

NUEVOS MODELOS DE FAMILIA Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN EL SIGLO XXI

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ

Profesor Titular de Derecho internacional privado
Universidad de Murcia

Sumario: I. Culturas, civilizaciones y Derecho internacional privado. 1. Etnocentrismo, relativismo cultural y universalismo multicultural. 2. La “familia” como realidad a proteger por el Derecho. II. La familia matrimonial. 1. Distintas concepciones de “matrimonio”. 2. Matrimonio poligámico. 3. Matrimonios prohibidos por razón de religión y/o etnia. 4. Matrimonio homosexual internacional. 5. Matrimonio internacional de transexuales. 6. Matrimonio entre parientes cercanos y matrimonio de niños. 7. Matrimonios concertados y matrimonios sin consentimiento matrimonial. 8. Matrimonio islámico con dote. 9. Los matrimonios “solo consensu” (*Common Law Marriages*). III. Parejas de hecho internacionales. IV. La familia monoparental internacional.

I. CULTURAS, CIVILIZACIONES Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

1. ETNOCENTRISMO, RELATIVISMO CULTURAL Y UNIVERSALISMO MULTICULTURAL.

1. Los movimientos internacionales de trabajadores, los desplazamientos de personas derivados de la sociedad del ocio y la globalización económica y social hacen que la sociedad española actual sea una *sociedad multicultural*. ¿Qué es una “sociedad multicultural”? Una sociedad en la que conviven diferentes “modelos de vida” procedentes de multitud de países y culturas, y regidos por normas jurídicas diferentes. Por supuesto, el fenómeno no es nuevo: en la Edad Media española, por ejemplo, la convivencia de cristianos, musulmanes y judíos fue un hecho feliz en ciertas etapas de la historia de Al-Andalus.

2. La toma de postura por parte del ordenamiento jurídico y en concreto, del Derecho internacional privado (DIPr.) frente al fenómeno de la multiculturalidad puede ser diferente (= diferentes “políticas jurídicas”). En sustancia, son tres, como apunta J.R. AYLLÓN VEGA, las posturas básicas que pueden adoptarse: el *etnocentrismo*, *el relativismo cultural* y *el universalismo multicultural*¹.

3. 1º) *Etnocentrismo*. El *etnocentrismo* coloca la cultura del “país de recepción” en lo más alto de la pirámide valorativa y utiliza dicha cultura para valorar las demás culturas. Sólo una cultura, -la propia, por supuesto-, es la que debe defenderse jurídicamente. Las demás deben rechazarse. Esta actitud desemboca en varios

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

fenómenos tristemente conocidos: a) La xenofobia o desprecio radical al extranjero; b) El racismo o exaltación de una raza superior con desprecio correlativo a los demás grupos raciales; c) El chovinismo, que es un “patriotismo fanático”; d) La “aporofobia” o “desprecio hacia el pobre”: no se desprecia sólo al extranjero y a su cultura, sino fundamentalmente al “extranjero pobre”, puesto que el “extranjero rico” es aceptado sin excesivos problemas. Es más: se le cubre de agasajos.

4. La traducción del *etnocentrismo* en el campo del DIPr. ha tenido lugar en diversos períodos de la Historia y el resultado es bien conocido. Se concibe el DIPr. como un Derecho que debe resolver, de modo radical, “conflictos de civilizaciones”, haciendo prevalecer, de un modo u otro, la aplicación del Derecho correspondiente a la “civilización más desarrollada”, que naturalmente, coincidía con el “Derecho de los países occidentales”. Se producía un *rechazo total y sistemático* de la aplicación del Derecho extranjero que responde a valores *distintos* a los valores imperantes en Occidente; se impide la validez en Occidente de toda institución “extranjera” desconocida o que responde a valores diferentes a los valores occidentales.

5. 2º) *Relativismo cultural*. El *relativismo cultural* parte de la premisa contraria: todas las culturas tienen el *mismo valor* y son igualmente respetables y dignas de protección. En principio, parece una postura llena de “buenos propósitos”. En efecto: supone una superación del *etnocentrismo* y ello es positivo; conduce a una apertura hacia otras culturas y ello es positivo. Pero como denuncia nuevamente J.R. AYLLÓN VEGA², esta posición encierra un engaño (= la falacia del “relativismo cultural”) que se demuestra en varias proposiciones:

a) Pensar que todas las culturas son igualmente válidas “*lleva a perder el sentido crítico, y a quedarse sin argumentos frente a los abusos reales que puedan provocar*”, en palabras del antes citado autor. ¿Debemos aceptar como positivo y válido el “repudio unilateral” de la esposa que solo puede ejercitar el varón, o prácticas como la ablación del clítoris, el racismo, la esclavitud, etc., tan comunes en algunas culturas diferentes a la cultura occidental? *El relativismo cultural* defiende el “valor transcultural” de toda civilización, pero ello colisiona con el sentido común: ni todas las culturas son *iguales*, -lo que es evidente-, ni todas tienen el *mismo valor* en cualquier parte del mundo, -lo que también es evidente-.

b) El “relativismo cultural” encierra al ser humano en “su cultura”, con lo que se empobrece, al no ver más allá de su “tabla de valores culturales”.

6. Nunca en la Historia jurídica se ha aceptado un DIPr. basado en el “relativismo cultural”: ello hubiera llevado a una aceptación incondicionada de la aplicación

² J.R. AYLLÓN VEGA, *Filosofía mínima*, Ariel, 2003, pp. 144-145.

del Derecho extranjero sin ningún “límite de fondo” (= un DIPr. sin “orden público internacional”, por ejemplo), y a un DIPr. que aceptase la validez en Occidente de toda decisión pública extranjera con independencia total de su contenido sustancial.

7. c) *Universalismo multicultural*. El *universalismo multicultural* es la tercera vía. Consiste en responder al reto del multiculturalismo a través de tres mecanismos: a) Mediante la aceptación como “valores universales” de los *comunes denominadores* de la mayor parte de las culturas, valores tales como la solidaridad, la libertad y la igualdad del ser humano. Es difícil encontrar una “expresión más concreta” de estos comunes denominadores de la mayor parte de las culturas. Se puede llegar a una aproximación teniendo en cuenta diversos instrumentos. Por ejemplo, la Declaración de los Derechos Humanos formulada por la ONU en 1948; b) Mediante *la tolerancia y el respeto hacia todas las culturas*, con el límite anterior. En efecto, respetando los “radicales comunes y universales de Justicia”, se aceptan las disparidades entre culturas y se impone un respeto hacia toda cultura humana; c) Mediante la formación de un ambiente intercultural, producto la mezcla de culturas, que enriquece al ser humano del siglo XXI, al poder tomar de cada cultura, lo que estima más adecuado a su persona. La interculturalidad fomenta el “libre desarrollo de la personalidad”, valor recogido en el art. 10 de la Constitución española de 1978.

8. El DIPr. multicultural parte de la premisa básica que le proporciona el *universalismo multicultural*: existen ciertos límites que debe ser respetados en los países occidentales y que son traducción de los “valores comunes” de Justicia universalmente aceptados. Pero salvaguardados éstos, es positivo que se aplique un Derecho extranjero o se dé validez a una decisión extranjera, con el objetivo de aceptar, en Occidente, los fenómenos e instituciones procedentes de otras culturas y civilizaciones, incluso aunque no se correspondan con las instituciones jurídicas vigentes en Occidente pero sólo en la medida en que se respeten los “valores comunes” de Justicia universalmente aceptados. De tal manera, no existiría obstáculo para aceptar en España “ciertos efectos” del matrimonio poligámico, del repudio musulmán, del divorcio por contrato, de la *kafala* musulmana, etc. Existen técnicas apropiadas para ello, como el *Segundo Escalón* del DIPr., el *orden público internacional atenuado*, la cooperación internacional entre autoridades, la libre elección de Ley aplicable, etc. Con ello se llega a un “DIPr. intercultural”, un DIPr. que regula situaciones sociales mezcla de diversas concepciones culturales y jurídicas: se trata de regular una “nueva cultura social” resultado de la interconexión de culturas de países de recepción de emigrantes y de países de emigración (P. JUÁREZ PÉREZ³).

³ P. JUÁREZ PÉREZ, "Hacia un DIPr. intercultural", en A.-L. CALVO CARAVACA / P. BLANCO-MORALES LIMONES, *Globalización y Derecho*, Ed.Colex, Madrid, 2003, pp. 331-349.

2. LA “FAMILIA” COMO REALIDAD A PROTEGER POR EL DERECHO.

9. El hecho es que en la sociedad española del siglo XXI conviven distintos “modelos de familia” que reflejan “concepciones culturales” de la familia procedentes de todo el planeta: parejas de hecho, familias monoparentales, matrimonios heterosexuales, matrimonios homosexuales, matrimonios contractuales islámicos, matrimonios poligámicos, etc. En otras palabras, en la actualidad, la sociedad española es, desde el punto de vista de los “modelos de familia”, profundamente *multi-cultural e intercultural*, como lo son ya otras sociedades occidentales, como la francesa, la belga, la holandesa o la británica, entre otras.

10. Las *causas de la multiculturalidad* en los “modelos de familia” son, fundamentalmente, dos: 1º) *Las migraciones a Occidente* de personas procedentes de círculos culturales, sociales y jurídicos muy alejados de Occidente; 2º) *La dispersión internacional de las familias*: la libre circulación de personas en Europa hace que sean frecuentes las familias cuyos miembros viven en diferentes países europeos, las familias que se trasladan de un país europeo a otro y las familias formadas por miembros de varios países europeos.

11. La Constitución española de 1978 (CE 1978) protege a la *familia* en su art. 39.1. El precepto afirma que “*los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia*”. En principio, pues, todos los “modelos de familia” que conviven en España son dignos de “protección constitucional y legal”, pues la CE 1978 no acoge un concepto único y restrictivo de “familia” que deba ser objeto de protección (H. MUIR-WATT⁴). Es más: la familia a proteger jurídicamente no es sólo la “familia matrimonial” (STC 222/1992), como lo fue en el pasado, ni sólo la “familia matrimonial monógama” (*vid.* STEDH 13 junio 1979, *Marckx vs, Bélgica*). Las “parejas de hecho” son también un “modelo de familia” a proteger; la “familia poligámica” es también un “modelo de familia” a proteger... Los casos en los que un “modelo de familia” no recibe protección jurídica deben ser delimitados con sumo cuidado, para no vulnerar el mandato constitucional de “protección a la familia”. En el presente trabajo sólo se abordarán los aspectos más llamativos de los *nuevos* “modelos de familia” propios de principios del siglo XXI, dejando aparte el examen del matrimonio internacional tradicional, y dejando también aparte otros fenómenos colaterales, como la adopción internacional o el secuestro internacional de menores, que exigirían una aproximación diferenciada y más detallada.

⁴ H. Muir Watt, “Les modèles familiaux à l’épreuve de la mondialisation (Aspects de Droit International Privé)”, en A.-L. Calvo Caravaca/ J. L. Iriarte Ángel (eds.), *Mundialización y familia*, Madrid, 2001, pp. 11-22.

II. LA FAMILIA MATRIMONIAL.

1. DISTINTAS CONCEPCIONES DE “MATRIMONIO”.

12. Uno de tales “modelos de familia” propios del siglo XXI sigue siendo la institución del *matrimonio* y la familia matrimonial. Pues bien: la regulación de la *formación jurídica del matrimonio* en DIPr. español está presidida por varios principios básicos que se deducen de los arts. 16 y 32 CE 1978 (J.D. González Campos⁵):

1º) En Derecho español existe un *sistema matrimonial único* al que se accede mediante distintas *formas de prestar el consentimiento*, civiles y religiosas.

2º) Se recoge un principio de igualdad de todas las confesiones ante la Ley, puesto que el Estado español es aconfesional.

3º) En la regulación del matrimonio debe primar el principio de *no discriminación por razón de ideología y/o creencias y no discriminación por razón de sexo*.

