión (lo que es una excepción a la “*Full Faith and Credit Clause*” contenida en la Constitución Federal de los Estados Unidos de América).

La progresión en la sociedad europea, que es la que a nosotros más nos interesa, es hacia el tercer y cuarto modelo, y si España fue de las más avanzadas, asumiendo el cuarto, las pioneras fueron Holanda y Bélgica, por ello creo necesario estudiar los distintos modelos europeos antes de centrarme en el nuestro, haciendo especial hincapié en el holandés y el belga por ser los más cercanos.

B.- El Caso Holandés:

Holanda ha sido, de todo el mundo, el primer país que se atrevió a comenzar la equiparación de derechos de las parejas homosexuales con las heterosexuales. En su momento, su actitud se llegó a considerar por la opinión pública como “trasgresora” y fue objeto de numerosas críticas por los países más tradicionales.

Su andadura comenzó en el año 1997 cuando promulgó la *Ley de registered partnership*, por la que se permitía el registro oficial de las

⁸ “*Defense of Marriage Act.*” 21 de septiembre de 1996, 1 U.S.C. & 7, 28 U.S.C. &1738c).

parejas que no querían casarse, sin distinción alguna de sexo, dando con ello entrada en el Registro a las parejas homosexuales. Además se permitía la custodia conjunta del hijo de uno de los miembros de la pareja homosexual, estableciendo que el compañero del progenitor tenía la obligación de alimentos con respecto del menor, considerándolo como su hijo a efectos del impuesto de sucesiones y abriendo la posibilidad de que éste adoptase su apellido.

Ya en septiembre de 2000, la Cámara baja del Parlamento aprobó la Ley de matrimonios homosexuales (*Bill 26672*) que entró en vigor el día 2 de abril de 2001, tras ser ratificada, en diciembre de 2000, por el Senado⁹. En ella se establece (artículo 30) que dos personas de igual o diferente sexo pueden contraer matrimonio en Holanda sólo, eso sí, desde el punto de vista civil; además ofrece la posibilidad de que las parejas homosexuales que en su día se hubiesen inscrito conforme a la Ley arriba mentada, pueden transformar su unión en matrimonio.

En lo que nos interesa, el DIPr., esta Ley señala una serie de puntualizaciones cuando en el matrimonio exista algún elemento de extranjería: Permite que se reconozcan en Holanda los matrimonios homosexuales constituidos en el extranjero y en cuanto a la celebración, y a fin de evitar el *forum shopping* o turismo matrimonial, sólo se reconocerán aquellos matrimonios si al menos uno de los contrayentes tiene su residencia habitual en Holanda.

Además el párrafo primero del art. 80 f) de su Código civil señala que cuando dos personas solicitan al encargado del Registro convertir su pareja registrada en matrimonio, el encargado del domicilio de uno de ellos puede efectuar una siendo de conversión a ese efecto. Si la pareja registrada se encuentra domiciliado fuera de Holanda y quieren convertir su unión registrada en un matrimonio en dicho país, la conversión se efectuará siempre que al menos uno de los miembros de la pareja tenga la nacionalidad holandesa.

C.- El Caso Belga:

⁹ Realmente Holanda aprobó el 21 de diciembre de 2000 un proyecto que modifica el Libro I del Código Civil, permitiendo el matrimonio entre personas del mismo sexo. Esta Ley trae su origen de la propuesta número 26672 introducida por su Gobierno el 8 de julio de 1999 y modificada por él mismo el 3 de mayo y 4 de agosto de 2000, aprobada luego, por la Cámara Baja el 12 de septiembre de 2000 y por el Senado el 19 de diciembre del mismo año, convirtiéndose en Ley en la fecha anteriormente indicada.

A diferencia del caso holandés, en este país se promulgó directamente, el 13 de febrero de 2003, la Ley que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, que modificaba su Código civil en lo que se refiere a las condiciones para contraer matrimonio eliminando toda referencia a la heterosexualidad de los contrayentes, pero además la diferencia entre los supuestos es mayor si se tiene en cuenta que los belgas no equiparan totalmente las parejas heterosexuales a las homosexuales, al cerrarles a estas últimas la posibilidad de realizar adopciones.

En relación con la posibilidad de matrimonio entre personas del mismo sexo con algún elemento extranjero, se otorga validez a los matrimonios entre belgas o entre extranjero y belga en el extranjero con arreglo a la forma permitida en el lugar de celebración (artículo 170 del Código civil), así como a los matrimonios homosexuales que serán reconocidos en Bélgica si se celebraron en un país en el que se admitan. Como nos hace ver F. CALVO BABÍO¹⁰, nada se dice en la reforma sobre quienes pueden contraer matrimonio homosexual en Bélgica, de modo que sin restricciones, *podremos ser testigos próximamente de una afluencia de parejas del mismo sexo que, sin ningún arraigo en este país, acudan, en virtud de un turismo matrimonial, de nuevo cuño, a casarse en ese país.*

D.- El resto de Estados europeos que nos pueden interesar:

En Inglaterra se utiliza el término “cohabitación” para hablar de todas aquellas uniones que, sin llegar a ser matrimonios, producen alguno de sus efectos y, tal y como indica V. CAMARERO SUÁREZ¹¹, “*el término cohabitación denota la relación de pareja de hecho heterosexual que, sin estar casada, convive como marido y mujer*”.

Para la existencia de tal “cohabitación” (que equivale en nuestro país a las llamadas “parejas de hecho”) se considera importante que los convivientes pongan en común recursos económicos y establezcan un domicilio común. Y además, toman como elementos relevantes para determinar si estamos o no ante una pareja de hecho, la circunstancia de que existan hijos comunes y una intención clara de contraer matrimonio.

¹⁰F. CALVO BABÍO, *Los matrimonios entre personas del mismo sexo en Derecho comparado*. Iuris, nº 89, diciembre 2004, p. 52.

¹¹V. CAMARERO SUÁREZ, “Una apunte al Derecho europeo y estadounidense sobre el status jurídico de las parejas del mismo sexo”.

En relación a estas convivencias de hecho, que evidentemente pueden ser formadas por personas del mismo sexo, el Derecho inglés las ha equiparado al matrimonio en algunos aspectos aislados. Así:

- Los convivientes de hecho del mismo sexo pueden adoptar conjuntamente desde el 2002.
- También, en el caso de muerte con negligencia de un conviviente, el otro puede alcanzar de forma limitada una compensación económica, a partir de 2001.
- Asimismo, en el período 1997-2000, los permisos de residencia de convivientes extranjeros se han extendido a las parejas homosexuales con una convivencia mínima de dos años.
- Además, a partir de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 7 de enero de 2004 donde se reconoce el derecho al matrimonio de los transexuales, se desbloqueó la Ley británica de Reconocimiento de Género, que había quedado paralizada en la Cámara de los Lores. A partir de aquí, los Tribunales británicos en sintonía con la citada Ley podrán conceder a los transexuales el régimen de pensión familiar del que gozan los demás ciudadanos.

Y la tendencia ya era clara en Inglaterra y fue el 5 de diciembre del 2005 cuando entró en vigor una norma según la cual las parejas del mismo sexo pueden formar una “unión civil”, con los mismo derechos y responsabilidades que los matrimonios entre hombre y mujer (eso sí, sin denominarse “matrimonio”).

En Dinamarca la Ley danesa de 7 de junio de 1989 sobre el Registro de Parejas de hecho fue una ley pionera a nivel legislativo, a partir de la cual dos personas del mismo sexo podrían tener registrada su relación de pareja, pero inicialmente sólo si uno de los miembros tenía la nacionalidad danesa y residía permanentemente en Dinamarca (en principio, ambos requisitos debían concurrir en la misma persona).

El precepto que recogía esta exigencia fue pronto objeto de enmienda, en el año 1999, de forma que actualmente se establece que también dos personas que no tengan la nacionalidad danesa, pueden registrar su pareja siempre que hayan residido de forma permanente en Dinamarca durante dos años.

Se ha asimilado además, a los ciudadanos noruegos, islandeses y suecos a los daneses, al considerarse que estos países presentan normas

sobre parejas registradas muy similares a la danesa. El Ministerio de Justicia danés puede extender esa asimilación a otros países, esto sólo se ha hecho en relación con Holanda y Finlandia.

Pero, ¿qué efectos tuvo realmente la Ley danesa de 1989?:

- Por un lado, equipara la unión homosexual «registrada» al matrimonio heterosexual, tanto en el marco de Derechos sociales (fiscalidad, seguridad social, pensiones) como en el de Derecho civil (requisitos de constitución y disolución, obligaciones legales, efectos patrimoniales y sucesorios).
- Eso sí, establece una excepción: se excluye a la pareja registrada de la Ley Danesa de Adopción concerniente a los cónyuges (excepción que no en mucho tiempo se abolirá); la cláusula 3.^a de la Sección 15 de la Ley Danesa de Incapacidad Legal y Guardia y Custodia, relativa a los cónyuges; lo preceptuado en la legislación danesa concerniente a reglamentaciones específicas determinadas por el sexo de uno de los cónyuges; y, lo preceptuado en tratados internacionales tampoco será de aplicación en materia de registro de parejas de hecho a menos que las otras partes lo acepten expresamente.
- Por otra parte, la Ley danesa excluye a la unión de homosexuales de la libertad de elección, vigente en Dinamarca para el matrimonio, entre la celebración de una ceremonia religiosa o civil. En todo caso, ha de celebrarse civilmente.
- Y en el proceso de divorcio previsto para las parejas homosexuales, a diferencia de la posibilidad abierta en los procesos de divorcio matrimoniales, expresamente se prohíbe la «mediación de un clérigo para lograr la reconciliación de la pareja en crisis».

En Suecia la normativa es muy similar a la danesa, apreciándose igualmente un proceso de apertura imparable.

Antes de la aprobación de la Ley de Registro de Parejas de Hecho de 23 de junio de 1994, Suecia ha desarrollado una regulación parcial y específica. La Ley de 1 de enero de 1988 regulaba muy tímidamente los efectos de las uniones extramatrimoniales, se limitaba a establecer exclusivamente el destino de la vivienda y de los bienes del ajuar doméstico que fuesen comunes, y dejaba al margen de la regulación tanto el resto de relaciones patrimoniales como el bloque de relaciones personales entre convivientes. El resto de cuestiones relativas a las

parejas de hecho se deducía de la mención esporádica y puntual que se encontraba en leyes generales.

Hoy, la Ley de Registro de la Pareja de Hecho, en vigor desde el 1 de enero de 1995, regula en su Capítulo I el registro de la pareja con independencia de su orientación sexual. Registro al que no podrán acceder los menores de 18 años, los parientes en línea ascendente o descendente, o hermanos de sangre, ni los hermanastros sin la autorización del Gobierno o de las autoridades competentes. Tampoco tendrá lugar el registro de una persona ya casada o registrada como pareja de hecho. Se aplican en las averiguaciones previas a los registros las normas matrimoniales aplicables al procedimiento de investigación en relación con los impedimentos.

Inicialmente se exigía para registrarse que uno de sus miembros tuviese la nacionalidad sueca y el otro residiese en Suecia. Actualmente, se permite también constituir la unión a las parejas de nacionalidad extranjera, si uno de sus miembros ha residido permanentemente en Suecia en los dos años anteriores a la constitución de la unión o si uno de los miembros de la pareja es un ciudadano sueco con residencia habitual en Suecia. Los nacionales de Dinamarca, Islandia, Noruega y Holanda se asimilan a los ciudadanos suecos.

La disolución de la relación de pareja se regula en el capítulo II, aplicándose también por analogía la normativa matrimonial.

Los efectos legales del registro de la pareja de hecho son objeto del capítulo III y en él se dispone que los miembros de una pareja registrada no podrán, ni común ni individualmente, adoptar ni solicitar la guarda y custodia de un menor como tutores idóneos.

En Finlandia, su Ley es muy similar a la sueca. Pueden registrarse las parejas en las que uno de los miembros es nacional finlandés y reside habitualmente en Finlandia y las parejas de extranjeros si ambos han residido habitualmente en Finlandia los dos años anteriores al registro. Se equiparan a los ciudadanos finlandeses los nacionales de estados que conozcan la institución y le atribuyan unos efectos análogos a los previstos en su legislación (Noruega, Suecia, Dinamarca, Islandia, Holanda y Alemania).

Desde el punto de vista del DIPr., las normas danesa, sueca y finlandesa prescinden del ordenamiento jurídico extranjero correspondiente a la nacionalidad o domicilio del contrayente extranjero al foro y

se aplica la ley del lugar de constitución para determinar también la capacidad para registrar la pareja.

En Noruega, su Ley ,de 1 de agosto de 1993, sobre Registro de Parejas especifica en su art. I que “*dos personas del mismo sexo pueden registrar su relación como pareja, con las consecuencias legales que siguen de esta ley*”.

Al igual que la Ley danesa, la Ley tiene un ámbito de aplicación dirigido a las uniones homosexuales, sin referencia alguna a las parejas heterosexuales. Y también se parecen en que ambas Leyes prohíben la adopción de niños por la pareja homosexual, así como la titularidad de un derecho de guarda conjunto (para el resto de efectos, la inscripción produce los mismos efectos legales que el matrimonio).