4º) El *jus connubii* o derecho a contraer matrimonio a partir de la edad núbil es un derecho subjetivo y un derecho humano reconocido en distintos textos y convenios internacionales. Así, el art. 16 DUDH de 10 diciembre 1948 recoge el *jus connubii* en los términos establecidos por la Ley; el art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 diciembre 1966, se manifiesta en términos similares, así como el art. 12 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos humanos y de las libertades fundamentales, de 4 noviembre 1950, el art. 5 d) IV de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 7 marzo 1966 y el art. 16 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 diciembre 1979.

5º) El *jus connubii* también se recoge en la misma CE 1978: art. 32 CE 1978, aunque, por su ubicación, se deduce fácilmente que no es un *derecho fundamental* desde el punto de vista constitucional.

13. El legislador español, sin embargo, no ha tenido en cuenta que el “matrimonio” es una institución cuyo *contenido* varía enormemente según sea el círculo cultural examinado (J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, M.A. AMORES CONRADI⁶).

⁵ J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, "Derecho de familia. El matrimonio", en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional Privado*, 5ª ed., Madrid, Eurolex, 1995, pp. 289-328.

⁶ J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, "Derecho de familia. El matrimonio", en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional Privado*, 5ª ed., Madrid, Eurolex, 1995, pp. 289-328; ID., "Art. 50 Cc.", *Comentarios al Código Civil. Ministerio de Justicia*, Madrid, 1991, pp. 278-280; ID., "Nota a las resoluciones de la DGRN de 28 enero y 2 noviembre 1981", *REDI*, 1982, vol. XXXIV, pp. 621-623; L. PUIG FERRIOL / J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, "Art.49 Cc.", *Comentarios al Código Civil. Ministerio de Justicia*,

14. Así, por ejemplo, el matrimonio en Derecho islámico es un “*contrato que tiene por objeto la organización de las relaciones sexuales entre el hombre y la mujer*” (P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS⁷), y cuya finalidad es convertir en “lícitas” las relaciones sexuales entre los esposos (M.P. DIAGO DIAGO, Y. LINANT DE BELLEFONDS⁸). Como se observa, es algo muy distinto de lo que se entiende por “matrimonio” en Occidente.

15. Y aún así, en el mismo círculo cultural, las diferencias en el concepto de “matrimonio” son muy agudas de un país a otro: algunos países lo configuran como una institución indisoluble (Malta), otros como una institución disoluble (España); algunos países lo limitan a la unión entre varón y mujer (España), mientras que otros permiten el matrimonio entre personas del mismo sexo (Holanda y Bélgica), etc. Ello indica que detrás de los “conflictos de Leyes” laten poderosamente los diferentes “modos de entender las relaciones de familia”: esto es, existen fuertes “conflictos de civilizaciones” (P. MERCIER, J.M. BISCHOFF⁹).

16. La ausencia de una *perspectiva comparatista* en el DIPr. español conduce a *resultados negativos*, que pueden concretarse en los siguientes: a) *Problemas de calificación* y consiguientes *lagunas legales de DIPr.* en relación con “instituciones desconocidas” en Derecho español, como la poligamia, la dote islámica, el matrimonio homosexual, etc.; b) Posible incidencia del *orden público internacional* español en relación con Leyes que contemplan una concepción jurídica del matrimonio radicalmente opuesta a los principios que inspiran la institución matrimonial en Derecho español. Estos problemas aumentan por efecto de las fuertes migraciones de personas procedentes de países del área musulmana y de países orientales que se instalan en España. En suma: la multiculturalidad de las sociedades requiere una respuesta *especializada* y también *multicultural* por parte del legislador español, respuesta hasta ahora inexistente en las normas legales de DIPr. español y que llega por *vía interpretativa*.

Madrid, 1991, pp. 273-278; M.A. AMORES CONRADI, “Nota a la RDGRN 1 junio 1989, (BIMJ, núm.1534, 1989, pp. 3236-3239)”, *REDI*, 1990, vol.XLII, pp. 262-264; Id., “Nota a la RDGRN 4 diciembre 1991, (BIMJ, núm.1672, 1992, pp. 1035-1039)”, *REDI*, 1992, vol.XLIV, pp. 229-230; Id., “Nota a la RDGRN 5 octubre 1990”, *REDI*, 1991, vol.XLIII, p. 530-531.

⁷ 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.

⁸ 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. 407-442; 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.

⁹ P. MERCIER, *Conflits de civilisations et droit international privé. Polygamie et répudiation*, Ginebra, Droz, 1972; J.M. BISCHOFF, “Le mariage poligamique en droit international privé. Droit international privé”, *TCFDIP*, 1980, pp. 91-103; Id., “Mariage”, *E.Dalloz DI*, vol.II, 1969, pp. 285-307; Id., “Mariage”, *Répertoire de Droit international*, Tome II, 1988.

2. MATRIMONIO POLIGÁMICO.

17. El orden público internacional presenta una *incidencia muy fuerte* en relación con la aplicación en España de Leyes extranjeras que regulan la *capacidad matrimonial*. Ello es consecuencia de los distintos modos de concebir el matrimonio existentes en los distintos ordenamientos jurídicos estatales. En otras palabras, los “conflictos de civilizaciones” que se aprecian tras los “conflictos de Leyes” aumentan los casos de recurso al orden público internacional.

18. Pero la intervención del orden público internacional no debe ser *automática*, por dos razones: 1º) El orden público internacional es una *excepción* al normal funcionamiento de la norma de conflicto. Como *excepción*, debe ser interpretada y aplicada *restrictivamente*; 2º) Una incidencia rígida y demasiado amplia del orden público internacional atentaría contra el principio constitucional de “protección de la familia” recogido en el art. 39 CE 1978. Por ello, la intervención del “orden público internacional español” debe *modularse* y realizarse con suma prudencia.

19. Un tipo de matrimonio que presenta ya una fuerte repercusión en Europa es el “matrimonio poligámico” (= un varón casado simultáneamente con varias mujeres: es el “caso-tipo”). Esta incidencia obedece al hecho de la emigración hacia Europa de personas y familias procedentes del un “círculo cultural musulmán”, en cuyo contexto este tipo de matrimonio es legal y produce plenos efectos jurídicos. El estudio del impacto de este tipo de matrimonio en Europa ha sido realizado por abundante doctrina desde hace ya años¹⁰.

20. Opera el “orden público internacional español” (art. 12.3 Cc.) contra la aplicación de las Leyes extranjeras que consideran *capaz para contraer matrimonio* a

¹⁰ J.M. BISCHOFF, "Le mariage polygamique en droit international privé. Droit international privé", *TCFDIP*, 1980, pp. 91-103; Id., "Mariage", *E.Dalloz DI*, vol.II, 1969, pp. 285-307; B. BOURDELOIS, *Marriage polygamique et droit positif français*, París, 1993; C. CAMPIGLIO, "Matrimonio poligamico e ripudio nell'esperienza giuridica dell'occidente europeo", *RDIPP*, 1990, pp. 853-908; M. CHARFI, "L'influence de la religion dans le droit international privé des pays musulmans", *RCADI*, 1987, vol.203, pp. 321-454; D. COHEN, "La Convention européenne des droits de l'homme et le droit international privé français", *RCDIP*, 1989, pp. 451-483; J. DEPRez, "Droit international privé et conflit de civilisations. Aspects methodologiques, les relations entre systemes d'Europe occidentale et systemes islamiques en matière de statut personnel", *RCADI*, 1988, vol.211, pp. 9-372; A.K. ELGEDDAWY, *Rélatons entre systemes confessionnel et laique en droil international privé*, París, 1971; A.J.E. JAFFEY, "The Essential Validity of Marriages in the English Conflict of Laws", *Modern Law Review*, 1978, pp. 3-56; E. JAYME, "Diritto di famiglia, societa multiculturale e nuovi sviluppi del Diritto internazionale privato", *RDIPP*, 1993, pp. 295-304; P. MERCIER, *Conflits de civi-li-sations et droit international privé. Polygamie et repudiation*, Ginebra, 1972; J. MESTRE, "Le mariage en France des étrangers de statut confessionnel", *RCDIP*, 1977, vol.LXVI, pp. 659-700; L. PALSSON, *Marriage and Divorce in comparative Conflict of Laws*, Leiden, 1974; ID., *Marriage in Comparative Conflict of Laws, Sutantive Conditions*, La Haya, 1981; B.A. WORTLEY, "Poligamy in pri-vate international law". *REDI*, 1972--vol.XXV, (Homenaje al profesor D.José de Yan-guas Messía), pp. 441-450.

un sujeto que ya está ligado por anterior matrimonio no disuelto, esto es, contra la aplicación de las Leyes que permiten el *matrimonio poligámico* (RDGRN 11 marzo 1994, RDGRN 17 mayo 1995, RDGRN 8 marzo 1995, RDGRN 5 noviembre 1996, RDGRN 3 diciembre 1996, RDGRN 8 abril 1999, RDGRN 30 septiembre 1999, RDGRN [2ª] 2 noviembre 1999, RDGRN 14 diciembre 2000, RDGRN [2ª] 14 mayo 2001, RDGRN 4 julio 2002, RDGRN [3ª] 23 noviembre 2002, RDGRN [7ª] 4 diciembre 2002). La doctrina española mayoritaria apoya esta afirmación. La aplicación de tales Leyes atentaría, en palabras de la DGRN, “*contra la concepción española del matrimonio y contra la dignidad constitucional de la mujer*” y se opone al concepto español de matrimonio, basado en la noción de *Christian Marriage*, esencialmente *monógamo de Derecho*, aunque, *de hecho*, las cosas sean bien diferentes, como es bien sabido.

21. Los casos de poligamia que se presentan con mayor frecuencia en España son los casos de *poligamia musulmana*, que es una *poligamia sucesiva*, -matrimonios del mismo varón con distintas mujeres pero celebrados en distintos momentos, -e *igualitaria* -todas las mujeres disponen del mismo tratamiento legal- (L. MILLIOT, I. FADLALLAH¹¹).

22. No importa que el matrimonio poligámico se haya celebrado entre *extranjeros y en país extranjero* que admite la poligamia: el “orden público internacional español” operará contra la aplicación de la Ley extranjera que admite la poligamia también en este caso. Esto es así porque, en DIPr. español, no se admite el llamado “orden público internacional de proximidad”.

23. Este “orden público internacional de proximidad” (= *cláusula “Inlandsbeziehung”* en la doctrina alemana o *cláusula Binnenbeziehung* en la doctrina suiza) es una teoría tan ingeniosa como injusta. Consiste en lo siguiente: para que intervenga el “orden público internacional” de un país (= España en nuestro caso), contra la aplicación en nuestro país de la aplicación de una Ley de un país que admite, epor ejemplo, el matrimonio poligámico, se exige una *mínima conexión* (= *Inlandsbeziehung*) entre el supuesto fáctico (= matrimonio poligámico) y el país cuyo orden público internacional interviene (= España). Por ello, se considera que ciertos supuestos fácticos están “excesivamente alejados de la esfera española” y que, por ello, no debe intervenir el “orden público internacional español”.

¹¹ I. FADLALLAH, *La famille légitime en droit international privé*, Dalloz, Paris, 1977; Id., “Vers la reconnaissance de la répudiation musulmane par le juge français?”, *RCDIP*, 1981, pp. 17-34; L. MILLIOT, *Introduction à l'étude du droit musulman*, 1971, Sirey, p. 289.

24. La tesis es antigua y fue esbozada ya por F. KAHN, -un gran maestro del.DIPr,- en el siglo XIX¹². En efecto: en algunos países, el orden público internacional sólo opera contra la aplicación de la Ley extranjera si concurre un dato que demuestra el *vínculo* del caso con el país cuyos tribunales conocen del asunto. Así, por ejemplo, el art. 61.3 LDIPr. Suiza 1987 hace operar al orden público internacional contra las Leyes extranjeras que no permiten el divorcio *sólo* si uno de los cónyuges es suizo o reside en Suiza desde hace dos años. Esta teoría de la *Inlandsbeziehung* se sigue, con ciertos matices, en Suiza y Alemania, pero no en Francia o España.

25. La teoría del “orden público internacional de proximidad” (= *Inlandsbeziehung* o *Binnenbeziehung*) presenta tres obstáculos para su admisión en el DIPr. español: a) En nuestro país no existen normas que, *expresamente*, subordinen la intervención del orden público internacional a una especial “conexión” del caso con la esfera española; b) Si el supuesto se plantea ante nuestras autoridades es porque ya presenta un “contacto” con nuestro país; c) Esta teoría crea sujetos de *doble condición* a los que podrán o no serles reconocidos derechos fundamentales (P. HAMMJE¹³). En efecto, sólo “algunos sujetos” especialmente vinculados con el país cuyos tribunales entienden del caso, podrían invocar el “orden público internacional”, mientras que los otros sujetos deberán “conformarse” con la aplicación del Derecho extranjero, respete éste o no determinados derechos fundamentales. Por ejemplo: una *mujer alemana* podría invocar el orden público internacional alemán para que éste interviene en contra de la aplicación de la Ley de un Estado musulmán que permite un segundo y válido matrimonio de su esposo argelino con una segunda mujer argelina. Sin embargo, si el varón es argelino y sus dos mujeres son argelinas y los matrimonios se han celebrado en Argelia, la primera mujer no puede invocar el “orden público internacional alemán” en Alemania, y debe “conformarse” la aplicación del Derecho argelino.

26. Por las tres razones expuestas, la tesis de la *Inlandsbeziehung* no tiene cabida en el DIPr. español. Así lo corrobora la DGRN, aunque fuera en un caso que no afectaba al matrimonio poligámico. El supuesto fue el siguiente: se celebró en país extranjero un matrimonio entre extranjeros. Era, pues, un “supuesto alejado de la esfera española”. Pues bien: la DGRN estima que la excepción de “orden público internacional” es plenamente operativa y debe impedir la aplicación de la Ley marroquí, que prohíbe el matrimonio por razón de las creencias religiosas: RDGRN [1^a] 10 junio 1999.

¹² F. KAHN, "Gesetzeskollisionen. Ein Beitrag zur Lehre des internationalen Privatrechts", *Iherings Jahrbücher*, 1891, pp. 1-143; ID., *Abhandlungen zum internationalen Privatrecht*, vol.I, 2^a ed., Munich/Leipzig, 1928, pp. 1-123; ID., "Die Lehre vom ordre public (Prohibitivgesetz)", *Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, 39, 1898, pp. 1-112 (también en ID., *Abhandlungen zum internationalen Privatrecht*, I, München, Leipzig, 1928, pp. 161-254).

¹³ P. HAMMJE, "Droits fondamentaux et ordre public", *RCDIP*, 1997, pp. 1-31.

27. Por supuesto, con mayor claridad, el *orden público internacional* operará cortando de raíz la aplicación del Derecho extranjero que permite la poligamia cuando se trate de un matrimonio que se pretenda celebrar en España. Debe, además, recordarse que la *bigamia* es un delito castigado en el Código penal español de 1995 (art. 217 CP).

28. Descartada la aplicación de la Ley extranjera que permite el matrimonio poligámico del contrayente extranjero (art. 12.3 Cc.), la capacidad matrimonial del sujeto pasa a ser regulada por la *Ley española = Lex Fori*. De ese modo, el matrimonio no se podrá celebrar porque existirá impedimento de ligamen según el Derecho español.

29. Pero la intervención del orden público internacional debe hacerse *restrictivamente* aun en el caso de aplicación de Leyes extranjeras que permitan el matrimonio poligámico: es un *orden público internacional atenuado*. La *aplicación restrictiva* del orden público internacional español comporta varias consecuencias.

30. *Primera consecuencia*. Se considerará que no puede celebrarse en España, - ante autoridad española, civil o religiosa-, un matrimonio poligámico; además, el matrimonio poligámico ya celebrado en el extranjero ante autoridad extranjera no es válido en España y no puede acceder al Registro Civil español.

31. Pero ello no impide que el matrimonio poligámico celebrado en país extranjero cuyo Derecho lo permita pueda producir *efectos en otros órdenes jurídicos* (J.M. BISCHOFF, A. BUCHER¹⁴). Negar *todo efecto* jurídico a un matrimonio poligámico celebrado legalmente en el extranjero con arreglo a Leyes que lo permiten sería *injusto* (= contrario a la idea de "continuidad espacial" de las situaciones privadas internacionales). Por eso, debe intervenir un orden público internacional "atenuado". La tesis del "orden público internacional atenuado" consiste en lo siguiente: la intervención de la excepción de orden público internacional es distinta según se trate de la aplicación de una Ley extranjera al objeto de crear una situación jurídica, -caso en que la intervención del orden público internacional es *más intensa* y se habla de orden *público internacional pleno*-, o de la aplicación de una Ley extranjera a los *efectos* de una situación jurídica ya *nacida* en el extranjero con arreglo a una legislación extranjera que considera válida tal situación -caso en que la intervención del

¹⁴ A. BUCHER, "La famille en droit international privé", RCADI, 2000, vol. 283, pp. 19-186, esp. p. 129; ID., *Personnes physiques et protection de la personnalité*, Basilea, Helbing & Lichtenhahan, 1985; ID., "Les régimes matrimoniaux en droit international privé suisse", *La Semaine Judiciaire*, 1989, pp. 361-380; J.M. Bischoff, "Le mariage poligamique en droit international privé. Droit international privé", *TCFDIP*, 1980, pp. 91-103; ID., "Mariage", *E.Dalloz DI*, vol.II, 1969, pp. 285-307; Id., "Mariage", *Répertoire de Droit international*, Tome II, 1988.

orden público internacional es más débil-. Pues bien, en este segundo caso, la aplicación de una Ley extranjera comporta *distintos efectos jurídicos*: algunos pueden ser contrarios al orden público internacional del país cuyos tribunales conocen del asunto, mientras que otros son perfectamente compatibles con el mismo (RDGRN 3 diciembre 1996, RDGRN [3ª] 20 febrero 1997). Aunque cierta doctrina critica esta tesis, -pues estima que concede a dicha situación una “total inmunidad” (P. LAGARDE¹⁵)-, lo cierto es que es la tesis comúnmente admitida en Occidente y seguida también en España en relación con el matrimonio poligámico válidamente celebrado en el extranjero.

32. Parece, pues, fuera de duda, que el matrimonio poligámico producirá efectos en España en varios órdenes. Debe insistirse en un dato clave: en estos casos, no se trata de dar *validez* en España a un matrimonio poligámico, sino de permitir *ciertos efectos* en España a un matrimonio poligámico que es una situación creada en el extranjero y perfectamente legal según un Derecho extranjero. Para que ello sea posible, el matrimonio poligámico debe estar permitido en la Ley nacional de *ambos cónyuges*, pues el “impedimento de vínculo” se trata de un *impedimento bilateral* (I. FADLALLAH¹⁶). Los posibles efectos que puede producir un matrimonio poligámico en España son los que siguen.

33. a) Reagrupación familiar del cónyuge del varón polígamo. Ello se producirá en los términos de la legislación española de extranjería (art. 17 LOEXIS 2000), que permite al sujeto reagrupar a “cualquiera de sus cónyuges”, pero sólo a uno de ellos, siguiendo el *modelo francés* recogido en el art. 30 (reformado recientemente) de la *ordonnance* francesa de 12 noviembre 1945. Hay que tener en cuenta que el art. 8 CEDH 1950 protege el respeto a la “vida familiar” y que no hay duda de que la *familia poligámica* constituye una *familia* en el sentido del art. 8 citado. Ahora bien: la restricción que limita a los sujetos a reagrupar a sólo *una de las esposas* está amparada por el art. 8.2 CEDH. Pero parece que la posibilidad de reagrupar a los *hijos* de un mismo padre pero de distintas esposas no puede ser limitado, y de hecho parece estar reconocido por el art. 17 LOEXIS 2000. Queda el problema de saber a “qué esposa” puede reagrupar el cónyuge polígamo con “residencia legal” en España. La legislación de extranjería nada dispone al respecto, por lo que habrá que entender que puede reagrupar a la esposa que desee: libre elección por parte del

¹⁵ P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, París, LGDJ, 1959; Id., "La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation", *Nouveaux itinéraires en droit (Hommage à François Rigaux)*, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruselas, 1993, pp. 263-282; Id., "Private International Law: Public Policy", IECL, 1994, 64 p.

¹⁶ I. FADLALLAH, *La famille légitime en droit international privé*, Dalloz, Paris, 1977; Id., "Vers la reconnaissance de la répudiation musulmane par le juge français?", *RCDIP*, 1981, pp. 17-34.

varón cónyuge extranjero polígamo. La jurisprudencia alemana y francesa ha adoptado una curiosa postura muy bien remarcada por M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA: en Alemania y Francia se permite otorgar un permiso de residencia al “segundo cónyuge” cuando existen *hijos comunes* con el varón polígamo, basándose en el *derecho de los hijos a relacionarse con sus padres*, en lo que se ha venido a llamar “orden público de referencia”¹⁷.

34. b) *Derechos sucesorios de la segunda esposa o ulteriores esposas*. La Ley que rige la sucesión, -que es la Ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento: art. 9.8 Cc.-, determinará si la “esposa” tiene derechos hereditarios y de qué tipo y cuantía. La cuestión de considerar si la segunda mujer debe ser considerada como “esposa” a estos efectos sucesorios, se rige por la Ley reguladora del matrimonio poligámico (= normalmente una Ley extranjera que admite el matrimonio poligámico). Habrá, pues, “varias esposas” con “derechos hereditarios”. Aclarado este extremo, habrá que precisar “cómo se reparten” los derechos hereditarios entre dos esposas en el caso de que la Ley que rige la sucesión no contemple el caso de la existencia de varias esposas. Es un problema de “adaptación”, como fue identificado por la doctrina hace ya muchos años¹⁸. El problema surge cuando varios aspectos de una misma situación privada internacional resultan sujetos, por efecto de las normas de conflicto del foro, a Leyes distintas. En dicho caso, puede surgir un cierto “desajuste” entre los contenidos de los distintos Derechos aplicables, lo que puede repercutir en los derechos de las partes. En efecto: la Ley sucesoria puede prever unos derechos sucesorios para la esposa y piensa que sólo existe una esposa; sin embargo, la Ley que rige el matrimonio del fallecido establece que existen “varias esposas”. La *técnica de la adaptación (Angleichung)*, consiste en “la modificación aportada a, al menos, una de las Leyes aplicables para evitar que la aplicabilidad simultánea de disposiciones pertenecientes a ordenamientos jurídicos diferentes conduzca a resultados poco deseables” (G. VAN HECKE¹⁹). Partiendo de la regulación material de las Leyes estatales en presencia, se elabora un régimen material *ad hoc*, una “síntesis material” que conduce a un “resultado justo”. La “adaptación” es una técnica necesaria porque procede en los casos en los

¹⁷ M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “Matrimonio poligámico, orden público y extranjería”, *Actualidad Laboral*, n.33, 8-14 septiembre 2003.

¹⁸ G. CANSACCHI, *Scelta e adattamento delle norme straniere richiamate*, Torino, 1939; Id., “Le choix et l’adaptation de la règle étrangère dans le conflit de lois”, *RCADI*, 1953-II, vol.83, pp. 111-157; H. LEWALD, “Règles générales des conflits de lois. Contribution à la technique du droit international privé”, *RCADI*, 1939-III, vol.69, pp. 5 y ss., concr. pp. 136-145; A. MARQUES DOS SANTOS, “Breves considerações sobre a adaptação em direito internacional privado”, *Etudes présentées a la mémoire du Professeur P.Cunha*, Lisboa, 1988; P.H. NEUHAUS, *Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts*, 2ª ed., Tübingen, 1976, pp. 353-359; P. NEY, *Das Spannungsverhältnis zwischen dem Güter- und dem Erbstatut*, Frankfurt am Main, 1993.