En Francia tradicionalmente, las uniones compuestas por convivientes de hecho se han denominado “*concubinage*”; más modernamente esta denominación ha sido sustituida por la de “unión libre”, que parece referirse a una unión sin formalidades y sin vínculo, lo que permite que pueda ser rota libremente en cualquier momento.

Hasta la Ley de 15 de noviembre de 1999 relativa al Pacto Civil de Solidaridad (PACS) los efectos jurídicos de la convivencia de hecho se han manifestado a través de referencias puntuales en distintos ámbitos o sectores.

Pero es con la llegada de esta Ley de 15 de noviembre de 1999, relativa al Pacto Civil de Solidaridad (PACS) y al Concubinato, cuando se incorpora al Libro del Código Civil francés un Título XII denominado Del Pacto Civil de Solidaridad y del Concubinato, produciéndose un verdadero cambio en el régimen jurídico de esas “uniones libres”.

El nuevo régimen diferencia los efectos del PACS, que es básicamente un contrato, de los efectos del concubinato, al que considera como una situación de hecho.

Un pacto civil de solidaridad es un contrato celebrado por dos personas físicas mayores, de diferente o igual sexo, para organizar su vida en común (art. 515.1). Por su parte, el concubinato se configura como una unión de hecho, caracterizada por una vida en común que presenta un carácter de estabilidad y continuidad, entre dos personas de diferente o del mismo sexo, que viven en pareja (art. 515.8).

La expresión «vida en común» que el pacto civil de solidaridad organiza, ha sido objeto de discusión. El Consejo Constitucional fran-

cés señaló que la vida en común no cubre solamente una comunidad de intereses y no se limita a la exigencia de una simple cohabitación entre dos personas, y supone, además, una residencia en común y una vida en pareja. De esta manera se justifican las limitaciones impuestas para celebrar el pacto, y que se concretan en el art. 515.2. Bajo pena de nulidad, no puede existir PACS: 1.º entre ascendiente y descendiente en línea recta, entre afines en línea directa y entre colaterales hasta el tercer grado inclusive; 2.º entre dos personas de las cuales al menos una tiene vínculo matrimonial; 3.º entre dos personas de las cuales al menos una está comprometida por un pacto civil de solidaridad anterior.

La forma de realización del pacto exige, según el art. 515.3, la presentación de una declaración conjunta en la secretaría del Tribunal de instancia que resulta competente de acuerdo a la residencia común. Una vez presentada la totalidad de documentación exigida, el secretario debe inscribir esta declaración en un Registro del lugar de residencia. Esta inscripción confiere fecha cierta al pacto civil de solidaridad y lo hace oponible a terceros.

Quienes celebran un pacto civil de solidaridad se obligan mutuamente a prestarse asistencia mutua y material. Las modalidades de esta ayuda son establecidas por el pacto. Según el art. 515.4, las partes responden solidariamente con relación a terceros por las deudas contraídas por uno de ellos para las necesidades de la vida ordinaria y para los gastos relativos a la vivienda en común. Mientras que quienes conviven en concubinato no asumen esta obligación.

Teniendo en cuenta las diferentes obligaciones entre los que celebran un PACS y quienes viven simplemente en concubinato, el legislador les concede a los primeros ventajas impositivas, que no le son otorgadas a los concubinos, en la Seguridad Social y en las leyes migratorias.

El PACS termina del modo que establece el art. 515.7, es decir, por decisión conjunta, por decisión unilateral, y por matrimonio o muerte de una de las partes.

En lo que interesa al DIPr., el nuevo artículo 515.3 del Código Civil francés establece únicamente que los agentes diplomáticos y consulares franceses tienen competencia para proceder a la inscripción de una declaración conjunta sobre un pacto si al menos uno de los miembros de la pareja tiene la nacionalidad francesa. Aunque en una Circu-

lar de 10 de noviembre de 1999 se especificó que aquellos funcionarios son competentes si la pareja tiene establecida su residencia común en la demarcación consular.

La doctrina francesa entiende que no se puede contratar un PACS con una persona cuya ley personal impida el establecimiento de la unión. Sin embargo, en la práctica, sí se puede registrar en el extranjero un PACS contratado con un ciudadano extranjero, aunque su ley personal no conozca la institución.

En lo atinente al posible registro en Francia, la Ley exige únicamente que los contratantes tengan una residencia común en Francia o, sin tenerla, uno de los contratantes sea nacional francés.

En Alemania, con la publicación de la Ley de Parejas de hecho alemana, en vigor en agosto de 2001, se instaura un contrato de vida en común para los homosexuales, equiparando este contrato al matrimonio. Las parejas homosexuales pueden unirse legalmente ante un representante del Estado civil y la Ley equipara las uniones homosexuales al matrimonio en todos sus derechos y obligaciones, salvo en lo relativo a la adopción que no está regulado.

Pese a esta aparente igualdad, el Tribunal Constitucional Federal mantiene algunas discriminaciones en la medida en que ha dejado sentado que la unión registrada es distinta al matrimonio, con lo cual, según este Tribunal, no se vería afectado el principio general de igualdad del art. 3 ap. 1.º de la Constitución. Y sólo sería posible una queja constitucional en relación a la alta tributación de la porción hereditaria correspondiente al miembro supérstite de tales parejas.

En lo que al DIPr. compete Alemania es el primer país europeo que ha promulgado normas de DIPr. positivo relativas a la constitución de una “*eingetragene Lebenspartnerschaft*”. El EGBGB establece que la constitución de la unión se somete a las normas materiales del Estado en el que está sito el Registro. Este ordenamiento determinará tanto la forma de la constitución como los requisitos de capacidad para poder constituirla.

No se exige ningún requisito de nacionalidad ni residencia, sólo exige que los contrayentes sean mayores de edad (según sus respectivas Leyes nacionales) y que no se trate de personas casadas o vinculadas por una “*eingetragene Lebenspartnerschaft*” anterior.

Suiza incorpora la novedad de ser el primer país del mundo en autorizar por referéndum un régimen jurídico, muy similar al francés,

alemán o sueco, con derechos y obligaciones similares a los del matrimonio, aunque no adopta esta denominación y opto por la de “uniones”. El antecedente de esta Ley federal era el registro de los llamados “pac-tos de convivencia social”, en vigor en Ginebra, que ha quedado vacío de contenido ante el nuevo Derecho federal.

Los puntos principales de la nueva Ley federal suiza son:

- Las nuevas “uniones”, entre las que están las formadas por per-sonas del mismo sexo, se asemejan al matrimonio pero no es el matrimonio.
- Copia del Derecho matrimonial existente la regulación en mate-ria fiscal, sucesoria o en el dominio de los seguros sociales.
- Además, los dos convivientes registrarán su unión ante el encar-gado del Registro civil. Cada uno conservará su nombre, pero tendrá la posibilidad de utilizar un nombre de unión o alianza, que podrá figurar en el pasaporte o emplearlo para firmar contra-tos.
- Si un miembro de la pareja es de nacionalidad extranjera podrá recibir una autorización de residencia, pero no podrá beneficiar-se de una naturalización simplificada. Sin embargo, no deberá acreditar más de cinco años de residencia en Suiza para presen-tar una demanda de naturalización.
- Su régimen económico será la separación de bienes.
- Las demandas de disolución deberán dirigirse en común a un Juez, aunque uno de los miembros de la pareja puede plantear también una demanda si ha vivido separado del otro al menos durante un año.
- En cuanto a las parejas homosexuales en sí mismas consideradas, no tienen derecho de adopción, ni el de recurrir a la procreación médicamente asistida.

E.- Especial referencia al Derecho estadounidense:

El caso de los Estados Unidos de América presenta unas caracte-rísticas muy peculiares y por eso debe ser objeto de un estudio porme-norizado.

Nos debemos remontar a la fecha del 12 de julio de 1996, en la cual la Cámara de representantes de los EE.UU. aprobara el Acta por la que se denegaba la aprobación de las uniones homosexuales. El Acta Federal *-The Defense of Marriage Act (DOMA)-*, que define el

matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer, considerando a los esposos como personas de distinto sexo, fue ratificada con fecha a 21 de septiembre por el entonces presidente norteamericano, Bill Clinton.

Esta Ley federal recoge la siguiente norma: “*Ningún estado, territorio, posesión de los EE.UU. o tribu india, vendrá obligado a hacer efectiva en su ámbito propio ninguna disposición, documento o sentencia judicial de otro Estado, territorio, posesión o tribu, concerniente a una relación entre personas del mismo sexo, que sea considerada como matrimonial según las leyes de ese otro Estado, territorio, posesión o tribu*”.

Esta norma es de especial relevancia si tenemos en cuenta que, como señala NAVARRO VALLS¹², en los EE.UU. la regulación del matrimonio pertenece a los diversos Estados, lo que ha conllevado que algunos de aquellos “*States*” permitan los “*Same-Sex Marriages*” y otros no. Y la pregunta es clara: ¿tienen algún efecto aquellos matrimonios homosexuales celebrados en los Estados que lo permitan, en los demás Estados en que no es posible su celebración?. La respuesta, aunque parece haberla dado la DOMA, no es fácil:

- Hay que tener primeramente en cuenta que, en la mayor parte de los “*States*”, la Ley aplicable a la formación del matrimonio es la Ley del lugar de celebración del mismo.
- Pero esta regla general presenta límites: se niega el reconocimiento de matrimonios válidamente celebrados en ciertos Estados con arreglo a su legislación, en los Estados en cuyo territorio tienen su domicilio los cónyuges si el enlace se celebró sin respetar impedimentos matrimoniales o exigencias contenidas precisamente en la Ley de ese Estado (el del domicilio de los cónyuges).
- La jurisprudencia del “*Supreme Court USA*” indica que todo Estado puede oponer “su orden público internacional” para denegar el reconocimiento de decisiones judiciales y la aplicación de Leyes de otros *Sister-States* si tales decisiones o Leyes vulnera las *policy preferences* del “*State de destino*” (*Sun Oil Company vs. Wortman*, 1988).

¹² R. NAVARRO VALLS, “*Las uniones de hecho en el Derecho comparado*”. Editorial Martinell y Areces, Pp. 35.

- Sin embargo hay autores¹³ que opinan que la cláusula contenida en la Sección 1 del artículo IV de la Constitución Federal de los Estados Unidos de América (“*Full Faith and Credit Clause*”) obliga a todos los *States* a admitir la validez de los matrimonios homosexuales celebrados en otros *State* con arreglo a sus Leyes.

Una nueva pregunta se nos plantea ahora. Es necesario determinar que *States* permiten el matrimonio entre personas del mismo sexo o reconocen uniones con efectos similares al matrimonio entre sus ciudadanos.

- La ciudad de Berkeley, por la Domestic Partnership Policy de 4 de octubre de 1984, ha extendido ciertos beneficios anejos al matrimonio -cobertura médica, pensiones, indemnizaciones por muerte accidental del compañero- a las parejas homosexuales.
- También han sido destacadas aisladas decisiones jurisprudenciales concediendo efectos a la unión homosexual: La Corte Suprema de Georgia en el caso *Weeks* (1979) ha entendido válido un testamento cuyo beneficiario había mantenido durante seis años una relación sentimental con el testador; y la Corte Suprema de Arkansas en *Bramlett v. Selman* ha aplicado la noción de constructive Trust para conceder ciertos efectos patrimoniales en un caso de unión homosexual.
- El Estado de Massachusetts, el 18 de noviembre de 2003, el Tribunal Supremo estatal, en el caso de *Goodridge v. Department of Public Health*, declaró que la Ley del Estado que prohibía el matrimonio de personas del mismo sexo era inconstitucional¹⁴.
- En contraposición, en New Jersey, un Tribunal Superior, el 5 de noviembre de 2003 en el caso *Lewis v. Harris*, rehusó derogar la prohibición estatal sobre matrimonio de parejas del mismo sexo.
- En California, el gobernador Arnold Schwarzenegger ya ha anunciado que vetará un proyecto de ley aprobado por el Congreso del Estado que autoriza el matrimonio homosexual. Así la legalización en este Estado sólo podría llegar gracias a un pronunciamiento del Tribunal Supremo californiano.

¹³ L. KRAMER, “*The Public Policy Exception and the Problem of Extra-territorial Recognition of Same-Sex Marriage*”, *Quarterly Law Review*, vol. 16, 1996-1997, Pp. 153-160.

¹⁴ J. PÉREZ ROYO, “*La libertad de todos*”. Periódico El País, de 10 de enero de 2004. Realiza una valoración sobre la Sentencia americana referida.

IV. - EL CASO ESPAÑOL.

La reciente Ley 13/2005, de 1 de julio (BOE 2 de julio 2005, núm. 157, pág. 23632) modificó nuestro Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Ya en su Exposición de Motivos declara que cualquier Ley que desarrolle este derecho determinará la capacidad exigida para contraer matrimonio, su contenido y régimen jurídico teniendo en cuenta cada momento histórico y los valores dominantes de entonces. En consecuencia, el legislador nunca puede obviar que la sociedad evoluciona y que a día de hoy se reconocen modelos de convivencia muy diversos, y esta Ley responde efectivamente a esa idea¹⁵.