¹⁹ G. VAN HECKE, “Principes et methodes de solution des conflits de lois”, *RCADI*, 1969, vol.126, pp. 399-569, esp. pp. 499-513.

que el legislador no ha previsto una regulación especial, ya que las normas de conflicto en presencia deben aplicarse, visto su *carácter imperativo*. La solución consiste en *ajustar el contenido material* de los Derechos en presencia. En el marco de la “adaptación” en el supuesto de los derechos sucesorios del cónyuge polígamo, dos soluciones caben: a) Dividir los derechos hereditarios a partes iguales entre las varias esposas; b) Atribuir derechos sucesorios a las varias esposas *proporcionalmente a la duración de su matrimonio* con el varón polígamo. Ambas opciones cuentan con argumentos a favor y en contra: la primera crea *discriminaciones* y parece que un matrimonio “cuenta más que otro” por la mera razón del “tiempo de duración” del mismo. La segunda toma en consideración de una manera más realista los caracteres de “cada matrimonio”. Aunque es difícil tomar partido por una de las dos soluciones, parece que la primera es preferible, dado que introduce un “principio de igualdad entre las esposas” que puede deducirse de la misma Ley que regula la sucesión, como indica (I. FADLALLAH²⁰). De todo modos la cuestión puede complicarse hasta el extremo si la Ley que regula el matrimonio poligámico establece un “estatuto desigual” entre las esposas (= una esposa principal o “primera esposa” y demás “esposas secundarias”). En este supuesto, una *intervención atenuada* del orden público internacional español en combinación con la *técnica de la adaptación* llevaría, de nuevo, a defender la solución de un reparto igualitario” de los derechos sucesorios entre las diferentes esposas del esposo varón polígamo.

35. c) Derecho de alimentos y pensión compensatoria post-divorcio para el segundo cónyuge, en los términos previstos por el convenio de La Haya de 2 octubre 1973 sobre la Ley aplicable a las obligaciones de alimentos. La segunda o ulterior esposa será considerada como “esposa” a efectos de percibir alimentos y/o pensión compensatoria post-divorcio, por parte del cónyuge varón polígamo. La cuantía será determinada por la Ley que regula los alimentos a tenor del citado Convenio de La Haya de 2 octubre 1973 sobre la Ley aplicable a las obligaciones de alimentos. El convenio presenta carácter *erga omnes* y ha sido ratificado por España.

36. d) Adquisición de la nacionalidad. Se trata de una cuestión compleja. El Derecho español de la nacionalidad establece una “adquisición privilegiada” de la nacionalidad por razón de matrimonio: ¿qué cónyuge se beneficia de ello? ¿La primera esposa o una ulterior esposa elegida por el marido para una eventual reagrupación familiar en España? La legislación española de nacionalidad, en lamentable falta de previsión del legislador, calla al respecto. Ante la laguna, dos soluciones son posibles: (a) Visto que el Derecho de la nacionalidad exige un año de residencia legal en España a la esposa del extranjero que ha adquirido la nacionalidad españo-

²⁰ I. FADLALLAH, *La famille légitime en droit international privé*, Dalloz, Paris, 1977; Id., “Vers la reconnaissance de la répudiation musulmane par le juge français?”, *RCDIP*, 1981, pp. 17-34.

la, se beneficiará del acceso privilegiado a la nacionalidad española la esposa que ha sido reagrupada por el inmigrante antes extranjero. Es una interpretación en sintonía con la *legislación de extranjería*. Pero presenta un “punto débil”: se beneficia al segundo o posterior cónyuge del varón polígamo y no al primer cónyuge; (b) Visto que el único matrimonio que puede acceder al Registro Civil español es el *primer matrimonio* del antes extranjero y ahora español, sólo la *primera esposa* podrá beneficiarse del acceso privilegiado a la nacionalidad española. Es una interpretación en sintonía con la *legislación registral*. Pues bien: esta segunda interpretación parece preferible, porque en caso contrario, existiría una esposa de ciudadano español, inscrita en el Registro, y que no podría ejercer su derecho a una adquisición de la nacionalidad mediante un plazo de residencia reducido. La solución parece la única posible. Pero no es *satisfactoria*: ¿qué hacer con un eventual segundo cónyuge reagrupado en España que no puede acceder a la nacionalidad española mediante un plazo de residencia reducido? Por ello, una intervención del legislador que armonizase la legislación registral, de nacionalidad, y de extranjería es, actualmente, absolutamente necesaria.

37. e) *Derecho a la pensión de viudedad por parte de las distintas esposas del varón polígamo*. Este derecho ha sido reconocido en favor de “segundas esposas” de un varón polígamo fallecido, por la jurisprudencia española en varias resoluciones: Sent. Juzgado social núm.6 Barcelona de 10 octubre 2001, caso *Khadidja K. vs. INSS y Fátima C.*; STSJ Madrid 29 julio 2002 y Sent. Juzgado de lo Social de La Coruña de 13 julio 1998. Estas resoluciones han procedido a “repartir la “pensión de viudedad”, a *partes iguales*, entre las esposas del varón cónyuge polígamo fallecido, como ha sido bien destacado por M. VARGAS URRUTIA y por F.J. TIRADO SUÁREZ²¹. Así, en el caso fallado por la Sent. Juzgado de lo Social de La Coruña de 13 julio 1998, el juzgador estimó que la Ley General de la Seguridad Social española sólo exige, para otorgar la “pensión de viudedad”, que exista “matrimonio válido” o “legal”. Y entiende que existe matrimonio legal cuando así es considerado por la Ley que rige dicho matrimonio, en este caso, la Ley senagalesa. Cabe preguntarse qué habría ocurrido de ser la primera esposa una mujer de *nacionalidad española*: ¿hubiera repartido el juzgado a *partes iguales* la “pensión de viudedad” entre la primera esposa española y la segunda esposa extranjera cuya Ley nacional admite el matrimonio poligámico? El caso se ha presentado en Francia (Sent. *Cour Cassation* francesa 6 julio 1988, *Baaziz*): la *Cour de Cassation* francesa estimó que

²¹ M. VARGAS URRUTIA, “Matrimonio poligámico, orden público y extranjería”, *Actualidad Laboral*, n.33, semana del 8 sept. al 14 sept. 2003; F.J. TIRADO SUÁREZ, “Aproximación a la necesidad de indemnización de los derecho habientes de varón polígamo de religión mahometana fallecido en España en accidente de tráfico”, *Derecho registral internacional. Homenaje a la memoria del profesor Rafael Arroyo Montero*, Iprolex, Madrid, 2003, pp. 305-324, esp. pp. 311-312.

sólo debía considerarse válido el primer matrimonio contraído por un ciudadano argelino, -y celebrado, curiosamente, con ciudadana francesa-, y que debía estimarse nulo el segundo matrimonio por ser contrario al “orden público internacional francés”. La jurisprudencia francesa citada utiliza el concepto antes aludido de “orden público de proximidad” para favorecer a esposas francesas de varones polígamos extranjeros, discriminando así a las otras *esposas extranjeras* sólo por el hecho de su nacionalidad. Se generan dos clases de esposas: las “protegidas” (= por supuesto, las esposas francesas, sólo faltaría), y las no protegidas (= por supuesto, esposas extranjeras).

38. f) *Régimen económico del matrimonio poligámico*. Las Leyes extranjeras que admiten el matrimonio poligámico establecen un riguroso sistema de “separación de bienes”. Ello facilita la “economía familiar”, porque una “comunidad económica conyugal” formada por un esposo y varias esposas resulta muy difícil de articular desde el punto de vista jurídico. Ahora bien: la Ley aplicable al régimen económico matrimonial se fija con arreglo al art. 9.3 Cc. -si se otorgan capitulaciones matrimoniales-, y art. 9.2 Cc. -en defecto de capitulaciones-. La doctrina se ha preguntado sobre la posibilidad de que los esposos “pacten” un régimen de “sociedad de gananciales” o similar. Al respecto cabe formular varias observaciones.

Primera. El art. 9.3 Cc. permite a los cónyuges elaborar unas capitulaciones matrimoniales que establezcan un régimen de sociedad de gananciales, por ejemplo, en el caso de esposos argelinos que residen habitualmente en España. Incluso se puede defender que es posible admitir que los cónyuges, en el ejemplo propuesto, elijan, directamente, como Ley aplicable a su régimen económico matrimonial, el previsto como regla general en el Derecho civil común español.

Segunda. Nada hay que objetar a un pacto como el antes referido en favor de una sociedad de gananciales en el supuesto de una “poligamia virtual” (= esposo casado con una sola mujer pero al que su Ley nacional le permite contraer nuevo matrimonio sin disolver el primero, aunque no lo ha hecho), como ha defendido con solvencia I. FADLALLAH²².

Tercera. Podría darse el caso, muy complejo, de una “sociedad de gananciales sucesiva” entre el varón polígamo y sus varias esposas, si los interesados así lo han querido. La dificultad de articulación jurídica de esta “sociedad de gananciales sucesiva” es real, pero eso no quiere decir que sea imposible. Como ha defendido el autor antes citado, existen reglas para casos similares en los Derechos occidentales, como sucede en el caso de bigamia cuando el segundo matrimonio es putativo.

²² I FADLALLAH, *La famille légitime en droit international privé*, Dalloz, Paris, 1977; Id., “Vers la reconnaissance de la répudiation musulmane par le juge français?”, *RCDIP*, 1981, pp. 17-34.

39. Segunda consecuencia. Igualmente, no es contraria al orden público español la aplicación de una Ley que permita el matrimonio poligámico pero que se aplica al primer matrimonio del sujeto (B. BOURDELOIS²³). Se trata sólo de un matrimonio *potencialmente poligámico* pero no *realmente poligámico*: el sujeto sólo está casado una vez, y aunque puede contraer, según su Ley nacional, otro matrimonio sin disolver el primero, no lo ha hecho y no hay razones para “presumir” que lo hará.

3. MATRIMONIOS PROHIBIDOS POR RAZÓN DE RELIGIÓN Y/O ETNIA.

40. En ciertos países de legislación coránica, sólo se permite contraer matrimonio a las mujeres musulmanas con un sujeto de religión islámica. Así, en Irán, es precisa una “autorización pública” para que una mujer musulmana pueda contraer matrimonio válido con un sujeto no musulmán (= impedimento de *disparitas cultus*). Pues bien: como ha precisado la doctrina y la DGRN, la aplicación de estas Leyes es contraria al *principio de igualdad entre los sexos y al jus nubendi* y debe ser descartada. Se aplicará, entonces, a la cuestión, la *Ley española = Lex Fori*: RDGRN [1^a] 10 junio 1999, RDGRN 27 junio 1992.

41. También es contraria al orden público internacional español la aplicación de Leyes extranjeras que impiden el matrimonio entre personas de *razas distintas* (B. AUDIT²⁴) y la aplicación de Leyes extranjeras las que impiden el matrimonio de *personas ordenadas* según una determinada religión (J.M. BISCHOFF²⁵).

4. MATRIMONIO HOMOSEXUAL INTERNACIONAL.

42. Países como Holanda y Bélgica admiten el matrimonio entre personas del mismo sexo. Se trata de un verdadero “matrimonio”. Y no se está hablando de círculos culturales “alejados” o enfrentados al *standard jurídico occidental*, sino de países europeos y comunitarios. El fenómeno del matrimonio homosexual se está extendiendo por todo el mundo y esta tendencia parece cobrar forma concreta en cada vez más ordenamientos jurídicos.

43. La DGRN y el TS han considerado que el único tipo de matrimonio admitido actualmente en *Derecho civil español* es el matrimonio entre *personas de distinto sexo*. Esta afirmación es válida para los “casos nacionales españoles” (= casos enteramente conectados con España, sin “elementos extranjeros”).

44. La anterior afirmación no supone que haya que negar radicalmente la aplicación de una Ley extranjera que admita el matrimonio homosexual. En efecto: en

²³ B. BOURDELOIS, *Marriage polygamique et droit positif français*, París, 1993.

²⁴ B. AUDIT, *Droit international privé*, Economica, París, 3^a ed., 2000, p. 545.

²⁵ J.M. BISCHOFF, "Le mariage polygamique en droit international privé. Droit international privé", TCFDIP, 1980, pp. 91-103; Id., "Mariage", E.Dalloz DI, vol.II, 1969, pp. 285-307; Id., "Mariage", *Répertoire de Droit international*, Tome II, 1988.

España son protegidos ciertos “modelos de familia”, como las “parejas de hecho homosexuales”. No se ve por qué el *matrimonio homosexual extranjero* no puede ser protegido y considerado como válido en España. Ahora bien: varias observaciones se imponen para evitar un *relativismo cultural*, -que sería negativo-, y dar entrada a un *universlismo multicultural*, lo que parece más razonable.

45. Primera observación. Cuando el matrimonio homosexual afecta a un español, la capacidad para contraer matrimonio de dicho sujeto se rige por su *Ley nacional = Ley española*. Y el Derecho matrimonial español hoy vigente considerará incapaz al sujeto español para contraer matrimonio con persona de su mismo sexo. Por ello, el matrimonio homosexual contraído en país extranjero por un español no será considerado válido en España, aunque sea válido en el país de celebración del mismo. De esta manera, la validez en España de un matrimonio homosexual válidamente celebrado en el extranjero y que afecta a un español es un *falso problema* para el DIPr., pues en ningún caso dicho matrimonio será válido en España, por la razón de que el contrayente español carece de capacidad matrimonial con arreglo a la Ley estatal que regula su capacidad matrimonial, que es la Ley española. Por ello, en este supuesto, no existe ningún motivo para activar la “válvula de seguridad” del orden público internacional español.

46. Segunda observación. Diferente es el caso de los extranjeros ligados por matrimonio homosexual cuando uno de los cuales adquiere posteriormente la nacionalidad española. Su “matrimonio homosexual” debería acceder al Registro Civil español: art. 15 LRC. Pero varias posiciones se han sostenido al respecto:

a) Parte de la doctrina afirma que debe intervenir el *orden público internacional español* e impedirse el acceso de este matrimonio al Registro Civil español, porque la aplicación de la Ley extranjera, -correspondiente a la nacionalidad extranjera del ahora sujeto español-, comporta resultados *incompatibles con los principios básicos del Derecho matrimonial español*.

b) Otros autores defienden la no intervención del orden público internacional español basándose en la *tesis de las situaciones creadas y agotadas en el extranjero (caso de la “Banca Otomana”)*, brillante tesis propuesta, hace ya años, por PH. FRANCESKAKIS²⁶. Estos autores indican que el matrimonio homosexual contemplado es una situación jurídica *creada* en un país extranjero y que ha desplegado sus *efectos principales* en dicho país. Por esta razón, no está justificado aplicar las normas de

²⁶ PH. FRANCESKAKIS, "Droit international privé", *E.Daloz DI*, vol.I, 1968, pp. 671-674; Id., "Droit international privé comparé", *E.Daloz DI*, vol.I, 1968, pp. 674-688; Id., "Conflits de lois (Principes généraux)", *E.Daloz DI*, vol.I, París, 1968, pp. 370-497; ID., *La théorie du renvoi et les conflits de systemes en droit international privé*, Paris, Sirey, 1958.

conflicto españolas: es más sensato aplicar las *normas de conflicto* del país en el que la situación fue creada y desplegó sus efectos principales. Ello potenciaría la *seguridad jurídica* y la *continuidad internacional* de las situaciones válidamente constituidas en un país, pues aplicando las normas de DIPr. extranjeras, el matrimonio homosexual sería válido. No obstante, esta tesis, muy sugerente y acertada, es difícil que encuentre aplicación en este caso, porque la situación privada internacional, -el matrimonio homosexual-, debe producir también sus *efectos principales* en España, y por ello se solicita su inscripción registral en España. Por tanto, la tesis no puede ser aceptada en relación con este caso.

c) Una tercera tesis afirma que debe aplicarse la Ley extranjera correspondiente a la nacionalidad de los contrayentes en el momento de celebración del matrimonio. Pues bien: puede sostenerse que la aplicación de dicha Ley extranjera no, hoy día, es contraria al *orden público internacional español*. La razón es que en ciertas Comunidades Autónomas de España se admiten las “parejas de hecho homosexuales”, modelo *diferente* pero *no alejado* del “matrimonio homosexual”, lo que refleja que la *heterosexualidad* del matrimonio ya no constituye un principio fundamental integrante del orden público internacional español, aunque en Derecho español no se admita ni se regule el matrimonio homosexual. Esta tercera tesis, aunque resulta arriesgada, parece preferible: fomenta la validez en España de un matrimonio válido en el extranjero, evitando *situaciones claudicantes* e incrementando la *seguridad jurídica internacional*; no fomenta necesariamente el *turismo homosexual internacional* dirigido hacia países que admiten este tipo de matrimonio, pues la tesis sólo es operativa si ninguno de los contrayentes es español en el momento de celebración del matrimonio. Además, esta tesis encaja con el principio constitucional de protección a los distintos “modelos de familia” (art. 39 CE 1978), incluyendo entre tales modelos, a la “familia / matrimonio homosexual”.

47. Tercera observación. Distinto es el caso de un matrimonio homosexual que afecta exclusivamente a extranjeros y su respectiva Ley nacional los considera capaces para contraer matrimonio con personas del mismo sexo. Dos posiciones pueden sostenerse:

1º) Una primera posición, arriesgada, es considerar, como antes se ha hecho, que la aplicación de la Ley extranjera que admite el matrimonio homosexual no es contraria al orden público internacional español. Dicho matrimonio podrá celebrarse, incluso, en España.

2º) Una segunda posición, más moderada, consiste en defender la operatividad de un *orden público internacional atenuado*. Según se ha dicho antes, el “orden público internacional atenuado” consiste en lo siguiente: intervendrá el orden público internacional si se trata de *crear* en España una situación jurídica determinada (=

no podrá celebrarse en España un matrimonio homosexual aunque lo permitan las Leyes extranjeras correspondientes a la nacionalidad de los sujetos: art. 9.1 Cc.). Sin embargo, se deben admitir en España ciertos *efectos* que nacen de una situación jurídica *ya nacida* en el extranjero con arreglo a una legislación extranjera que considera válida tal situación (= el matrimonio homosexual). De esta forma, estos matrimonios no deben acceder al Registro civil español, -ni afectan a españoles ni han sido celebrados en España: art. 15 LRC- (= no producen *efectos constitutivos* en España ni tampoco nadie lo pretende). Pero por otro lado, los efectos que estos matrimonios homosexuales entre extranjeros producen *en otros órdenes jurídicos*, -sucesiones, alimentos, etc.-, son perfectamente admisibles en España. Así, se podría considerar que, exclusivamente a tales efectos, estos matrimonios homosexuales son *válidos* en España.

5. MATRIMONIO INTERNACIONAL DE TRANSEXUALES.

48. En Derecho civil español, el legislador nada ha dispuesto al respecto. El silencio legal fue interpretado en un primer momento por el TS y por la DGRN como una negativa al matrimonio del transexual con persona de su anterior sexo biológico: *vid., obiter dicta*, STS 3 marzo 1989. Pero en 2001 se produjo un importantísimo giro en la cuestión. La DGRN (RRDGRN 8 enero 2001, RDGRN 31 enero 2001) admitió sin fisuras que, en Derecho español, los transexuales pueden contraer matrimonio con personas de su anterior sexo. La base jurídica de esta nueva tesis se halla en el principio constitucional de “libre desarrollo de la personalidad” (art. 10.1 CE 1978) y en el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de 4 noviembre 1950, pese a la tímida y criticable posición asumida por la STEDH 30 julio 1998 en relación con el matrimonio de transexuales.

49. Pues bien, en los *casos internacionales*, hay que tener en cuenta que el “sexo actual de la persona” se determina con arreglo a la *Ley nacional* de tal persona, porque es una cuestión de *capacidad nupcial*. Visto que ya en España se admite el matrimonio de transexuales, las Leyes extranjeras que permiten el matrimonio entre transexuales no resultan contrarias al orden público internacional español, como muy bien señaló ya hace años J.M. ESPINAR VICENTE²⁷.

50. Es más, en la actualidad, cabe sostener la tesis opuesta: será contraria al “orden público internacional español”, -por vulnerar el *jus connubii*-, la aplicación de una Ley extranjera que no conceda capacidad matrimonial al transexual (art. 12.3 Cc.). En dicho caso, descartada la aplicación de la Ley extranjera, la cuestión quedará sujeta a la *Ley española* y el matrimonio será posible y válido en España.

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

6. MATRIMONIO ENTRE PARIENTES CERCANOS Y MATRIMONIO DE NIÑOS.

51. Una Ley extranjera, si es que existe, que permita un matrimonio entre parientes en línea recta o entre hermanos, aunque sea previa “dispensa”, no podrá ser aplicada en España porque vulnera el principio de orden público internacional español de la *exogamia*, principio que es común a otros Derechos de la órbita occidental (J.M. BISCHOFF, J. MESTRE²⁸).

52. También es contraria al orden público internacional la aplicación en España de las Leyes extranjeras que admitan un matrimonio entre sujetos que no hayan alcanzado la pubertad: la edad hábil par contraer matrimonio no tiene por qué coincidir con la *edad mínima* exigida por el *Derecho español* al efecto. Pero el juez valorará el caso, -desde perfiles psicológicos y físicos-, para impedir el *matrimonio de niños*. La aplicación de Leyes extranjeras que exigen el consentimiento de los padres u otras personas para que un “menor de edad” pueda contraer matrimonio no resulta contraria al orden público internacional español (art. 12.3 Cc.). Pero en ningún caso podrá darse validez ni efecto alguno en España a un “matrimonio de niños” celebrado en el extranjero, ni mucho menos autorizarse su celebración en España.

7. MATRIMONIOS CONCERTADOS Y MATRIMONIOS SIN CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL.

53. La *Ley nacional* de cada contrayente rige el consentimiento matrimonial ex art. 9.1 Cc. Ahora bien, el “orden público internacional español” operará contra la aplicación de la Ley nacional de sujeto en ciertos supuestos y no en otros. Al respecto resulta necesario subrayar varios datos.

54. Primer dato. Son contrarias al orden público internacional español todas las Leyes extranjeras que admiten el “matrimonio concertado” por padres o familiares de los contrayentes, sin que éstos hayan emitido su consentimiento matrimonial (B. AUDIT²⁹), matrimonios todavía hoy frecuentes en algunos países, como la India.

55. Segundo dato. También resulta contraria al orden público internacional la aplicación de Leyes extranjeras que admiten los matrimonios considerados como tales por la concurrencia de determinados “hechos” (= “datos fácticos”) que puede que no reflejen la existencia de un verdadero “consentimiento matrimonial” (G. BALLADORE-PALLIERI³⁰). Así, resultaría contraria al orden público internacional español

²⁸ J. MESTRE, "Le mariage en France des étrangers de statut confessionnel", *RCDIP*, 1977, vol.LXVI, pp. 659-700; J.M. BISCHOFF, "Le mariage poligamique en droit international privé. Droit international privé", *TCFDIP*, 1980, pp. 91-103; Id., "Mariage", *E.Dalloz DI*, vol.II, 1969, pp. 285-307; Id., "Mariage", *Répertoire de Droit international*, Tome II, 1988.