Asimismo la propia Ley reconoce que la modificación no hace más que recoger una tendencia imparable en el entorno europeo hacia la plena equiparación en derechos y obligaciones de las parejas que se unen sean del mismo o distinto sexo. En el seno de la Unión Europea ya hace años se viene viviendo un movimiento, que aunque lento siempre ha sido progresivo en este sentido. La Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de febrero de 1994 (LCEur 1994, 1200) pidió, de modo directo y explícito, a la Comisión Europea que presentase una propuesta de recomendación con la finalidad de poner fin a la prohibición de contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo en igualdad de derechos que a las de distinto o de acceder a los regímenes jurídicos equivalentes a las parejas lesbianas o de gays. Asimismo la Resolución del Parlamento Europeo sobre el respeto de los derechos humanos en la Unión Europea, de 16 de marzo de 2000, solicita la plena equiparación jurídica de las parejas del mismo sexo con respecto a las de distinto sexo y a las casadas. Tampoco se debe olvidar que desde el año 1993 la Organización Mundial de la Salud ya no considera la homosexualidad una enfermedad.

Se trata por tanto, como también indica la referida Exposición de Motivos, de procurar la igualdad efectiva de los ciudadanos en el libre

¹⁵ No puede dejarse de citar el dato que reveló una encuesta realizada por el Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) que indicaba que mientras un 56,9 por ciento de los consultados aprobaban los matrimonios homosexuales, sólo el 42,4 por ciento de los encuestados estaban a favor de que éstos pudiesen adoptar.

desarrollo de su personalidad (artículos 9.2 y 10.1 de la Constitución), de preservar la libertad en lo que a las formas de convivencia se refiere (artículo 1.1 de la Constitución) y de instaurar un marco de igualdad real en el disfrute de los derechos sin discriminación alguna por razón de sexo, opinión o cualquier otra condición personal o social (artículo 14 de la Constitución).

En definitiva la nueva Ley *“permite que el matrimonio sea celebrado entre personas del mismo o distinto sexo, con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones cualquiera que sea su composición. En consecuencia, los efectos del matrimonio, que se mantienen en su integridad respetando la configuración objetiva de la institución, serán únicos en todos los ámbitos con independencia del sexo de los contrayentes; entre otros, tanto los referidos a derechos y prestaciones sociales como la posibilidad de ser parte en procedimientos de adopción”*.

Dejando de lado los efectos del matrimonio (deberes conyugales de los artículos 66,67 y 68 CC), los efectos del incumplimiento de estos deberes (que suelen provocar la solicitud de separación, divorcio o nulidad del vínculo matrimonial), la obligación de alimentos (artículo 143 CC) y la posible adopción por parejas homosexuales, cuestiones todas de gran amplitud y que exigirían un tratamiento pormenorizado y concreto aparte; en este trabajo sólo se va a abarcar la posibilidad de matrimonios entre homosexuales con elemento extranjero celebrados en España y situaciones asimiladas.

En primer lugar debe señalarse que la nueva Ley guarda silencio total sobre los aspectos internacionales relacionados con la cuestión regulada, pero es obvio que varios son los problemas que pueden surgir:

1º.- ¿Cuál es el régimen jurídico del matrimonio celebrado entre un español y un extranjero o dos extranjeros en España cuando sus Leyes nacionales no admiten el matrimonio entre personas del mismo sexo?.

2º.- ¿Qué efectos producen en el extranjero estos matrimonios o los celebrados entre homosexuales españoles en España?.

3º.- ¿Qué régimen sigue el matrimonio entre personas del mismo sexo celebrados en el extranjero, distinguiendo según se realizase ante autoridad española o ante una extranjera local?.

4º.- ¿Qué efectos tendrán esos matrimonios en España?.

Todas estas cuestiones no han sido resueltas por el legislador y sin

embargo no han tardado en surgir conflictos en este sentido, por ello, se exige darles solución con un examen adecuado y separado a cada una de ellas.

1º.- Matrimonio homosexual entre español y extranjero o entre dos extranjeros en España, cuando la ley personal del contrayente extranjero no permita este tipo de matrimonios:

Cuestiones Generales:

En este punto debe recordarse que todo matrimonio que se celebre en nuestro país, sea éste de naturaleza homosexual o heterosexual, debe cumplir con tres requisitos esenciales (requisitos de validez):

- Capacidad de los contrayentes: Artículos 46 y 47 CC.
- Consentimiento libre: Artículo 45 CC.
- Forma: Si el matrimonio lo contrae al menos un español, debe celebrarse en forma religiosa o civil y deberá contar con una autoridad oficiante y dos testigos.

Si el matrimonio se celebra en España y uno o ambos contrayentes es/son extranjero/s, nos encontramos ante un supuesto de Derecho internacional privado, en el que es preciso:

- Determinar la ley aplicable a la capacidad nupcial: No existe en nuestras normas de Derecho internacional privado -ni internas, ni convencionales- ninguna regla específica acerca de la ley aplicable a esta cuestión. Tradicionalmente, se ha venido aplicando el artículo 9.1 del Código Civil para la determinación de la misma, y ello porque establece la regla general sobre la capacidad que sólo cede ante la existencia de normas especiales concretas (en este caso inexistentes) y porque así lo ha venido reiterando a lo largo de los años la Dirección General de Registro y Notariado. Según este artículo será la Ley nacional de cada contrayente en el momento de la celebración del matrimonio la que determinará si tiene o no capacidad para contraerlo (STS 29 de mayo de 1970, de 22 de noviembre de 1977, RDGRN de 6 de noviembre de 2000, de 24 de mayo de 2002, de 30 de enero de 2004 y 15 de junio de 2004). La aplicación de la Ley nacional deviene de la idea de que el matrimonio es una institución que afecta al “estado de la persona”, por lo que la Ley personal es la más adecuada para regirlo, además se evita con ello el *Forum Shopping*, es decir, que los contrayentes acudan a los países que exigen menos requisitos a la hora de contraer matrimonio.

Pero varias son las cuestiones que se plantean con esta solución:

a.- En relación con los impedimentos matrimoniales debe señalarse que el impedimento de ligamen es, como indica J.C. GONZÁLEZ ROZAS ¹⁶), un requisito de capacidad de orden público, tanto si el matrimonio se celebra ante autoridad española como extranjera. Por ello, no se aplicará, por ejemplo, la ley extranjera si ésta concede capacidad nupcial a un varón ya casado para que pueda contraer segundas nupcias simultáneas, como ocurre con al mayoría de los Códigos de familia de los países musulmanes (cf. Resoluciones de la DGRN de 14 de diciembre de 2000 y 4-7ª. de diciembre de 2002), aunque pueden atenuarse los efectos de ese orden público español (cf. Resolución de la DGRN de 8 de marzo de 1995).

En cuanto al resto de los impedimentos de capacidad, el carácter dispensable o no de los mismos viene determinado por la ley personal de cada contrayente (a un español le será aplicable el artículo 48 de nuestro CC), y esa misma ley establecerá la legitimación y los efectos de tal dispensa si es otorgada posteriormente a la celebración del matrimonio. Eso sí, la aplicación de la ley personal no impide que la dispensa pueda ser otorgada por una autoridad distinta a la que corresponda a la nacionalidad del contrayente.

Y nuevamente la aplicación de la ley personal extranjera queda limitada por la entrada del corrector orden público español. Y así no se aplicará la ley extranjera que no otorga capacidad nupcial a una mujer musulmana para casarse con un no musulmán (cf. de 7 de junio de 1992 y 10-1ª. de junio de 1999). Sin embargo, si se aplicará una ley extranjera, como la argelina, que no permita casarse a los menores de 16 años, teniendo en cuenta que la posibilidad de casarse en España entre los 14 y 16 años es excepcional y necesita previa dispensa.

En relación con este tema de los impedimentos debe señalarse que es de especial importancia la posibilidad de otorgamiento de certificados de capacidad matrimonial expedidos por autoridad extranjera, estando en vigor para España el Convenio relativo a la expedición de un certificado de capacidad matrimonial, hecho en Munich el 5 de septiembre de 1989 que regula la obligación de los Estados parte del mismo a expedir tal certificado.

¹⁶ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Derecho Internacional Privado*. Segunda Edición. Pp. 453 a 457.

En conclusión, F. CALVO BABÍO¹⁷, llegar a afirmar que la ley extranjera que regula la capacidad nupcial se aplicará sólo cuando sus disposiciones no vulneren nuestro orden público internacional -donde se aloja nuestra concepción del matrimonio y el principio de ius nubendi o libertad nupcial- y, si contiene disposiciones diferentes a las nuestras, cuando establezcan unas condiciones más restrictivas para contraer matrimonio.

- Determinar la ley aplicable al consentimiento matrimonial: Nuevamente al no existir ninguna norma específica que lo regule, se impone la necesidad de acudir al artículo 9.1 del CC, y en consecuencia, el consentimiento matrimonial se rige por la Ley personal del contrayente, es decir, la ley de su nacionalidad. Esta Ley determinará si el consentimiento es aparente o real, los vicios del consentimiento, los efectos del consentimiento viciado o simulado y el plazo para el ejercicio de las acciones y personas legitimadas para ejercitarlas.

- Determinar la ley aplicable a la forma: Debe comenzarse señalando que en España el matrimonio se considera un negocio jurídico formal o solemne, es decir, es de aquella clase negocios que deben celebrarse en una forma determinada, llamada forma *ad solemnitatem*, la cual es elemento esencial del mismo, de tal manera que si falta o se incumple, el negocio será nulo, o más bien inexistente. El CC español regula a este respecto una forma civil y otra religiosa (o mejor, según la forma que establezca cada una de las religiones admitidas por el Estado español).

Sin embargo en otros sistemas se admiten los llamados matrimonios informales o consensuales, donde la manifestación del consentimiento matrimonial nos e expresa ante una autoridad pública. Estos matrimonios son considerados válidos en España si se celebraron en un país donde se admita su validez, especialmente si los contrayentes tienen allí su residencia habitual (cf. Resolución de la DGRN de 2 de enero de 1998).

Fuera de estos supuestos la pueden darse cuatro supuestos diversos:

- Si el matrimonio se celebró en España y al menos uno de los contrayentes fuese español: Debe celebrarse en forma religiosa o

¹⁷ F. CALVO BABÍO. *Elemento extranjero en matrimonios entre homosexuales celebrados en España*. Iuris nº 99. Noviembre de 2005. p. 50.

- civil y deberá contar con una autoridad oficiante y dos testigos (de acuerdo con la forma prevista por la ley española como ley del lugar de celebración: Artículo 49 CC)
- Si el matrimonio se celebró en España y ambos contrayentes son extranjeros: Será válido si se celebró con arreglo a la ley personal de cualquiera de ellos o conforme a la ley española como ley del lugar de celebración. Asimismo se admite el matrimonio ante el Cónsul del Estado extranjero de la nacionalidad de cualquiera de los cónyuges.
 - Si el matrimonio se celebró en país extranjero cuando uno o ambos cónyuges ostentan la nacionalidad española: Pueden celebrarse conforme a la ley del país de celebración del matrimonio o conforme a la ley española. Pero si sólo uno de los cónyuges es español, no cabe optar por las formas previstas por la ley nacional del otro cónyuge, al menos que coincida con la ley del lugar de celebración.
 - Por último, si se trata de examinar la validez formal de los matrimonios entre extranjeros celebrados en el extranjero: Por vía de analogía, deben respetar la ley del país de celebración o la ley personal de cualquiera de ellos. Eso si, los funcionarios diplomáticos y consulares españoles acreditados en el extranjero no están habilitados para celebrar matrimonios cuando ninguno de los contrayentes tenga nacionalidad española.

Teniendo todo esto en cuenta, debemos preguntarnos nuevamente si con la reciente supresión de la necesidad de heterosexualidad de la capacidad nupcial es posible el matrimonio homosexual celebrado en España si uno o dos de los contrayentes residen habitualmente y/o son nacionales de países en los que no se permite o no se contempla este tipo de matrimonios. Siguiendo a A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ¹⁸, podemos señalar que han surgido varias posturas doctrinales en relación a este tema:

a.- *La llamada “Tesis negativa de la Ley nacional”*:

¹⁸ A-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. *Matrimonio entre personas del mismo sexo y Derecho internacional privado español*. La Ley. Año XXXVII. Número 6391. 2 de enero de 2006. Pp. 3 y ss.

Según esta primera postura doctrinal, los extranjeros nacionales de países en los que no se permita el matrimonio entre personas del mismo sexo, no podrán contraer este tipo de matrimonio en España.

Los argumentos en que se asienta esta doctrina son los siguientes:

1º.- Como se ha dejado mentado, la posibilidad de contraer matrimonio con persona del mismo sexo es una cuestión que afecta a la capacidad nupcial, y ésta, en relación con los extranjeros, se rige por su correspondiente Ley nacional (art. 9.1 CC), y si aquella Ley nacional del contrayente no permite que éste contraiga este tipo de matrimonios, aquel no será posible en España.

Esta tesis parte obviamente de la premisa de que la posibilidad de estos matrimonios debe ser “calificada” como una cuestión de capacidad, porque la calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la Ley española (artículo 12.1 CC) y en Derecho civil español la posibilidad de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo es una cuestión de capacidad.

2º.- La aplicación de una Ley extranjera que impide el matrimonio entre personas del mismo sexo no plantea ningún problema en relación con una posible violación del orden público español (art. 12.3 CC).

3º.- Se evita, con la negativa de su admisión, que España se convierta en un “paraíso matrimonial” para aquellas personas que no lo puedan realizar en su país porque se lo prohíben o no lo contemplan.