²⁹ B. AUDIT, *Droit international privé*, Economica, París, 3ª ed., 2000, p. 543.

la aplicación en España del art. 133 de la antigua Constitución de Bolivia, que consideraba como matrimonio el *concubinatio* una vez que habían transcurrido dos años de vida en común o una vez que hubiera nacido un hijo común.

56. Tercer dato. La aplicación de las Leyes de inspiración islámica que admiten un consentimiento matrimonial de la mujer por *mero silencio* de la misma ante la propuesta de matrimonio hecha por el varón, no resulta contraria al “orden público internacional español”. No obstante, para admitir la posible validez de un matrimonio en el que la esposa manifiesta su consentimiento mediante “silencio”, es necesario que, según la *Ley extranjera = Ley nacional* del contrayente, quede claro que el silencio de la futura esposa equivale, inequívocamente, al “consentimiento matrimonial” de la mujer.

8. MATRIMONIO ISLÁMICO CON DOTE.

57. Un problema difícil surge con el caso de la *dote* que el varón entrega a la mujer con ocasión del “contrato matrimonial” propio del Derecho islámico. El problema no se plantea exclusivamente en relación a sujetos *extranjeros*, sino también en relación con sujetos *occidentales*, -franceses, españoles, alemanes, etc.-, que han abrazado la fe islámica y que celebran el “contrato matrimonial islámico”. Para fijar el concepto de dote en Derecho islámico y sus caracteres, deben realizarse varias anotaciones, siguiendo el espléndido estudio al respecto desarrollado por M.P. DIAGO DIAGO³¹.

58. Primero: concepto de “dote islámica”. La dote, -como muy bien explica M.P. DIAGO DIAGO-, es la obligación que nace del matrimonio y en virtud de la cual el esposo debe entregar un bien a su esposa, ya se trate de una suma monetaria, de bienes muebles o el usufructo de un inmueble. No se trata de una “compraventa de la esposa”, -como sucedía antes de la expansión del Islam-, pues la mujer es parte y sujeto del “contrato matrimonial”. En la mayor parte de los países islámicos se ha abandonado la idea de fijar un mínimo o un máximo a la dote. El pago de la dote sigue un régimen particular: un primer pago tiene lugar en el momento de celebración del “contrato de matrimonio islámico”, y un segundo pago, en un momento posterior que se fija previamente, como para el caso de un divorcio, repudio o fallecimiento de esposo. Cabe también fijar una dote pagadera semanalmente, mensualmente o anualmente: generalmente es el esposo el que fija estas “modalidades de pago” de la dote, a falta de lo cual se siguen las costumbres del país.

³⁰ G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale privato*, en “Trattato di diritto civile e commerciale”, Ed. Giuffrè, 1974, p. 172.

³¹ 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. 407-442.

59. *Segundo: función que desarrolla la dote en el Derecho islámico.* Para precisar dicha función, deben tenerse presentes los caracteres del Derecho matrimonial y sucesorio islámico. En Derecho islámico, el esposo puede *repudiar* a su esposa. Pero el Derecho islámico no prevé una compensación económica post-divorcio aunque la esposa haya dedicado toda su vida a trabajar en favor del esposo y la familia, ni la creación de un régimen económico matrimonial entre los esposos; además el Derecho islámico permite que el esposo prohíba trabajar a su esposa y ésta no recibe “pensión de viudedad” tras el fallecimiento del marido. Teniendo en cuenta tales presupuestos, se comprende que la “dote islámica” sirve para que la mujer no se encuentre “desprotegida económicamente” tras un eventual repudio o fallecimiento del marido. Por ello, la dote se constituye a favor de la esposa, -y no a favor del padre de ésta-, la cual puede administrarla como tenga por conveniente. Vista la *función* que desarrolla en el Derecho islámico, no hay por qué considerar que la dote es una institución contraria al orden público internacional español.

60. *Tercero: naturaleza jurídica de la dote islámica.* En el Islam existen cuatro escuelas jurídicas y religiosas: *Hanafi*, *Maliki*, *Shafi'i*, y *Hanbali*, seguidas en diferentes países islámicos. Pues bien, las escuelas mantienen posturas diversas sobre la naturaleza jurídica de la dote: a) Algunas Escuelas sostienen que la dote constituye un “efecto del matrimonio”, -Escuelas *Hanafi*, *Shafi'i* y *Hanbali*-, de modo que el contrato matrimonial sin dote es válido, pero la dote puede ser reclamada, posición que se sigue, por ejemplo, en Egipto; b) El Derecho de los países que siguen la Escuela *Maliki*, -como Marruecos y Argelia-, entienden que la dote se configura como una “condición de validez de fondo del matrimonio”. No es una “mera condición formal” de validez del matrimonio, sino una condición de validez sustancial del matrimonio.

61. Pues bien: en relación a la dote islámica, surgen *profundos problemas de calificación* propios del DIPr. La dote no existe actualmente en el Derecho español ni en los Derechos de países occidentales. No existe, en DIPr. español, una norma de conflicto aplicable a la dote. Los problemas calificatorios han sido caldo de cultivo fecundo para diversas propuestas doctrinales:

1º) *Calificación sustancial.* Parte de la doctrina estima que en el caso de dote como condición esencial de la validez del matrimonio, debe aplicarse la norma de conflicto prevista para la validez del *consentimiento* de los cónyuges, lo que conduce a aplicar la Ley nacional de cada cónyuge ex art. 9.1 Cc.

2º) *Calificación como efecto del matrimonio.* Otros autores afirman que cuando la dote es un “efecto del matrimonio” según el Derecho islámico con arreglo al cual se ha entregado, debe aplicarse la Ley que rige los efectos del matrimonio ex art. 9.2 y 3 Cc. Esta opción ha sido seguida por cierta jurisprudencia francesa y alemana.

3º) *Calificación contractual*. Es una tesis seguida en el Reino Unido, y que estima que el “contrato matrimonial islámico” es un *contrato* y la Ley reguladora del mismo debe ser la Ley que rige los contratos internacionales. En España, se aplicaría el art. 10.5 Cc., ya que la materia, al afectar al régimen matrimonial y/o relaciones de familia, estaría excluida del Convenio de Roma de 19 junio 1980.

4º) *Calificación funcional = alimentaria o sucesoria*. No obstante, como señala M.P. DIAGO DIAGO, las anteriores soluciones no convencen plenamente. En el fondo se basan en una calificación *lege causae* de la dote. Es más adecuado recurrir a la teoría de la “calificación por la función”, vista la laguna que en el sistema español de DIPr. existe sobre la dote. Y así, se llega a una doble solución: a) En la mayor parte de los casos, la dote desarrolla una clara *función alimentaria*: la Ley aplicable a la misma sería la Ley que rige los “contratos de alimentos”, esto es, las normas de conflicto del Convenio de La Haya de 2 octubre 1973 sobre Ley aplicable a las obligaciones de alimentos; b) En casos de dote a percibir en el supuesto de fallecimiento del marido, la Ley aplicable a la misma sería la *Ley que rige la sucesión*, esto es, la Ley nacional del causante al momento de su fallecimiento. Por ello, cabe afirmar que la inexistencia o impago de una dote no afecta a la validez o nulidad del matrimonio por falta de consentimiento matrimonial.

9. LOS MATRIMONIOS “SOLO CONSENSU” (COMMON LAW MARRIAGES).

62. Puede ocurrir que, como consecuencia de la aplicación de una Ley extranjera a la forma de celebración del matrimonio, tal ordenamiento extranjero admita, como “forma del matrimonio”, la mera “posesión de estado”: por vivir como cónyuges, *solo consensu, by cohabitation and reputation o by habit and repute*, se considera celebrado el matrimonio y válido. Se trata, por tanto, de una “forma” de celebración sin intervención de funcionario civil o religioso. Es una forma de matrimonio que existía en Europa antes del Concilio de Trento y que se ha mantenido en ciertos países, como algunos *States* de USA en los que, por cierto, existe un fuerte contingente de emigrantes españoles.

63. ¿Son válidos en España estos “matrimonios *solo consensu*”. Dos grandes tesis se han forjado al respecto.

64. 1º) Según ciertos autores, la intervención de “autoridad” en el matrimonio es un principio que forma parte del *orden público internacional español*. Para sostener su postura, estos autores utilizan dos argumentos. *Primero*: el art. 73.3º Cc. sanciona con la nulidad el matrimonio celebrado sin intervención de la autoridad competente. *Segundo*: la Convención de Nueva York de 10 diciembre 1962, en vigor para España, indica que el consentimiento matrimonial debe prestarse ante “autoridad pública” de un Estado. Ambos argumentos deben conducir a rechazar la aplicación de la Ley extranjera en caso de “matrimonio *solo consensu*”, por resultar la aplica-

ción de una Ley extranjera que admita estos matrimonios, contraria al *orden público internacional español*.

65. 2º) Otro sector doctrinal indica que la aplicación de Leyes extranjeras que permiten los matrimonios *solo consensu* no es contraria al orden público internacional español, y ello por dos razones. *Primera*. La "forma del matrimonio" no es elemento *constitutivo* del matrimonio, sino *integrativo* (J.D. GONZÁLEZ CAMPOS³²). Para la existencia del matrimonio sólo es esencial el *consentimiento matrimonial* y no la forma en que se presta. *Segunda*. La interpretación del sistema y la integración de las lagunas del mismo son operaciones a realizar partiendo del *favor matrimonii*, principio previsto en la misma CE 1978. Estos argumentos hacen que esta tesis sea preferible a la anterior: debe, pues, admitirse la aplicación de estas Leyes extranjeras incluso en el caso de que prevean una celebración del matrimonio sin prestación formal y/o solemne del consentimiento ante autoridad pública. Además, esta tesis ha sido apoyada por la RDGRN [1ª] 2 enero 1998, -relativa a un matrimonio entre chinos celebrado en China según la Ley de ese país, que consta documentalmente aunque no hay "autorizante del matrimonio"-, por la RDGRN [3ª] 2 enero 1998, -relativa a un matrimonio celebrado en la India sin funcionario autorizante o celebrante del enlace-, y por la RDGRN [3ª] 26 octubre 2001 -relativa, nuevamente, a un matrimonio celebrado en China respecto del que no consta la participación de un autorizante o celebrante del enlace-.

III. PAREJAS DE HECHO INTERNACIONALES.

66. Para determinar las soluciones de DIPr. a estos casos debe partirse de varios datos previos que ha señalado oportunamente la doctrina (P.Y. GAUTIER, E. JAYME, D. MARTINY, etc.³³).

67. *Primero*. El sistema español de DIPr. carece de una *norma legal específica* que designe la Ley aplicable a las relaciones jurídicas que suscitan las "parejas no casadas" en los supuestos internacionales.

68. *Segundo*. Existe una fuerte *diversidad de regulación* de estos supuestos en Derecho comparado. En efecto: muchos países cuentan con regulaciones jurídicas

³² J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, "Derecho de familia. El matrimonio", en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado*, 5ª ed., Madrid, Eurolex, 1995, pp. 289-328.

³³ P.Y. GAUTIER, "Les couples internationaux de concubins", *RCDIP*, 1991, pp. 524-539; E. JAYME, "Dänisches Partnerschaftsgesetz und IPR", *IPrax*, 1990, p. 197; D. MARTINY, "Internationales Privatrecht [der nichtehelichen Lebensgemeinschaft]", en HAUSSSMANN/HOHLOCH (Hrsg.), *Das Recht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft. Handbuch*, 1999, pp. 562-585; B.L. CARRILLO CARRILLO, "Ley aplicable a las parejas de hecho en DIPr. español", en AA.VV., *Mundialización y Familia*, Colex, Madrid, 2001, pp. 385-451; H. FULCHIRON, "Réflexions sur les unions hors mariage en droit internatio

de la “convivencia de hecho”: Francia, Suecia, Dinamarca, Holanda, ciertas Comunidades Autónomas españolas, etc. Aunque hay otros países donde esta realidad es ignorada por el ordenamiento jurídico: España, -Derecho civil común-, Suiza, países islámicos, etc. Ello refuerza la necesidad de precisar la *Ley aplicable a los casos internacionales* de parejas de hecho.