Pero cualquiera de estos tres argumentos deben ser rechazados y ello porque:

1º.- Parece aconsejable una intervención del orden público español para preservar el *ius connubii* tal y como aparece a día de hoy configurado en el Derecho Civil español. Recordemos que tras la promulgación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, el Derecho a contraer matrimonio se extiende a personas del mismo o distinto sexo, con plenitud e igualdad de derecho y obligaciones, sea cual sea su composición.

2º.- Porque la aceptación de esta tesis provocaría claramente situaciones discriminatorias. Véase por ejemplo, cuando un español desea contraer matrimonio con un extranjero nacional de uno de esos países que prohíben o no prevén el matrimonio homosexual. En estos casos, la Ley extranjera impediría la celebración de este matrimonio, resultando claramente discriminatorio para el contrayente español. Nuevamente dando entrada al orden público español pueden solucionarse situaciones tan claudicantes.

3º.- El argumento alegado por los defensores de esta tesis en torno a que nuestro país se convertiría en un “paraíso matrimonial” decae gracias a la propia regulación española de la institución. Debe recordarse a este fin que la mera voluntad de dos personas para contraer matrimonio en España no es suficiente, ya que el artículo 57 CC, tal y como viene siendo interpretado por la Dirección General de Registro y Notariado, exige una clara conexión del supuesto con España al requerir el domicilio en España de, al menos, uno de los contrayentes. Lo que elimina absolutamente la posibilidad del llamado “turismo matrimonial” hacia nuestro país.

4º.- Algunos autores, entre ellos J.M. ESPINAR VICENTE¹⁹, consideran el requisito de la heterosexualidad como ajeno a la capacidad nupcial. Este autor estima que el principio de la monogamia, la heterosexualidad y la exogamia se hayan reunidos *en torno al vértice piramidal del consentimiento* (y no de la capacidad). Si admitimos esta opinión toda la construcción de esta tesis se derrumbaría.

Por último, debe señalarse que los que apoyan esta tesis admiten sin embargo una excepción a la misma. Tal excepción se produciría utilizando la figura del “reenvío de retorno o de primer grado”, según la cual, si se considera el Derecho extranjero al que remite la norma de conflicto en su integridad (Derecho material y Derecho conflictual), éste podría a su vez remitir a la ley del foro. Así, si la Ley extranjera que niega la posibilidad del matrimonio homosexual remite a su vez a la Ley española, aquel resulta plenamente viable, pues la capacidad nupcial del extranjero quedaría, gracias al “reenvío de retorno”, regulada por el Derecho material español, que admite los matrimonios entre personas del mismo sexo.

b.- *La llamada “Tesis positiva pseudo-constitucional”*:

Según esta tesis, todo extranjero puede contraer matrimonio civil en España con persona del mismo sexo.

El argumento utilizado por los defensores de esta tesis es único. Se basan en que el artículo 13 de nuestra Carta Magna establece que los extranjeros gozarán en España de determinados derechos y libertades públicas, entre los que se encuentra el derecho a contraer matrimonio

¹⁹ J.M. ESPINAR VICENTE. *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*. Civitas 1996. pp. 27.

con personas del mismo sexo.

Este argumento cae por su propio peso: Si bien es cierto que el art. 13 CE 1978 contempla el “goce de derechos” por los extranjeros, no indica de qué derechos concretos disponen y por supuesto tampoco el régimen jurídico de tales derechos. Más bien lo contrario pues deja a la Ley y a los Tratados correspondientes su regulación.

c.- La llamada “*Tesis del orden público de proximidad*”:

Los autores que admiten esta tesis parten de que la cuestión de diversidad de sexos en el matrimonio es una cuestión de capacidad nupcial y, como tal, está regida por la Ley nacional de cada contrayente en el momento de celebración del matrimonio (art. 9.1 CC), pero añaden que debe rechazarse la aplicación en España de toda Ley extranjera que impida el matrimonio entre personas del mismo sexo, pues dicha aplicación resulta contraria al orden público español (art. 12.3 CC), pero sólo en el caso de que el supuesto esté “estrechamente vinculado con España”. Entonces se aplicaría la Ley material española, que sí permite este tipo de matrimonios.

Esta tesis del “orden público de proximidad” surgió en el siglo XIX en Alemania y Suiza, creada por F. KAHN²⁰ y luego seguida por autores como A. BUCHER, B. DUTOIT, I. FADLALLAH entre muchos otros. Todos ellos pretendían limitar el alcance del orden público internacional, proponiendo que sólo se emplease a supuestos no conectados con el país cuyos tribunales conocen del asunto, precisamente porque se presuponen no afectan, y por tanto, no interesan a aquel Estado.

Esta tesis es criticable por varios motivos, entre ellos:

1º.- El Derecho a contraer matrimonio por personas del mismo sexo en España se convertiría, como ha señalado H. MUIR WATT²¹, en un “Derecho fundamental de geometría variable”, lo cual implicaría que algunos ciudadanos disfrutarían de él y otros no. Así cuando al menos uno de los contrayentes tuviese contactos con España (por ejemplo, reside habitualmente en nuestro país), podrían contraer matrimonio homosexual aquí (aunque su ley nacional lo prohibiese, por la aplicación del orden público español), pero si tal contacto no existe, les quedaría abso-

²⁰ F. KAHN. “*Die Lehre von ordre public (Prohibitivgesetze)*”. Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichehn Rechts, 39, 1898. pp. 1-112.

²¹ H. MUIR-WATT. “*Les principes généraux en droit international privé français*”, JDI Clunet, 1997. Pp. 403-415.

lutamente prohibido. Llegarían por tanto a establecerse una doble categoría de ciudadanos: Los de primera clase, vinculados con España y por tanto con pleno Derecho al *ius connubii*, y los de segunda clase, no vinculados y en consecuencia, sin posibilidad de contraer matrimonio con persona del mismo sexo. La existencia de “sujetos de doble condición”, como los denomina P.HAMMJE²², resulta inadmisibile, sobre todo si se tiene en cuenta que se realiza la distinción en base a la posibilidad de disfrutar o no de un derecho fundamental como es el *Ius Connubii*.

2º.- Como correctamente señala J. CARRASCOSA GONZÁLEZ²³, la distinción entre “casos estrechamente vinculados con España” y “casos alejados de la esfera española” es una distinción falsa. Es obvio que es necesario el respecto al principio de proximidad que garantice que nuestros Tribunales van a conocer de casos en que existan vinculaciones significativas del supuesto con el foro. J. C. FERNÁNDEZ ROZAS²⁴ señala que “*es un principio recogido por nuestra jurisprudencia y que se ampara en la propia inspiración de las normas de competencia judicial internacional contenidas en la LOPJ*”. Por tanto, si las autoridades españolas son competentes para autorizar y celebrar el matrimonio entre personas del mismo sexo es porque el supuesto ya está vinculado con España, no pudiéndose por tanto producirse las dos opciones de las que parten los defensores de esta tesis: Matrimonios vinculados y no vinculados con España.

3º.- El legislador español no recogió la distinción entre posibles matrimonios entre personas del mismo sexo vinculados con nuestro país y personas no vinculadas. En consecuencia, ha sido la doctrina la que ha ido realizando, más bien con supuestos de laboratorio, tal diferenciación. Así:

- Algunos autores han señalado que para que existan vinculación suficiente con España, los sujetos que van a contraer matrimonio homosexual deben estar ambos domiciliados en España. Parece a todas luces excesivo.

²² P. HAMMJE, “*Droit fondamentaux et ordre public*”, RCDIP, 1997. Pp. 1 - 31.

²³ A-L CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GÓNZALEZ. “*El matrimonio entre personas del mismo sexo y Derecho Internacional Privado Español*”. Diario La Ley. Año XXVII. Número 6391. 2 de enero de 2006.

²⁴ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS. *Derecho Internacional Privado*. Edición Segunda. Civitas 2001. Pp. 137.

- Otros opinan que tal vinculación existe cuando al menos uno de los contrayentes ostenta la nacionalidad española.
- Por último, la mayoría de autores exigen para considerar que sí existe vinculación con nuestro país cuando uno de los contrayentes al menos tiene la residencia habitual en España.

De estas tres posturas la más razonable parece ser la última, pero es también absurda si se tiene en cuenta que el propio artículo 57 del CC exige la residencia habitual en España de al menos un contrayente para que el matrimonio se pueda celebrar aquí.

En conclusión, visto el artículo 57 CC, no se pueden celebrar en nuestro país matrimonios no conectados con el mismo, por lo que la base de esta teoría (distinción entre matrimonios vinculados o no vinculados) queda sin fundamento alguno.

d.- La llamada “Tesis anti-bloqueo o tesis belga”:

Esta tesis parte de la misma premisa que la que le antecede: la posibilidad de contraer matrimonio con persona del mismo sexo es una cuestión que afecta a la capacidad nupcial y ésta queda regulada por la Ley nacional de cada contrayente al momento de la celebración del matrimonio, a tenor del artículo 9.1 del CC.

Hecho lo cual pasa a examinar un supuesto concreto: Posibilidad de celebración de un matrimonio entre personas del mismo sexo cuando uno de los contrayentes es nacional de un país en el que está prohibida la celebración de tales matrimonios o no está admitido expresamente y el otro cónyuge es nacional de un país que sí lo admite.

La solución general que se ofrece para estos casos es que el matrimonio no sería posible debido a que los impedimentos matrimoniales han venido siendo considerados tradicionalmente como requisitos bilaterales, es decir, se exige en ambos cónyuges la capacidad nupcial y si uno no la tiene por concurrir en él un impedimento matrimonial, el vínculo no sería posible.

Esta solución obviamente supone la aplicación de la Ley nacional más restrictiva, aunque sea sólo respecto a un cónyuge pero es que la consecuencia siempre es la misma: imposibilidad de celebración del matrimonio.

Pues bien, los defensores de esta tesis critican abiertamente esta solución porque claramente vulnera el derecho a contraer este tipo de matrimonios por el cónyuge que se ve amparado para ello por su Ley

nacional. Éste sufre una evidente discriminación, al quedar bloqueada la celebración del matrimonio aplicando su Ley nacional por la aplicación de la del otro cónyuge.

Para evitar este bloqueo, estos autores propugnan la no aplicación de la Ley nacional del cónyuge que impide el matrimonio, siempre que el otro contrayente sea nacional o tenga residencia habitual en un país por el que sus leyes sí lo permitan.

Esto supone hacer prevalecer el Derecho estatal que permita el matrimonio entre personas del mismo sexo sobre el que no lo permite, lo que exige un examen previo de los Derechos aplicables y, en función de su contenido, aceptar uno u otro. Se trata de buscar lo que J.C. FERNÁNDEZ ROZAS²⁵ denomina, la “justicia material o justicia del resultado” que debe ser un “*objetivo de las normas de Derecho aplicable, particularmente explícito en las normas materiales, pero igualmente consustancial a las normas de conflicto, en especial cuando el proceso de localización se orienta directamente a la consecución de un resultado determinado*”.

A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ²⁶ hablan de que con esta solución “*nace, pues, un nuevo “punto de conexión” materialmente orientado que conduce a la Ley del país de la nacionalidad o residencia habitual de cualquiera de los cónyuges si dicha Ley permite el matrimonio entre personas del mismo sexo (la aplicación de uno u otro Derecho estatal se hace depender del “contenido material” de tal Derecho)*”.

Esta tesis ha sido expresamente recogida por el artículo 46 de la Ley belga de 16 de julio de 2004 (Código de Derecho internacional privado). En él se recoge que en el caso de matrimonios entre personas del mismo sexo, en los que se debe aplicar de modo distributivo las Leyes nacionales a las respectivas capacidades matrimoniales de los contrayentes, si están no coinciden en la solución, se debe dar preferencia a la Ley más favorable al matrimonio y dejar sin aplicar la más restrictiva. Se recoge con ello el principio “*Favor matrimonii*”, potenciando el “*ius connubii*”.

²⁵ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS. *Derecho Internacional Privado*. Edición Segunda. Civitas 2001. Pp. 193.

²⁶ A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. *El matrimonio entre personas del mismo sexo y Derecho internacional privado español*. Diario La Ley. Año XXVII. Número 6391. 2 de enero de 2006.

Pero esta misma Ley belga de Derecho internacional privado establece un límite para evitar que su país se convierta en un destino turístico matrimonial. Su artículo 44 exige que para poder celebrar el matrimonio en Bélgica al menos uno de los contrayentes sea belga o esté domiciliado en Bélgica o lleve residiendo en Bélgica al menos tres meses.

El examen de esta tesis permite afirmar que existen argumentos a su favor pero también en contra:

- A su favor está el hecho de que con su aplicación se llega a posibilitar la celebración de matrimonios en España entre personas del mismo sexo, que es lo que en definitiva se pretendía con la reciente reforma del CC. Se adaptaría la situación a nuestros principios constitucionales, potenciando el Derecho a contraer matrimonio tal y como se concibe en la actualidad por el Estado español.
- En contra nos encontramos con nuestra propia regulación positiva que ordena claramente a las autoridades españolas la aplicación de las normas de conflicto de oficio (artículo 12.6 del CC), lo cual conllevaría irrevocablemente a la aplicación del artículo 9.1 del CC y, en consecuencia, a las Leyes nacionales a las que remite con carácter imperativo (ésta es la línea jurisprudencialmente seguida. Véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1969 “V.I. Rutanen c. L. Bayer de Rutanen”). Además el legislador español a la hora de elaborar la recientemente estrenada Ley 13/2005 y modificar con ello nuestro Código Civil guardo silencio sobre esta cuestión, aún pudiendo haber asumido esta tesis como ya así se hiciera primeramente por el legislador belga. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GÓNZALEZ²⁷ hablan sin embargo de que esta tesis podría ser fácilmente asumible por vía judicial, siempre que fuese un desarrollo “razonado y constitucionalmente orientado”.

e.- La llamada “Tesis del orden público internacional absoluto”:

Nuevamente se arrancan de las mismas premisas que las dos tesis anteriores: la posibilidad de contraer matrimonio entre personas del

²⁷ A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. *El matrimonio entre personas del mismo sexo y Derecho internacional privado español*. Diario La Ley. Año XXVII. Número 6391. 2 de enero de 2006.

mismo sexo es una cuestión que afecta a la capacidad nupcial y ésta se rige, por analogía con la capacidad en general, por la Ley nacional de cada contrayente, tal y como establece el artículo 9.1 de nuestro Código civil.

Sin embargo después de admitir tales premisas, esta tesis defiende la idea de que no puede aplicarse de manera alguna toda Ley extranjera que no admita este tipo de matrimonios, y la razón que aducen es que ello violaría el denominado “orden público internacional español”.

El orden público puede ser definido, siguiendo a J. C. FERNÁNDEZ ROZAS²⁸, como “*el conjunto de principios que inspiran un ordenamiento jurídico y que reflejan los valores esenciales de una sociedad en un momento dado*”. Este correctivo a la ley reclamada por la norma de conflicto viene expresamente recogido en el artículo 12.3 del CC (“*en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público*”). Y en estos casos la solución vendría dada con la no aplicación de la Ley extranjera en favor de la española (lex fori), consiguiendo con ello permitir la celebración de matrimonios entre personas del mismo sexo.

Los argumentos más relevantes a favor de esta tesis serían:

1º.- Tal y como señala J.C. FERNÁNDEZ ROZAS²⁹, “*los principios y valores esenciales que integran el concepto de orden público encuentran su origen, en primer término, en el Derecho estatal, y, dentro de éste, en el Derecho constitucional. La Constitución, como norma fundamental del Estado, constituye la referencia básica a la que debe ajustarse el Derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto*”. Teniendo esto en cuenta, y siguiendo al propio legislador, como indica en la Exposición de Motivos de la nueva ley 13/2005, de 1 de julio, el matrimonio entre personas del mismo sexo fomenta la promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos en libre desarrollo de su personalidad (art. 9.2 y 10.1 CE 1978), la preservación de la libertad en los que a las formas de convivencia se refiere (art. 1.1 CE 1978) y la instauración de un marco de igualdad real en el disfrute de los derechos sin discriminación alguna por razón de sexo, opinión o cualquier otra condi-

²⁸ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS. *Derecho Internacional Privado*. Edición Segunda. Civitas 2001. Pp. 193.

²⁹ Véase anterior nota.

ción personal o social (art. 14 CE). Todos estos principios constitucionales, que en definitiva protegen el *ius connubii*, deben ser respetados y defendidos por cualquier autoridad española, aunque ello suponga discriminar la Ley extranjera reclamada por la norma de conflicto a favor de la española más favorable.

Esta postura ha sido la adoptada en Bélgica por su Ministerio de Justicia (Circular del Ministerio de Justicia de 23 de enero de 2004 relativa a ciertos aspectos de Derecho internacional privado de la Ley de 13 de febrero de 2003 que introdujo el matrimonio entre personas del mismo sexo, Ley que abordaba problemas de Derecho internacional privado antes de la actual Ley-Código de Derecho internacional privado de 16 de julio de 2004. Esta Circular señala expresamente que la Ley extranjera que impida el matrimonio entre personas del mismo sexo es discriminatoria y vulnera el orden público internacional belga).

2º.- El problema que planteaba la anterior “tesis del orden público de proximidad” que claramente conllevaba, como se dejó expuesto, una distinción entre ciudadanos de primera y segunda clase, quedaría eliminado. Aunque el planteamiento alegado por los defensores de la misma ya era erróneo al partir de la inexistente posibilidad de que una autoridad española pueda conocer de un supuesto no conectado suficientemente con nuestro país (caso totalmente absurdo, si se tiene en cuenta el mandato del artículo 57 del CC que lo descarta)³⁰.

3º.- Es obvio que esta tesis resulta más acorde con nuestra actual tendencia legislativa a la equiparación de derechos y obligaciones de los matrimonios entre personas del mismo o distinto sexo y con los textos internacionales más actuales que regular los derechos humanos, entre ellos el *ius connubii*.

Los detractores de esta tesis también han intentado alegar argumentos en su contra; el más importante sin duda es que creará “matrimonios del mismo sexo claudicantes”, es decir, que siendo válidos en nuestro país, no lo serán en el país de origen de los contrayentes. Pero este argumento resulta inútil:

- Porque como reiteradamente se ha dicho, no es posible instruir expediente matrimonial en España si al menos uno de los contrayentes no tiene su domicilio aquí (artículo 238 RRC), ni es

³⁰ Véase Consulta DGRN de 23 de diciembre de 2004.

posible la celebración del posterior matrimonio si no se cumple el referido requisito (domicilio de uno de los contrayentes en España) (art. 57 CC).

- Porque, si cumpliendo el requisito precedente, los contrayentes residen habitualmente en España, el hecho de que su matrimonio sea nulo en su país seguramente es una cuestión sin la menor importancia, sobre todo si tenemos en cuenta que probablemente van a convivir posteriormente en nuestro país, y con ello todos los efectos de su matrimonio se van a producir en España.
- Porque el contrayente extranjero es consciente de que ese matrimonio celebrado en España no será válido en el país del que es nacional, problema que asume y acepta voluntariamente.
- Porque la autoridad española ante la que se celebra el matrimonio entre personas del mismo sexo se debe preocupar de que el mismo no viole nuestro orden público internacional pero no el de los demás países. Cada Estado se ocupará de determinar que resoluciones extranjeras violan o no “su” orden público y, en función de ello, darles o no efectos dentro de su territorio. Un país no puede “vigilar” el orden público de los demás países, deviene de la consustancial característica del orden público que la doctrina denomina “particularismo o territorialidad”, es decir, el rechazo del Derecho extranjero se produce como resultado de su contrariedad con el orden público del foro. Esta idea lleva años plenamente en vigor entre nuestra doctrina científica y jurisprudencial. Así se acepta que un extranjero pueda obtener el divorcio en España y por tanto pueda volver a contraer nuevo matrimonio aquí, aunque la sentencia española de divorcio no haya sido reconocida o no pueda serlo en el país del que es nacional el sujeto (P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS ³¹) e incluso si la nacionalidad del sujeto no admite el divorcio (J.D. GONZÁLEZ CAMPOS / P. ABARCA JUNCO ³²).

³¹ P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS. “*La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en el DIPr: Español*”. Editorial Aranzadi. Pamplona. Pp. 119-139.

³² J.D. GONZÁLEZ CAMPOS / P. ABARCA JUNCO. “*Comentario al art. 107 del Código Civil*”, en Comentarios al nuevo título IV del Libro I del Código civil. Matrimonio y divorcio. Madrid 1982. Pp. 907-931 y 2ª ed. 1994, Pp. 1331-1338.

- Porque, si bien es cierto que existen impedimentos reconocidos legalmente que pretenden proteger a los futuros contrayentes (por ejemplo el impedimento de edad, que protege a los menores que por su falta de discernimiento no sean plenamente conscientes de los efectos de un matrimonio), el impedir matrimonios entre personas del mismo sexo lo único que protege es una postura tradicional en defensa únicamente de los matrimonios heterosexuales tal y como siempre se concibieron, obviando las nuevas tendencias sociales que admiten cualquier tipo de convivencia en pareja. Así si un matrimonio se va a celebrar en España y sobre todo si va a producir sus efectos en España, interesa únicamente a la sociedad española que lo va a recibir, y si nuestra sociedad lo admite como posible y el legislador así lo ha previsto, no se entiende que importancia puede tener para nosotros que en otro país no sea considerado válido. Además si el nuevo matrimonio homosexual va a residir habitualmente en España para nada afecta ni perjudica al Estado que no lo admite y del que es nacional uno de los cónyuges.
- Porque además el país que no admite este matrimonio celebrado en España entre personas del mismo sexo, siendo uno de los contrayentes nacional del mismo, puede sin embargo reconocerle determinados efectos. Así ocurre, por ejemplo, con los matrimonios poligámicos celebrados en países que los admiten, que son considerados existentes y válidos en Europa a determinados efectos legales (sucesiones, alimentos, ...).

f.- La llamada “tesis positiva por la calificación”:

Esta tesis sí plantea, desde el inicio de su formulación, un cambio importante y novedoso: La diferencia de sexo entre los contrayentes no debe calificarse como una cuestión relativa a la capacidad nupcial, sino que debe calificarse como un “requisito objetivo de la institución matrimonial”.

Obviamente esta afirmación cambia la perspectiva del problema: si ya no es una cuestión de “capacidad” no resulta de aplicación el artículo 9.1 de nuestro Código civil, ni, por ende, de la problemática aplicación de la Ley nacional de los contrayentes.

Los argumentos a favor de esta tesis son los siguientes:

1º.- El legislador español no contempla como causa de incapacidad nupcial que el matrimonio se celebre entre personas del mismo sexo

(art. 46 y 47 CC). Por tanto, que hasta ahora se viniesen celebrando matrimonios entre personas de distinto sexo podría ser considerado como una característica misma del matrimonio como “institución jurídica”, consustancial al mismo (no como un requisito de capacidad, al que le sea aplicable el art. 9.1 CC).

2º.- La característica señalada de la distinción de sexos era claramente para defender un concepto de matrimonio hoy caduco, tras la promulgación de la Ley 13/2005.

3º.- Pero con estas afirmaciones surge un problema derivado: si este “requisito” no está relacionado con la capacidad, y por tanto no se le puede aplicar la Ley nacional del contrayente vía artículo 9.1 del CC, queda el resolver cuál es entonces su régimen jurídico, es decir, cuál es la Ley aplicable a este requisito objetivo de la institución matrimonial.

Al no existir norma de conflicto específica en DIPr. para resolver esta cuestión, han surgido dos posiciones doctrinales:

- Aplicar la ley material española: Protegiendo con ello el ius conubii, la validez del matrimonio y el libre desarrollo de la personalidad, además de muchos otros principios (libertad, igualdad,...), todos ellos de rango constitucional. Además la aplicación de la ley material española implica aplicar la Ley de la residencia habitual de al menos uno de los cónyuges (recordar que para que un matrimonio se pueda celebrar en España es necesario que al menos uno de los contrayentes resida habitualmente en nuestro país), y es el criterio más seguido por las Leyes autonómicas españolas reguladoras de las “parejas de hecho”, criterio aplicable por analogía a los matrimonios entre personas del mismo sexo.
- Utilizar el denominado “principio de proximidad” para resolver esta cuestión, lo que conllevaría aplicar la Ley del país más estrechamente vinculado a la situación, que normalmente será la española (país donde se va a celebrar el matrimonio y donde uno de los contrayentes tiene su residencia habitual, y además la autoridad celebrante será española), con lo cual esta solución no difiere de la primeramente propuesta (si en su formulación pero no en su consecuencia).

Las consecuencias de esta tesis serán por tanto:

1ª.- Cualquier persona, español o extranjero, puede contraer matrimonio con persona del mismo sexo en España si las autoridades espa-

ñolas son competentes para autorizar y celebrar el matrimonio, pues si el único obstáculo para su celebración fuese la identidad de sexo, éste, al registrarse por el Derecho español, sería posible.

2ª.- Siguiendo esta tesis, no tendría incidencia alguna la Ley nacional de los contrayentes, evitando todos los problemas que ello provoca; entre ellos, una posible incidencia del orden público internacional español (art. 12.3 CC), sea entendido éste de manera “relativa” (tesis del orden público de proximidad) o “absoluta” (tesis del orden público absoluto).

3ª.- Es cierto que, siguiendo esta tesis, no se va a evitar el hecho de que ese matrimonio carezca de efectos o los tenga pero reducidos, en los países de los que son nacionales los contrayentes y cuya Ley nacional no admite matrimonios entre personas del mismo sexo (apreciando una violación de “su orden público internacional” o aplicando un rígido control de ley aplicada). Pero como ya se dejó expuesto, esta situación normalmente será asumida por los contrayentes, a los que, a efectos prácticos, si van a fijar su vida en común en nuestro país, les va a importar bien poco.

En conclusión de las seis tesis descritas, puede afirmarse que las tres primeras (“tesis negativa de la Ley nacional”, “tesis positiva pseudo-constitucional” y “tesis del orden público de proximidad”) deben ser rechazadas. No tienen cabida alguna en el DIPr. español.

Sin embargo las tres últimas (“tesis anti-bloqueo” o “tesis belga”, “tesis del orden público internacional absoluto” y “tesis positiva para la calificación”) son perfectamente aceptables y encuadrables en el DIPr. español vigente (La Resolución-Circular de la Dirección General de los Registros y Notariado de 29 de julio de 2005. BOE núm. 188 de 8 de agosto de 2005, que más adelante será objeto de estudio, así lo señala).