69. Tercero. Las Leyes extranjeras que contemplan la figura jurídica de las “parejas no casadas” suelen contener “criterios de aplicación en el espacio”, de manera que son aplicables cuando se verifica un ligamen, más o menos estrecho, entre los sujetos y el Estado del que se trata (G. ROSSOLILLO³⁴). Pero cada Ley mantiene sus propios criterios. Así, las leyes suecas requieren, desde 2000, el previo *domicilio* de al menos uno de los convivientes en Suecia, exigiendo que tal domicilio en Suecia se haya establecido dos años antes e la inscripción de la “pareja de hecho”. Por otro lado, en Dinamarca se exige la *residencia habitual* en dicho país de ambos convivientes, con una duración de al menos dos años anteriores al registro de la “pareja de hecho”. La Ley holandesa exige exclusivamente la *residencia* de uno solo de los convivientes en Holanda. Y mucho menos exigente se presenta la ley alemana de 2001, que no exige *ningún requisito subjetivo* para registrar en Alemania la “pareja de hecho”. Sin embargo, un rasgo común puede apreciarse en estas regulaciones: el progresivo abandono de la “nacionalidad” como criterio para determinar la aplicación de las leyes sobre parejas de hecho en casos internacionales.

70. Cuarto. La regulación de estos supuestos en Leyes autonómicas españolas, -Aragón, Cataluña, Navarra, Islas Baleares, etc.-, ha cambiado el *punto de vista* a la

nal privé”, *JDI Clunet*, 2000, pp. 889-913; N. GOÑI URRIZA, “La Ley navarra para la igualdad jurídica de las parejas estables”, en AA.VV., *Mundialización y Familia*, Colex, Madrid, 2001, pp. 385-451; H. FULCHIRON, Réflexions sur les unions hors mariage en droit international privé”, *jdj Clunet*, 2000, pp. 889-913; B. N. GOÑI URRIZA, “La ley navarra para la igualdad jurídica de las parejas estables”, en AA. VV., *Mundialización y Familia*, Colex, Madrid, 2001, pp. 375-384; H.U. JESSURUN D’OLIVEIRA, “Registered Partnerships, Pacses and Private International Law. Some Reflections”, *RDIPP*, 2000, pp. 293-322; G. KHAIRALLAH, “Les ‘partenariats organisés’ en droit international privé”, *RCDIP*, 2000, pp. 317-330; I. LÁZARO GONZÁLEZ, *Las uniones de hecho en el DIPr. español*, Tecnos, 1999; E. PÉREZ VERA, “Las parejas de hecho desde la perspectiva del Derecho internacional privado español”, *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, Colex, 2000, pp. 131-138; G. Rossolillo, “Registered Partnerships e matrimoni tra persone dello stesso sesso: problemi di qualificazione ed effetti nell’ordinamento italiano”, *RDIPP*, 2003, pp. 353-362; A. RÖTHEL, “Registrierte Partnerschaften im internationalen Privatrecht”, *IPRax*, 2000, pp. 74-78; R. WAGNER, “Das neue Internationale Privat- und Verfahrensrecht zur eingetragenen Lebenspartnerschaft”, *Iprax*, 2001-4, pp. 281 ss.

³⁴ G. ROSSOLILLO, “Registered Partnerships e matrimoni tra persone dello stesso sesso: problemi di qualificazione ed effetti nell’ordinamento italiano”, *RDIPP*, 2003, pp. 353-362.

hora de precisar la regulación de estos supuestos en DIPr. español: ya no puede hablarse de que no existe un *estado jurídico* de “convivientes de hecho”, porque sí existe; y también existe un conjunto de derechos y obligaciones establecido por la Ley para los convivientes de hecho. Y, por esta razón, de ninguna manera puede afirmarse hoy día que la aplicación de una Ley extranjera que admita el estado jurídico de “pareja de hecho” sea contraria al “orden público internacional español”.

71. La doctrina se ha lanzado a la integración de la laguna legal existente en DIPr. español proponiendo tres grandes tesis antagónicas: 1º) *Tesis de los derechos y deberes de familia*; 2º) *Tesis de la aplicación analógica del DIPr. matrimonial*; 3º) *Tesis de la autonomía de la voluntad conflictual*.

72. 1º) *Tesis de los “derechos y deberes de familia”*. Cierta doctrina afirma que el art. 9.1 Cc. es aplicable a la cuestión de la existencia, efectos y disolución de la pareja de hecho. Por consiguiente, la Ley nacional común de los convivientes rige dichas cuestiones. La tesis se basa en la *fuerza expansiva* del art. 9.1 Cc. en cuestiones jurídicas relacionadas con la “persona y la familia”, que es lo mismo que afirmar que el art. 9.1 Cc. contiene un *principio general de reglamentación* según el cual, las cuestiones relativas a los “derechos y deberes de familia” se regulan por la *Ley nacional de la persona* (M.A. AMORES CONRADI³⁵). En el caso que los convivientes de hecho ostenten *distinta nacionalidad*, deberá recurrirse a la *Ley de su residencia habitual común*, siguiendo la doctrina y práctica jurisprudencial francesa.

73. Pero esta tesis es rechazable por varias razones, que pueden resumirse, sintéticamente, en las que siguen:

a) El art. 9.1 Cc. presenta una *doble laguna axiológica*. En primer término, el legislador no pensó en las “parejas de hecho” cuando redactó en 1974 dicho precepto. Aplicarlo a estos casos iría en contra de la intención del legislador y de la *ratio* de la norma. En segundo término, el art. 9.1 Cc. fue diseñado para asegurar la *Soberanía del Estado* sobre sus nacionales que habitan en el extranjero, objetivo que hoy es innecesario, anticuado y perjudicial para los particulares, ya que vulnera la previsibilidad de la Ley aplicable y el libre desarrollo de la personalidad. No siendo preciso hoy día asegurar la Soberanía nacional mediante la aplicación de la Ley nacional a las cuestiones relativas a la persona, el art. 9.1 Cc. pierde, en muchos casos, su razón de ser, -existe una nueva *laguna axiológica*-, y es aconsejable que el aplicador del DIPr. se aparte del precepto. El art. 9.1 Cc. sólo debería aplicarse en el caso en el que los sujetos implicados estén todavía integrados en la comuni-

³⁵ M.A. AMORES CONRADI, "Art. 9.1 Cc.", *Comentarios al Código Civil. Ministerio de Justicia*, 1991, pp. 76-79.

dad social y jurídica de su país de origen, pero no en el caso de que se hallen “desvinculados” de su comunidad de origen. En ese caso, el vínculo “nacionalidad” es un mero ligamen formal desprovisto de “significado sustancial” y de “significado conflictual”.

b) El principio de la *Ley nacional* aplicable a cuestiones de estado de la persona no es un *principio absoluto*, sino *relativo*. En efecto, el supuesto “principio general” sufre numerosas *excepciones*, -como se comprueba en los distintos párrafos del art. 9 Cc., plagados de casos en los que el legislador se aparta del principio de la “Ley nacional” en materias relativas a la persona y familia-, y está en evidente retroceso en nuestro DIPr. (= “retirada” de la Ley nacional en favor de otras conexiones más *significativas y sustanciales*).

74. 2º) Tesis de la aplicación analógica del DIPr. matrimonial. Ciertos autores (A. BUCHER, H.U. JESSURUN D’OLIVEIRA, S. OTHENIN-GIRARD, G. KHAIRALLAH, A. RÖTHEL, etc.³⁶) y cierta jurisprudencia (SAP Navarra 12 junio 2002) consideran que existe *analogía* entre las “parejas de hecho” y el “matrimonio”, por lo que deben aplicarse a las parejas de hecho las normas de DIPr. relativas al matrimonio. En efecto: ambas instituciones, afirman estos autores, persiguen, al menos parcialmente, las mismas finalidades del matrimonio: creación de una comunidad de vida entre dos sujetos, fundada sobre deberes de asistencia moral y material e incompatible con la existencia otros vínculos de la misma naturaleza, como explica G. ROSSOLILLO³⁷. Por ello, deben aplicarse a las “parejas de hecho” las normas de DIPr. relativas al “matrimonio”. El resultado de esta tesis es el siguiente:

a) *Existencia de la “pareja de hecho”*. Para saber si existe “pareja de hecho”, sería aplicable el art. 9.1 Cc. -que regula el consentimiento matrimonial-, y por tanto la Ley nacional de la persona. Es de suponer que a falta de *nacionalidad común*, se aplique la *Ley de la residencia habitual común*. Alguna resolución española ha seguido esta vía, pero ha aplicado, a la cuestión de saber si existe “pareja de hecho”, el art. 9.2 Cc., sin que ello esté justificado: SAP Navarra 12 junio 2002, en un caso de Derecho interregional.

b) *Efectos entre los convivientes*. Es aplicable por analogía el art. 9.2 Cc. De nuevo será aplicable la Ley nacional común de los convivientes; en su defecto, la

³⁶ A. BUCHER, “La famille en droit international privé”, *RCADI*, 2000, vol. 283, pp. 19-186; H.U. JESSURUN D’OLIVEIRA, “Registered Partnerships, Paces and Private International Law. Some Reflections”, *RDIPP*, 2000, pp. 293-322; G. KHAIRALLAH, “Les ‘partenariats organisés’ en droit international privé”, *RCDIP*, 2000, pp. 317-330; A. RÖTHEL, “Registrierte Partnerschaften im internationalen Privatrecht”, *IPRax*, 2000, pp. 74-78.

³⁷ G. ROSSOLILLO, “Registered Partnerships e matrimoni tra persone dello stesso sesso: problemi di qualificazione ed effetti nell’ordinamento italiano”, *RDIPP*, 2003, pp. 353-362.

Ley elegida, dentro de ciertos límites, por los convivientes; a falta de elección de Ley, se aplica el Derecho del país del domicilio inmediatamente posterior a la constitución de la pareja de hecho, y finalmente, a falta de los criterios anteriores, la Ley del país de constitución de la pareja de hecho.

c) *Disolución de la pareja de hecho*. Es aplicable, por analogía, el art. 107.2 Cc., en su versión reformada de 2003. De tal modo, deberá estarse a la Ley nacional común en el momento de la disolución; en su defecto a la Ley del país de residencia habitual común en el momento de la disolución de la pareja de hecho, y a falta de residencia habitual común, a la Ley del país correspondiente a la última residencia habitual común de la pareja de hecho, si uno de los cónyuges aún reside habitualmente en dicho Estado. De todos modos, sería aplicable la Ley española siempre que uno de los convivientes sea español o resida habitualmente en España, si no resultara aplicable ninguna de las leyes anteriormente mencionadas, si se trata de una disolución de la pareja de hecho por mutuo acuerdo, o si la Ley extranjera designada anteriormente, no contempla la disolución de la pareja de hecho.

75. Pero esta segunda tesis es también rechazable. Como ha declarado el TC español, "matrimonio" y "pareja de hecho" son situaciones distintas entre las que no cabe apreciar *analogía*. La STC 27 mayo 1994 se pronuncia en dicho sentido, y buena parte de la doctrina, por este motivo, niega la aplicación analógica de las normas de DIPr. sobre matrimonio a las parejas de hecho internacionales (B. DUTOIT, J.D. GONZÁLEZ CAMPOS³⁸). La SAP Girona 2 octubre 2002 no ha seguido esta tesis.

76. 3º) *Tesis de la autonomía de la voluntad conflictual*. Esta tesis, -defendida en España por A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ Y POR B.L. CARRILLO CARRILLO³⁹, parte de un dato clave: existe una *laguna legal* en el sistema español de DIPr. No siendo aplicable el art. 9.1 Cc. ni tampoco las normas de DIPr. reguladoras del matrimonio. subsiste una *laguna legal* que hay que integrar. A tal efecto, habrá que distinguir dos grandes aspectos.