Pero ¿cuál han sido en la práctica las tesis que se han utilizado?:

Para dar respuesta a esta cuestión es necesario recordar que el supuesto analizado (matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en España cuando la Ley nacional de uno de los contrayentes no admite los matrimonios de esta clase), no es de laboratorio y ha ocasionado, en un escaso periodo de tiempo, diversidad de soluciones. Recordemos, entre otros casos:

a.- El caso de un matrimonio entre un español con un transexual costarricense cuya Ley nacional, aplicable a la capacidad nupcial, no

permitía contraer matrimonio a dos personas del mismo sexo biológico. En este supuesto, fue la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (3ª.) de 24 de enero de 2005 (BIMJ, nº. 1998, Pp. 2041-2046) la que lo autorizó señalando que *“la capacidad nupcial de un transexual extranjero que ha obtenido sentencia judicial firme de cambio de sexo dictada por tribunal español, se rige por la Ley española cuando su ley personal no reconoce en ningún caso el cambio de sexo.*

...Siendo esto así y si, como se ha apuntado, la sentencia de cambio de sexo no contiene en el supuesto una declaración sobre la falta de capacidad matrimonial, no hay realmente obstáculos legales que impidan al transexual contraer matrimonio con persona perteneciente en realidad a otro sexo, aunque coincidan los sexos biológico-genéticos o cromosómico invariables en ambos contrayentes.

...Cuando la ley extranjera, como es el caso de la Ley costarricense, no admite el cambio de sexo en ningún caso, dicha ley no debe ser aplicada por los tribunales españoles (art. 12.3 CC), que en su lugar han de aplicar la ley española. Esta tesis viene reforzada por la más reciente jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos, en particular en función de la interpretación dada por el Tribunal europeo de Derechos Humanos, de los artículos 8 a 12 del Convenio Europeo de Derechos del Hombre de 4 de noviembre de 1950, en su Sentencia de 11 de julio de 2002”.

b.- Que el 5 de julio de 2005, el Juzgado de Canet de Mar (Barcelona) se niega a casar a dos hombre uno de nacionalidad española, Enrique Baucells, y otro de nacionalidad india, V.D., porque la ley nacional de este último, aplicable según el juez a la capacidad nupcial (art. 9.1 CC), no permite los matrimonios entre personas del mismo sexo. Realmente en la India no sólo no están autorizados este tipo de matrimonios sino que además la homosexualidad está perseguida y penada.

Enrique Baucells y su pareja recurrieron, ante la Dirección General de los Registros y Notariado la providencia judicial del juez de paz de Canet de Mar que les exigía un informe del consulado de la India sobre si en ese país están autorizados o no los matrimonios homosexuales. Fueron la primera pareja que denunció una interpretación restrictiva del Código Civil a la hora de permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo si uno de ellos era extranjero.

Su denuncia provocó una gran controversia judicial que conllevo que el 6 de julio de 2005, el Tribunal de Justicia de Cataluña, en una nota de prensa, apoyará la decisión del Juzgado de Canet de Mar y avallase su negativa a la celebración del matrimonio por falta de capacidad nupcial en uno de los contrayentes (*El País*, 7 de julio de 2005, p. 34).

c.- Que el 22 de julio de 2005, el juez encargado del Registro de Mollet del Vallés (Barcelona) celebra un matrimonio entre dos mujeres, una de las cuales es argentina, a pesar de que su ley personal exige la heterosexualidad en el matrimonio (*ABC*, 23 de julio de 2005, p. 45).

El argumento que utiliza el encargado del Registro es el de la necesidad de que prevalezca en este caso la ley española sobre la extranjera aplicable para salvaguardar el *ius nubendi* o derecho a contraer matrimonio. Dicho argumento es similar al que ya empleara la Dirección General de los Registros y Notariado en su resolución de 24 de enero de 2005, arriba referida.

d.- La situación creada en la Comunidad catalana desemboca en la emisión por el fiscal jefe de Cataluña de una instrucción a todos los fiscales de Cataluña donde les ordena que no se opongan a los matrimonios entre homosexuales cuando uno de los contrayentes sea extranjero. En dicha instrucción se indica que, en estos casos, debe prevalecer la Ley española porque “*a partir del 1 de julio es un principio básico e irrenunciable en nuestro Derecho la posibilidad de contraer matrimonio de las personas del mismo sexo, y ello con independencia del eventual y previsible efecto nulo de ese matrimonio en el país del contrayente que no lo admita*” (*La Vanguardia* de 23 de julio de 2005, p. 32).

La Fiscalía del Tribunal Supremo emite, posteriormente, un informe en el que respalda el criterio del fiscal jefe de Cataluña.

Por todos estos casos y otros similares que han surgido rápidamente tras la entrada en vigor de la nueva Ley 13/2005, y ante la inseguridad que producía la posibilidad o no de que se contrajesen en España este tipo de matrimonios, la Dirección General de los Registros emitió una Resolución-Circular de 29 de julio de 2005, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo (BOE nº 188 de 8 de agosto de 2005) en la que resuelve las dudas que se han suscitado en esta cuestión y aborda el problema desde toda su casuística y consideraciones, ofreciendo soluciones a los problemas ya planteados y anticipando, de antemano, las cuestiones controvertidas que pudiesen surgir.

En esta Resolución Circular, la DGRN se decanta claramente a favor de aplicar la ley española a la capacidad del extranjero, si su Ley nacional prohíbe o no reconoce expresamente la posibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo.

Variados son los argumentos empleados en dicha Resolución Circular avalando tal solución, y tales argumentos derivan claramente, como ya se dejó expuesto, de la asunción de las tres últimas tesis arriba reseñadas:

1º.- En el punto V de la Resolución Circular examinada, ésta realiza un estudio pormenorizado de si la consecuencia de considerar un matrimonio homosexual nulo por culpa de la aplicación de la Ley nacional extranjera de uno de los contrayentes que directamente los prohíbe, es o no compatible con el orden público internacional español.

Debe recordarse en este momento que en el momento de dictarse la referida Resolución Circular, la Directora General de los Registros y del Notariado era la profesora Dra. Dña. Pilar BLANCO MORALES LIMONES, catedrática de Derecho internacional privado, y por tanto, completa conocedora del mismo. Por ello es del todo normal que se recuerde en la Resolución Circular que *“la aplicación de la Ley extranjera puede y debe ser rechazada cuando su aplicación resulte contraria al orden público español”*, es decir, cuando exista *“una vulneración de los principios esenciales, básicos e irrenunciables del Derecho español”*, y es la propia Resolución Circular la que da la solución en estos casos: *“dicha Ley no debe ser aplicada por los Tribunales españoles (art. 12.3 CC), que en su lugar han de aplicar la Ley española, como “lex fori”*”.

Y aunque se habla en la propia Resolución Circular del *“carácter restrictivo del orden público internacional”*, a renglón seguido también se enumeran varios supuestos en que se dejó de aplicar la Ley extranjera alegando precisamente la excepción de orden público (por ejemplo: Leyes extranjeras que admitían los matrimonios poligámicos, no reconociendo capacidad nupcial a las personas ya ligadas por anterior matrimonio no disuelto (crf. Resoluciones de 14 de diciembre de 2000 y 4-7ª de diciembre de 2002) o Leyes extranjeras que admiten el matrimonio entre niños, es decir, respecto de menores que no hayan alcanzado la edad a partir de la cual el impedimento de edad es dispensable (vid. “a sensu contrario” Resolución de 15-3ª de junio de 2004).

Al final de esta alegación, además se refuerza la solución de la aplicación de la Ley española al indicar que *“el Encargado del Registro Civil español no debe operar, desde el punto de vista de las funciones que tiene atribuidas, como “guardián” del sistema legal extranjero por lo que no debe negar la posibilidad de contraer matrimonio en España a personas del mismo sexo por la sola razón de que en el país del que son nacionales los cónyuges, dicho matrimonio no producirá efectos. Son las autoridades extranjeras las que deben decidir si el matrimonio contraído en España entre personas del mismo sexo surte efectos en tal país extranjero o no los surte por resultar contrario a su orden público internacional”*.

2º.- La defensa de la aplicación de la Ley española en esta Resolución Circular también está basada en nuestros principios constitucionales, pero de una manera muy peculiar:

En primer lugar, indica que el Tribunal Constitucional, en Auto 222/1994, de 11 de julio, señaló expresamente que la unión matrimonial entre personas del mismo sexo biológico no es una institución respecto de la que exista un derecho constitucional a su establecimiento (a diferencia del matrimonio entre hombre y mujer, que sí es un derecho constitucional: STC 184/1990). Se trata, como reconoce la Resolución Circular, *“de una institución que se fundamenta en los valores constitucionales de la igualdad efectiva de los ciudadanos, en el libre desarrollo de su personalidad (artículos 9.2 y 10.1 de la Constitución) y en el principio de no discriminación por razón de sexo, opinión o cualquier otra condición personal o social (artículo 14 de la Constitución)”*. En apoyo de esta postura, se menciona también la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos (sentencias de 17 de octubre de 1986 y 27 de septiembre de 1990) que declaran que *“no permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo no implica violación del artículo 12 del Convenio de Roma, por entender que la regulación y garantía del “ius nubendii” entre personas del mismo sexo queda remitida a la facultad que tienen los Estados contratantes de regular mediante Leyes el ejercicio del derecho de casarse”*.

Pero en base a los principios antes mencionados (fundamentalmente en el principio de libre desarrollo de la personalidad reconocido en el artículo 10.1 de la Constitución y el principio de no discrimina-

ción del artículo 14), unido al hecho, como señala F. CALVO BABÍO³³, de que “*el legislador español haya regulado mediante la Ley 13/2005 el ius connubii de forma tal que acoge en el misma la posibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, provoca que éste sea amparado ahora mismo en España como el derecho fundamental al ius nubendii protegido por la Constitución española (art. 32), puesto en conexión con la extensión de la prohibición de toda discriminación a las ejercidas por razón de “orientación sexual”, acogida novedosamente por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000 en su artículo 21 como categoría autónoma y distinta de la prohibición de discriminación por razón de sexo*”, conlleva que se aplique la Ley española, como preferencia a la Ley extranjera que los prohíba.

En segundo lugar, en el exponen VI, señala la Resolución Circular que, en el tema de la igualdad en el ejercicio de derechos entre españoles y extranjeros en nuestro país, la jurisprudencia constitucional ha hecho depender semejante igualdad del derecho que se viese afectado. Así distingue entre derechos que corresponden por igual españoles y extranjeros, otros que en ningún caso pertenecen a los extranjeros (cfr. Art. 23 CE) y finalmente otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo que dispongan los Tratados y Leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio. Y ha sido el propio Tribunal Constitucional, en su auto 222/1994, de 11 de julio, ya mentado, el que ha señalado que a esta tercera categoría se asimila el derecho al matrimonio. Por ello, indica la Resolución Circular, “*no se puede sostener la tesis de una inconstitucionalidad sobrevenida y parcial del art. 9.1 del CC por atentar contra el principio constitucional de igualdad al determinar un trato distinto para los españoles y los extranjeros en función de la utilización del criterio de conexión “estatuto personal”*”.

3º.- En el exponente VII, adoptando la novedosa “*tesis positiva por la calificación*”, examina la cuestión de la calificación que merece el requisito de la diversidad de sexo a la hora de contraer matrimonio.

³³ F. CALVO BABÍO. *Elemento extranjero en matrimonios entre homosexuales celebrados en España*. Iuris nº 99. Noviembre de 2005. p. 50.

Primeramente se indica en la Resolución Circular, que la calificación se ha de realizar con arreglo a la Ley española (art. 12.1 del CC) y que, aunque los artículos 46 y 47 del mismo texto legal recogen los impedimentos existentes, en ninguno de ellos se menciona la identidad de sexo como uno de aquellos. También se señala que doctrinalmente se venía separando el requisito de la heterosexualidad como diferenciado de los impedimentos matrimoniales (así se dejó expuesto. Véase nota 11), considerándolo como un elemento estructural a la propia institución, y no como un requisito subjetivo de capacidad de sus miembros.

Así considerado, como un requisito específico del matrimonio, la cuestión surge entonces en torno a determinar cuál será su régimen jurídico, es decir, la Ley por la que se rige. Al no existir regulación concreta en nuestro Derecho conflictual sobre este tema y para cubrir la laguna legal existente, la Resolución Circular propone la aplicación de la ley material española, señalando varios argumentos para ello (entre otros, la proximidad “forum-ius” o el principio general de nuestro Derecho civil del “favor matrimonii”).

4º.- La consideración de que fue ésta la solución adoptada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo durante los años de vigencia de la Ley del divorcio de 2 de marzo de 1932 para permitir el divorcio de españoles casados con extranjeros nacionales de países que no reconocían en la época esta institución (SSTS de 27 de enero de 1933, 10 de julio de 1934 y 4 de diciembre de 1935), también apoya la aplicación preferente de la Ley española sobre la extranjera de la nacionalidad del contrayente.

5º.- Por último, la DGRN expresa igualmente en la Resolución Circular citada, que no se puede restringir este tipo de matrimonios amparándose en el temor a que España se convierta en un destino de “turismo matrimonialista” por conveniencia, a semejanza de lo que ocurre, por ejemplo, en Las Vegas (EEUU). Dicho temor es infundado, puesto que, según ya había expresado con anterioridad la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de agosto de 1992, dos extranjeros pueden contraer matrimonio en España con la ineludible condición de que el menos uno de los contrayentes tenga su residencia habitual en territorio español.

Por tanto, concluye la Resolución Circular, “*el matrimonio celebrado entre español y extranjero o entre extranjeros residentes en*

España del mismo sexo será válido, por aplicación de la ley material española, aunque la legislación nacional del extranjero no permita o no reconozca la validez de tales matrimonios”.

Finalizado el estudio pormenorizado del supuesto de matrimonios entre español y extranjero del mismo sexo en los que, en aplicación del art. 9.1 CC a la capacidad de los contrayentes, la Ley material extranjera reclamada no admita esta clase de matrimonios, nos encontramos con otros tres supuestos de matrimonios celebrados en España aunque en situaciones diferenciadas:

a.- Matrimonio celebrado en España entre contrayente español y contrayente extranjero cuando su nacionalidad sea la de un país cuya legislación permita el matrimonio entre personas del mismo sexo (en Europa, Holanda y Bélgica): Realmente no la cuestión no plantea ningún problema. Sería plenamente válido a los efectos del Ordenamiento jurídico español.

b.- Matrimonio celebrado en España entre contrayente español y contrayente extranjero cuando la Ley extranjera a la que remite el art. 9.1 del CC no permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, pero consultando la norma de conflicto extranjera, es decir, considerando el Derecho extranjero en su integridad (Derecho material y Derecho conflictual), ésta remite a otra ley, que sí lo permiten.

Aquí pueden producirse dos supuestos:

- Esa norma de conflicto extranjera remite a la Ley del foro (reenvío de retorno o de primer grado, regulado en el artículo 12.2 del CC), en este caso a la española; que sí permite el matrimonio entre personas del mismo sexo y, en consecuencia, éste sería absolutamente válido a efectos del Ordenamiento jurídico español.
- Este fenómeno se produce porque las normas de conflicto de los distintos ordenamientos utilizan puntos de conexión distintos (por ejemplo, Inglaterra, Gales y Escocia, emplean, en materia de capacidad nupcial, el domicilio de los contrayentes, estos bien pueden hallarse domiciliados en España. Otro ejemplo sería Suiza, Australia o Islandia que emplean el punto de conexión del lugar de celebración del matrimonio y, si éste tiene lugar en España, se producirá el reenvío de retorno con las consecuencias anteriormente descritas).

- La norma de conflicto puede también remitir a una tercera ley (reenvío de segundo grado), y esa Ley es la de uno de aquellos países cuyas legislaciones también permiten el matrimonio entre personas del mismo sexo. Y aunque con carácter general nuestro sistema no admite este tipo de reenvío (a sensu contrario artículo 12.2 del CC), debe exceptuarse en estos supuestos, si tenemos en cuenta el principio “favor matrimonii” y que aquellas Ley extranjera otorga la misma solución que la nuestra, otorgando validez a esta clase de matrimonios.

c.- Matrimonios entre personas del mismo sexo en que uno o los dos contrayentes sean “españoles plurinacionales”, es decir, posean la nacionalidad española, que sí permite este tipo de matrimonios, y otra u otras nacionalidades, que no lo permiten.

En estos casos, salvo disposición en contra prevista en Tratado Internacional, ha de prevalecer la nacionalidad española (art. 9.9 CC) y, por tanto, darle plenos efectos al matrimonio celebrado bajo el auspicio de la legislación española.

d.- La misma solución debe otorgarse en los casos de apátridas o personas con nacionalidad indeterminada, cuando tuviesen su residencia habitual en nuestro país. Ello en virtud del artículo 9.10 CC y artículo 12.1 del Convenio de Nueva York, de 28 de septiembre de 1954 sobre el Estatuto de los Apátridas.

e.- Matrimonios celebrados en España entre extranjeros del mismo sexo con residencia habitual en nuestro país: Serán válidos a todos los efectos en España, aplicando la Ley española, y ello en base a los argumentos antes apuntados al supuesto general primeramente estudiado del matrimonio entre español y extranjero cuya ley nacional no permite el matrimonio homosexual.

2º.- Efectos en el extranjero de los matrimonios celebrados en España entre personas del mismo sexo, amparándose en la Ley española:

Ya se dejó expuesto que estos matrimonios serán en muchos casos “matrimonios claudicantes”, es decir, en muchos países simplemente no existirán y en otros no serán válidos a todos los efectos legales.

Ello se produce, fundamentalmente, por la realización de dos controles a la hora de reconocerlos y darles así eficacia:

a.- El control de ley aplicada: Consiste en supeditar el reconocimiento al hecho de que la autoridad extranjera no haya aplicado al

supuesto la misma ley que hubiese sido aplicada por la autoridad del foro.

Así, si a la hora de reconocer un matrimonio celebrado en España, la autoridad extranjera considera que la capacidad nupcial se rige por la Ley nacional del contrayente, y ésta (que es la suya) no lo permite, no lo reconocerá y, por tanto, ese matrimonio no tendrá validez alguna en el país receptor extranjero.

b.- El control de orden público: Un país extranjero puede negar el reconocimiento de un matrimonio homosexual celebrado en España alegando que viola “su orden público”, es decir, que viola sus valores fundamentales de índole social, jurídico o económico existentes en su país en ese momento determinado.

Obviamente la no admisión de este tipo de matrimonios provocará dos consecuencias muy importantes:

- Perjudica enormemente la seguridad jurídica, pues los sujetos son considerados cónyuges en un país pero en otros.
- Incrementa los costes para los particulares: Para lograr que su unión tenga eficacia en los países que niegan el reconocimiento de su matrimonio celebrado en España, tendrán que constituir una “unión civil” en esos países o tomar alguna otra medida semejante. Naturalmente, todo con su coste de tiempo y dinero.

Es necesario intentar paliar estas situaciones y la doctrina científica ha apuntado algunas soluciones (alguna de ellas ya aplicada):

1ª.- “Nacionalizar el matrimonio entre personas del mismo sexo”: Supone que el matrimonio celebrado entre personas del mismo sexo en un país en que se admite, tenga ciertos efectos en otro que no lo admite. Utiliza la técnica de la “equiparación de instituciones” que consiste en la búsqueda de una equivalencia entre la institución nacida en el foro (en este caso, el “matrimonio homosexual”) y la institución extranjera (normalmente una “unión civil” o similar). Esta segunda institución sí estaría admitida y regulada en el “Estado de destino”.

Esta solución ha sido acogida en:

- Suiza: En el artículo 45.3 de su Ley de Derecho internacional privado se admite que el matrimonio válidamente celebrado en el extranjero entre dos personas del mismo sexo será reconocido en Suiza, pero como “unión civil registrada” (*partenariat enregistré*).

tré) y sólo surtirá los efectos que corresponden, según el Derecho suizo, a dicha “unión civil registrada”³⁴.

- Alemania: el apartado 17.b número 4 del EGBGB alemán dispone que los efectos en Alemania de una unión civil celebrada en el extranjero no podrán superar los efectos previstos en el Código Civil alemán y en el Lebenspartnerschaftsgesetz.

Pero esta solución, que en principio parece aceptable, plantea también inconvenientes:

- El matrimonio celebrado bajo una legislación que lo ampara, con todos los efectos que ello conlleva, queda en cierta forma “desnaturalizado” al ser “reconocido” mediante la transposición a otra figura extranjera, normalmente la “unión civil”, que desde luego no presenta las mismas características y, ni mucho menos, los mismos efectos que un matrimonio.
- La solución es nacionalista y legeforista, al admitirse exclusivamente las categorías jurídicas y las instituciones del derecho del foro.

2ª.- La aplicación del llamado “orden público atenuado”: Esta terminología fue acuñada ya en el siglo XIX, por L.V. BAR y A. PILLET. Estos autores señalaban entonces que “las relaciones jurídicas legalmente nacidas y creadas en un país extranjero” con arreglo a sus Leyes, producen “distintos efectos”. Y así distinguían:

- Los llamados “efectos nucleares” que todas las instituciones jurídicas poseen y que sí pueden estimarse contrarios al orden público internacional del país cuyas autoridades conocen del asunto.
- Los llamados “efectos periféricos” de dichas instituciones, que normalmente no pueden estimarse contrarios a tal orden público internacional.

Y si se tiene en cuenta la atenuación del orden público en función del grado de vinculación con el foro del supuesto, debemos observar que un matrimonio celebrado en España entre personas del mismo sexo, es una situación jurídica “alejada” del país cuyas autoridades conocen del reconocimiento, y por tanto, el orden público internacional debe limitarse sólo a los “efectos nucleares” derivados del matrimonio, pero los “efectos periféricos” deben sostenerse.

³⁴ F. KNOEPFLER/Ph. SCHWEIZER/S. OTHENIN-GIRARD, *Droit international privé Suisse*, 3ª ed., Staempfli Editions SA, Berne, 2005, pág. 182.

Esta solución ha sido acogida en diversos países europeos, como Francia y España aunque aplicada a los efectos jurídicos que pueden producir allí los matrimonios poligámicos celebrados válidamente en otros países (STS de diciembre de 1963, STS de 13 de marzo de 1969, STS de 12 de julio de 1969, RDGRN de 3 de diciembre de 1996, RDGRN (3ª), de 20 de febrero de 1997 y RDGRN de 10 de octubre de 2005).

Es obvio que este mecanismo presenta ventajas indudables:

- Refuerza la “seguridad jurídica de los particulares afectados”³⁵, pues es posible que el matrimonio surgido al amparo de un determinado Estado, tenga ciertos efectos en otros países.
- Se acepta el matrimonio como tal (no se transforma en otra institución similar extranjera).

Pero también presenta inconvenientes: Plantea el problema de distinguir entre cuáles son los “efectos nucleares” y cuáles los “efectos periféricos”, distinción que en muchas ocasiones resulta difícil de realizar. Por analogía con lo que sucede con los matrimonios poligámicos, la respuesta podría ser que los matrimonios homosexuales no se pueden celebrar en países que no admiten estos tipos de matrimonio, ni tampoco inscribirse en los Registros oficiales de dichos países, pero, si se celebrasen en un país que si los admite, tendrían en los demás el resto de los efectos jurídicos que surte un matrimonio (véase pro ejemplo en materia de alimentos, pensión de viudedad, beneficios fiscales, ...).

De las dos soluciones propuestas (“nacionalización de instituciones jurídicas” y “orden público internacional atenuado”) ninguna resulta plenamente satisfactoria (las dos presentan graves inconvenientes), aunque la segunda parece la más adecuada. Pero ¿cuáles son realmente los efectos en el extranjero de los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en España?. Para dar respuesta tenemos que distinguir:

1º.- En los demás Estados de la Unión Europea:

Como muy bien señala C. GONZÁLEZ BEILFUSS³⁶, “*las normas de DIPr. aplicables a las relaciones intracomunitarias son normas que*

³⁵ P. MAYER/V. HEUZE. “Droit international privé”. Paris, Montchrestien, 8ª ed., 2004. Pp. 149-154.

³⁶ C. GONZÁLEZ BEILFUSS. “*Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*”. Editorial Marcial Pons, ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid 2004. Pp. 67.

obedecen a la finalidad de crear un espacio judicial común. Es radicalmente contrario a esa finalidad que una situación válidamente creada en un estado miembro no produzca efectos en los demás Estados miembros”.

Si se negaran estos efectos, se estaría directamente desconociendo uno de los principios básicos de la Unión: el principio de la libre circulación de personas en el territorio de los Estados miembros (artículo 18.1 TCE). Y ello porque si una situación se ha creado legalmente en un Estado miembro (en este caso, un matrimonio entre personas del mismo sexo) y más tarde no es “reconocida” como “existente” o no se le otorga validez en los demás Estados miembros, los ciudadanos se verán obligados a no poderse “mover” del primer Estado donde se constituyó la institución matrimonial, si quieren evitar que su enlace deje de producir efectos o los produzca recortados.

Estas situaciones se producen porque las Leyes aplicables a una misma situación jurídica, en el supuesto el matrimonio, cambian de un Estado comunitario a otro, lo que provoca como consecuencia ineludible que el matrimonio legalmente existente en un Estado comunitario se considere “inexistente o inválido” en otro, o se le recorten en mayor o menor medida los efectos del mismo (las normas de DIPr. del Estado de origen son diferentes a las normas de DIPr. del Estado de destino).

Las soluciones a este problema podrían venir de:

a.- Si como es el caso, el cambio de Leyes aplicables vulneran libertades comunitarias, como es la libre circulación de personas en territorio comunitario, las normas de DIPr. del Estado de destino deben ser “eurodepuradas”³⁷, es decir, no se deben aplicar por ser contrarias al Derecho comunitario.

b.- Siguiendo a C. GONZÁLEZ BEILFUSS y como ya se dejó expuesto, si una situación jurídica es considerada como “existente” y “válida” en un Estado de la Unión debe estimarse igualmente “existente” y “válida” en los demás Estados. Ello ayudaría enormemente a fomentar la integración europea hacia la que la Unión debe dirigirse, sin que alegaciones como “vulneración del orden público internacional”,

³⁷ Denominación de A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. *El matrimonio entre personas del mismo sexo y Derecho internacional privado español*. Diario La Ley. Año XXVII. Número 6391. 2 de enero de 2006.

“fraude de Ley” y “abuso del Derecho” deban tener cabida (M. REQUEJO ISIDRO³⁸ que si se argumentasen estas excepciones, deberían superar un test de compatibilidad comunitaria, refiriéndose con ello a que no cabría su aplicación si la medida fuera discriminatoria, no estuviera justificada por razones de interés general y no fuera necesaria o proporcional, y es más que dudoso, en opinión de esa autora, que ese test se superase).

Esta es la solución adoptada por el TJCE en relación con las “sociedades mercantiles” (STJCE de 9 de marzo de 1999, *Asunto Centros*, STJCE de 5 de noviembre de 2002, *Asunto Überseering* y STJCE de 30 de septiembre de 2003, *Asunto Inspire Art*) y en relación con el “derecho al nombre de las personas físicas” (STJCE de 30 de marzo de 1993, *Asunto Konstantinidis* y STJCE de 2 de octubre de 2003, *Asunto García Avello*).

c.- C. GONZÁLEZ BEILFUSS propone una nueva perspectiva³⁹: Que “*el concepto formal de matrimonio asentado en la jurisprudencia del TJCE debería permitir incluir esta unión (se refiere al matrimonio homosexual), si finalmente dicho concepto se interpretara de manera “autónoma”*”.

Aunque esta autora también señala que es problemática la elaboración de aquel concepto autónomo “en un sector tan fuertemente imbricado en el Derecho nacional, puesto que el estado civil es una materia en la que tienen competencia exclusiva los Estados miembros”.

d.- Por último señalar que sin duda la mejor solución sería que la Unión Europea se pusiese manos a la obra y elaborase un Reglamento comunitario sobre Ley aplicable y reconocimiento de matrimonios. Ello conllevaría establecer normas uniformes de DIPr. válidas para todos los Estados miembros, evitando que los traslados de los ciudadanos europeos determinasen un cambio en la Ley aplicable y con ello, nuevos efectos en sus situaciones jurídicas (como en su matrimonio).

³⁸ M. REQUEJO ISIDRO. “DIPr. de la familia y libre circulación de trabajadores: Reflexiones suscitadas por el matrimonio homosexual”, Comunicación presentada a la Ponencia de Derecho internacional privado, XIX Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho internacional, “La Unión Europea ante el siglo XXI: los retos de Niza”.

³⁹ C. GONZÁLEZ BEILFUSS. “Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea”. Editorial Marcial Pons, ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid 2004. Pp. 85.

Esta solución además reforzaría la seguridad jurídica y eliminaría costes para los ciudadanos, lo que no hace más que reforzar la idea de que está es la mejor opción.

2º.- En terceros Estados:

Como ya se dejó explicado, en la mayoría de los casos se van a producir supuestos de “matrimonios claudicantes”, es decir, plenos efectos en España y ninguno o menores efectos en aquellos países en que no admiten completa o parcialmente el matrimonio homosexual.

Como también ya se indicó en su momento, estas situaciones se producen por la aplicación, fundamentalmente del orden público internacional (en otros casos, debido al control sobre la Ley aplicada) pero son problemas más teóricos que reales. Recordemos que normalmente los contrayentes, cuya residencia habitual está en España (requisito ineludible), van a convivir en el futuro en nuestro país y, por tanto, poco les puede importar que su nuevo matrimonio no tenga efectos en el extranjero.

No obstante, no siempre se produce una negativa por parte de esos terceros Estados a admitir ciertos efectos de los matrimonios celebrados en España entre personas del mismo sexo. Aplicando el llamado “orden público internacional atenuado” o admitiendo los “efectos periféricos” del matrimonio, se pueden suavizar aquellas situaciones claudicantes, logrando que tengan cierta continuidad internacional las instituciones válidamente constituidas en un país en los demás Estados.

3º.- Matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en el extranjero:

Pueden darse dos situaciones diferenciadas:

a.- Matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado ante autoridades consulares españolas:

Puede ser entre españoles o entre español y extranjero; optándose, no por la Ley del lugar de celebración, sino por las formas civiles prevista en el Derecho español.

Los funcionarios diplomáticos y consulares españoles acreditados en el extranjero podrán en estos casos celebrar matrimonios en el extranjero, dando lugar al llamado “matrimonio consular”, específicamente regulado en el artículo 51.3 CC, siendo un matrimonio civil celebrado ante el Encargado del Registro Civil Consular.

Pero la celebración de este matrimonio consular se exigen unas determinadas condiciones:

Al menos uno de los contrayentes debe ostentar la nacionalidad española (DGRN de 18 de marzo de 2002).

- Al menos uno de los contrayentes debe estar domiciliado en la circunscripción consular correspondiente (arts. 51.3 y 57 CC).
- El Estado extranjero receptor del cónsul español no debe oponerse a que éste celebre matrimonios en su territorio (art. 5 f) del Convenio sobre relaciones consulares, hecho en Viena el 24 de abril de 1963, en BOE núm. 56 de 6 de marzo de 1970). (No sería posible incluso cuando uno de los contrayentes sea español: RDGRN de 15 de septiembre de 1995 y RDGRN de 6 de febrero de 1995). Esto ocurre en países como Austria, Dinamarca, Reino Unido, Suiza, Uruguay, Venezuela y Guatemala. Otros países impiden el matrimonio consular si está implicado un contrayente que ostenta la nacionalidad del país en el que opera el cónsul (RDGRN de 8 de enero de 1987).
- Las funciones consulares relacionadas con el estado civil sólo pueden ejercitarse “siempre que no se opongan a las leyes y reglamentos del Estado receptor”.

De estos tres presupuestos el que presenta mayores conflictos es el tercero, porque:

- La Instrucción de la DGRN de 6 de febrero de 1995 recordaba que, si bien es posible, por aplicación de los artículos 57.2 del CC y 250 del Reglamento de Registro Civil, a petición de los contrayentes, que, una vez se concluya favorablemente el expediente previo par la celebración del matrimonio civil, la prestación del consentimiento se realice ante el Encargado del Registro Consular (por delegación siempre del instructor), esta competencia no es absoluta. Deben respetarse las leyes y reglamentos del Estado receptor. Así si estos no permiten a los Cónsules españoles autorizar matrimonios civiles en ningún caso, éstos no los podrán celebrar (Véase casos de países como Austria, Dinamarca, Reino Unido, Suiza, Uruguay, Venezuela y Guatemala), igualmente sucede si la restricción sólo se impone cuando en el matrimonio esté implicado un extranjero nacional del país receptor del Cónsul.
- Además, como las Representaciones Consulares españolas en el extranjero deben respetar y no vulnerar el Ordenamiento jurídico del país de acogida, los Cónsules españoles no pueden autorizar

matrimonios entre personas del mismo sexo en caso de que a ello se opongan las leyes del Estado receptor.

Pero ambos inconvenientes se solucionan si se distingue claramente entre lo que es el expediente matrimonial, para el que sí es competente el Encargado del Registro civil del domicilio del promotor (art. 238 RRC), y la prestación del consentimiento, acto que los cónyuges pueden solicitar realizar por delegación a favor de una autoridad civil española, como un Alcalde o Juez español o el Encargado en España de otro Registro civil (así se podría celebrar el matrimonio entre personas del mismo sexo al amparo de la legislación española).

b.- Matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado ante autoridades locales extranjeras:

La posibilidad o no de celebrar un matrimonio de este tipo dependerá del sistema extranjero de DIPr.

- Así si se entiende que la capacidad nupcial se rige por la Ley nacional de los contrayentes (Francia, Italia, etc.) y el Derecho de la nacionalidad de uno de ellos no permite el matrimonio homosexual, éste no se podrá celebrar (la ley nacional del contrayente “bloquea” el matrimonio).
- Además, siguiendo con el criterio de la Ley de la nacionalidad, si uno de los contrayentes es español puede suceder que el Estado extranjero niegue su aplicación por violación de “su orden público internacional” (quedando igualmente “bloqueado” el matrimonio).
- En Bélgica, sin embargo, se parte de la solución contraria. Su artículo 46 de la Ley belga de 16 de julio de 2004 (Código de Derecho internacional privado) permite el matrimonio entre personas del mismo sexo cuando uno de los contrayentes ostenta la nacionalidad o tiene su residencia habitual en el territorio de un estado cuyo Derecho permite el matrimonio entre personas del mismo sexo. Ello supone el respeto de aquellas legislaciones más avanzadas que, como la suya, sí regulan esta posibilidad.

4º.- Efectos en España de matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en el extranjero:

Como señala J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO ⁴⁰, “el reconocimiento de la validez de un matrimonio

⁴⁰ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Derecho Internacional Privado*

depende del cumplimiento de sus condiciones. Por lo que se refiere a la validez formal, se suscita en primer término la prueba de la celebración del matrimonio conforme a la forma prevista en la ley aplicable. La vinculación entre la forma y la prueba hace que ambas cuestiones se determinen conforme a la misma ley”.

Estos autores distinguen así:

a.- Si el matrimonio se celebró de acuerdo con la Ley española, se entenderá probada la celebración del matrimonio según la ley española, a partir de la certificación del matrimonio y de las actas del Registro Civil. Al presentar éstas, se presupone válido (por la intervención precisamente de autoridad española que, bajo la Ley española, controló la capacidad y consentimiento de los contrayentes).

b.- Si el matrimonio se celebró conforme una ley extranjera, la prueba de su celebración se hará a través de los medios de prueba admitidos por dicha ley. Pero sólo prueba la existencia del acto en sí mismo pero no su validez sustancial, es decir, si cumple los requisitos de capacidad o consentimiento.

c.- Si el matrimonio se celebró ante autoridad española, sea en España o en el extranjero (matrimonio consular), ésta debe comprobar su validez formal pero también sustancial, es decir, debe evidenciar que se han respetado los requisitos de capacidad nupcial, conforme a su respectiva Ley nacional (en este punto debe recordarse que si se aplican Leyes extranjeras que sí admiten el matrimonio entre personas del mismo sexo, no se puede considerar hoy en día que vulneren el “orden público internacional español” y denegar con ello, por ejemplo, su inscripción. Queda así superada la Resolución de la DGRN de 21 de enero de 1988, que estimaba “esencial”, en la institución matrimonial, la “diferenciación de sexos”). No puede, sin embargo, a la hora de proceder a su Registro, alegarse para denegar la inscripción, un vicio de consentimiento (error, intimidación,...), cuyo enjuiciamiento corresponde a los órganos jurisdiccionales (que aplicaran también la Ley nacional del contrayente).

d.- Si el matrimonio se celebró ante autoridad extranjera, puede acceder al Registro Civil sólo si alguno de los contrayentes es español o, no siéndolo ninguno, se ha celebrado en España, salvo supuestos excepcionales derivados del artículo 15.2 de la LRC (cuando deba inscribirse marginalmente una sentencia de divorcio española que afecta aun matrimonio entre extranjeros celebrado en el extranjero).

Si además de ser ante autoridad extranjera se aplicó una Ley extranjera (Ley del país de celebración o Ley personal de cualquiera de los contrayentes), el matrimonio se inscribe en España mediante certificación expedida por la autoridad extranjera. Y si no se desea inscribir, se presume válido si se acredita mediante certificación del Registro Civil extranjero u otro medio de prueba admitido por la Ley que rige su forma.

BIBLIOGRAFÍA

A-L CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. *Matrimonio entre personas del mismo sexo y Derecho internacional privado español*. Diario La Ley. Año XXVII. Número 6391. 2 de enero de 2006.

F. CALVO BABÍO. *Los matrimonios entre personas del mismo sexo en Derecho comparado*. Revista Iuris, nº 89, diciembre 2004.

J. C. FERNÁNDEZ ROZAS. *Derecho Internacional Privado*. Segunda Edición.

F. CALVO BABÍO. *Elemento extranjero en matrimonios entre homosexuales celebrados en España*. Revista Iuris nº 99. Noviembre de 2005.

J. M. ESPINAR VICENTE. *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*. Civitas 1996.

C. GONZÁLEZ BEILFUSS. *“Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea”*. Editorial Marcial Póns, ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid 2004.

V. J. SEBASTIÁN CHENA, A. ITURRALDE SÁNCHEZ y S. HINOJAL LÓPEZ. *“Matrimonio homosexual. Ley 13/2005, sobre derecho a contraer matrimonio”*. Revista Iuris nº 97. Septiembre de 2005.

A-L CALVO CARAVACA y E. CASTELLANOS RUIZ. *“El Derecho de Familia ante el Siglo XXI: Aspectos Internacionales”*. Editorial Colex. Año 2004.

J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. *“Nuevos modelos de familia y Derecho internacional privado en el siglo XXI”*. Anales de Derecho. Universidad de Murcia. Número 21. 2003.

V. CAMARERO SUÁREZ. *“Un apunte al Derecho europeo y estadounidense sobre el status jurídico de las parejas del mismo sexo”*.

P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS. *“La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en el DIPr. español”*. Pamplona, Aranzadi, 2002.

R. NAVARRO VALS. *“Las uniones de hecho en el Derecho comparado”*. Editorial Martinell y Areces.