77. a) *Ley aplicable a la existencia de la pareja de hecho, a las relaciones entre los convivientes de hecho y a la disolución de la pareja de hecho*. El DIPr. español carece de solución legal específica. No cabe aplicar por analogía las normas de

³⁸ B. DUTOIT, *Droit international privé suisse. Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, Bâle, 1996; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, "Derecho de familia. El matrimonio", en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado*, 5ª ed., Madrid, Eurolex, 1995, pp. 289-328.

³⁹ B.L. CARRILLO CARRILLO, "Ley aplicable a las parejas de hecho en DIPr. español", en AA.VV., *Mundialización y Familia*, Colex, Madrid, 2001, pp. 385-451; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Matrimonio y parejas de hecho", en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, Granada, Editorial Comares, 4ª edición, Granada, 2003, pp. 103-107; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho de Familia Internacional*, colección "El Derecho de la Globalización", Ed.Colex, Madrid, 2003, pp. 117-122.

DIPr. sobre el matrimonio ni tampoco el art. 9.1 Cc., por las razones vistas. El posible “cuadro de soluciones” al problema puede quedar fijado de la siguiente forma.

Primero. La existencia, efectos interpartes y disolución de la pareja de hecho se regirán, en primer lugar por la *Ley elegida por las partes*. Se recurre al *principio de autonomía de la voluntad*, que es un principio básico en la regulación jurídica de las parejas de hecho que vertebra este tipo de relaciones y que manifiesta el verdadero vínculo de las personas con una “comunidad nacional”. En efecto: no hay convivencia de hecho sin *voluntad de las partes*, lo que queda patente, por ejemplo, en la Ley 18/2001 de 19 diciembre sobre parejas estables de las Islas Baleares (art. 2.3) cuya aplicación se subordina a la voluntad de las partes. Las partes podrán así elegir la Ley de la comunidad social / nacional en la que se sienten integrados, lo que hace que este “punto de conexión” cobre “sentido conflictual” y no aparezca vacío de significado o como un “ligamen meramente formal”.

Segundo. A falta de elección de Ley, dos soluciones son posibles para determinar la Ley aplicable a la constitución de la pareja no casada y las relaciones entre los convivientes. Primera solución: consiste en aplicar la *Lex Originis*, esto es, la Ley del país donde se inició la convivencia voluntaria de los convivientes o Ley del país en el que otorgaron documento público de su voluntad de convivir: *principio de origen de la relación jurídica*. Ello dotará al supuesto de *previsibilidad* de la Ley estatal aplicable. Éste ha sido el modelo adoptado en 2001 en Alemania y plasmado en el art. 17.b) EGBGB (R. WAGNER⁴⁰), y en 2002 en Finlandia (G. ROSSOLILLO⁴¹). La toma en consideración, como norma de conflicto bilateral, de una regla que utilice como punto de conexión, la “celebración-registro de la unión no matrimonial”, va ganado terreno en la doctrina como propuesta de *lege ferenda* (G. ROSSOLILLO⁴²). De ese modo, como ya sucede en el DIPr. alemán, la existencia, efectos intrínsecos y disolución de la “pareja de hecho”, se regirán por la Ley del país de celebración-registro de la “pareja de hecho”. Segunda solución: consiste en aplicar la *Ley del país más vinculado con la situación* (*Closest and Most Real Connection*). Algunos autores (B. CARRILLO CARRILLO⁴³) indican que debe recurrirse al *principio de proximidad* como principio general del DIPr. De ese modo, el juez determinará, según las circunstancias del caso, el país más vinculado con la situación, cuya Ley será aplicable.

⁴⁰ R. WAGNER, "Das neue Internationale Privat- und Verfahrensrecht zur eingetragenen Lebenspartnerschaft", Iprax, 2001-4, pp. 281 ss.

⁴¹ G. ROSSOLILLO, "Registered Partnerships e matrimoni tra persone dello stesso sesso: problemi di qualificazione ed effetti nell'ordinamento italiano", RDIPP, 2003, pp. 353-362.

⁴² G. ROSSOLILLO, "Registered Partnerships e matrimoni tra persone dello stesso sesso: problemi di qualificazione ed effetti nell'ordinamento italiano", RDIPP, 2003, pp. 353-362.

⁴³ B.L. CARRILLO CARRILLO, "Ley aplicable a las parejas de hecho en DIPr. español", en AA.VV., *Mundialización y Familia*, Colex, Madrid, 2001, pp. 385-451.

78. b) Ley aplicable a “otros efectos” derivados de la convivencia de hecho. Las Leyes que reconocen la existencia de estas parejas de hecho otorgan a los convivientes ciertos derechos y prerrogativas: prestaciones de Seguridad Social, derechos hereditarios, alimentos, etc. Estas cuestiones se regirán por la Ley aplicable designada por la correspondiente norma de DIPr. Así para saber si el conviviente superviviente tiene *derechos sucesorios* o no, se estará a la Ley nacional del causante: art. 9.8 Cc. Para saber si tiene o no derecho de *alimentos*, se estará a la Ley designada por el Convenio de La Haya de 2 octubre 1973, que cubre las “relaciones de familia” y estas *parejas de hecho* constituyen una “familia”.

79. La tesis de la *autonomía de la voluntad conflictual* ha sido acogida por la SAP Girona 2 octubre 2002, cierto que sin la claridad que hubiera sido deseable. Se trataba de un caso en el que dos convivientes de hecho, de nacionalidad suiza y residentes en Cataluña, litigaban por la pensión compensatoria que se deriva de la ruptura de la pareja de hecho. La SAP Girona 2 octubre 2002 descarta la aplicación del *Derecho suizo* porque no fue alegado, invocado ni probado por las partes. Como dice la SAP Girona 2 octubre 2002, “ambos litigantes consideran aplicable [la normativa catalana sobre parejas de hecho] ya que la invocan tanto en la demanda como en la contestación a la misma”. Por eso, y porque ambos tienen su residencia habitual en Cataluña, la Ley catalana es aplicable según la citada SAP Girona 2 octubre 2002.

80. Existen, como se ha avanzado, diversas normas autonómicas relativas a las parejas de hecho internacionales. Así, la Ley catalana 10/1998 de 15 de julio de uniones estables de parejas contiene normas que indican la *Ley aplicable* a las parejas de hecho tanto en casos interregionales como internacionales. Utiliza para ello, criterios de determinación del “ámbito de aplicación en el espacio” de la citada Ley catalana. Así, declara que dicha Ley se aplica siempre que uno de los convivientes tenga *vecindad civil catalana* (arts. 1.1 y 19.2). Similares criterios de delimitación del ámbito espacial de aplicación se contienen en la Ley Foral 7/2000 de 3 julio de Navarra (art. 2.3) y en la Ley 18/2001 de 19 diciembre sobre parejas estables de las *Islas Baleares* (art. 2.3). Más prudente ha sido la Ley aragonesa sobre parejas de hecho, que para evitar problemas de inconstitucionalidad, guarda silencio sobre su ámbito de aplicación en el espacio. Frente a esta situación cabe adoptar dos posturas.

81. 1º) Tesis de la inconstitucionalidad. Estas normas autonómicas resuelven “conflictos de Leyes” a través del *método intermedio de reglamentación*. Son, por tanto, normas de DIPr. y normas de Derecho interregional. Como tales, son normas nulas de pleno derecho, ya que infringen el art. 149.1.8º CE 1978, que reserva al *Estado central* la competencia para dictar “normas para resolver los conflictos de Leyes”. Por tanto, estas normas autonómicas no deben ser aplicadas por los tribu-

nales como normas de DIPr. o normas de Derecho interregional, como muy bien afirma la SAP Navarra 12 junio 2002.

La citada SAP Girona 2 octubre 2002 parece apuntarse, -aunque sin demasiada finura jurídica-, a esta tesis: en el caso de dos suizos, pareja de hecho residente en Cataluña, que se separan, el juzgador considera aplicable la Ley catalana sobre parejas de hecho elegida por las partes, pero no aplica el artículo de la Ley catalana sobre parejas de hecho relativo al ámbito espacial de la norma, que exige, para la aplicación de tal Ley, que al menos uno de los convivientes tenga la vecindad civil catalana. La SAP Girona 2 octubre 2002 *inaplica* la norma de la Ley catalana que determina su “ámbito de aplicación espacial”, pero no indica las razones para proceder a dicha inaplicación y tampoco afirma que la norma catalana sea inconstitucional.

La también citada SAP Navarra 12 junio 2002 sí que sigue claramente esta tesis: no aplica las normas de la Ley foral navarra que determinan la aplicación de la Ley foral 6/2000 de 3 de julio de parejas estables cuando uno de los convivientes tenga vecindad civil navarra, y expresamente indica que tales normas, al ser *normas de Derecho internacional privado y de Derecho interregional*, son inconstitucionales (= infracción del monopolio legislativo del Estado central para producir normas para resolver “conflictos de Leyes”).

82. 2º) *Tesis de las “normas de delimitación interior”*. La única vía posible, -aunque muy forzada-, para salvar la validez de estos preceptos autonómicos consiste en considerarlos como “normas de delimitación interior”, encargados de fijar el “ámbito de aplicación” de las Leyes autonómicas sobre parejas de hecho a ciertos casos, pero exclusivamente una vez que la *determinación de la Ley aplicable* al supuesto internacional o interregional ha sido resuelta por el *DIPr. estatal*. Esta tesis, defendida por un sector de la doctrina (A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, N. GOÑI URRIZA⁴⁴), ha encontrado eco en la SAP Navarra 12 junio 2002. En esta sentencia se aborda el caso de una presunta “pareja de hecho estable” formada por una ciudadana soriana y un ciudadano navarro, ambos con residencia habitual en Agreda (Soria). Pues bien: la cuestión de saber si existe pareja de hecho se rige por la norma estatal de Derecho interregional: si dicha norma hubiera conducido a

⁴⁴ N. GOÑI URRIZA, “La Ley navarra para la igualdad jurídica de las parejas estables”, en AA.VV., *Mundialización y Familia*, Colex, Madrid, 2001, pp. 375-384; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonio y parejas de hecho”, en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, Granada, Editorial Comares, 4ª edición, Granada, 2003, pp. 103-107; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho de Familia Internacional*, colección “El Derecho de la Globalización”, Ed.Colex, Madrid, 2003, pp. 121-122.

la Ley navarra, ésta hubiera sido de aplicación al estar implicado un ciudadano de *vecindad civil navarra*. Como no fue así, porque la norma de conflicto estatal conducía, según el juzgador, al Derecho civil común, la Ley navarra no era de aplicación en ningún caso.

IV. LA FAMILIA MONOPARENTAL INTERNACIONAL.

83. La regulación de este “modelo familiar” en los casos internacionales debe ser abordada teniendo en cuenta dos grandes parámetros de regulación.

84. *Primero.* La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989, está en vigor para España. Los criterios básicos de esta Convención sintonizan perfectamente con los previstos en los arts. 39 y 14 CE. Dos datos deben subrayarse ahora.

85. 1º) Pese a su importancia, las normas de este Convenio no son *self-executing*. Los particulares no pueden alegarlas directamente ante los tribunales: SAP Barcelona de 17 junio 1997, Auto AP Barcelona de 11 febrero 1997. Por eso afirma la doctrina francesa que éste es un “*tratado maltratado*”, un tratado cuyas normas no se pueden alegar ante los tribunales sin previa acción del legislador interno.

86. 2º) Sin embargo, el art. 3 de la Ley orgánica 1/1996 de protección jurídica del menor, afirma que los menores gozarán de los derechos que les reconocen “*los Tratados internacionales de los que España sea parte, especialmente, la Convención de Derechos del niño de las Naciones Unidas...*”. Ello indica que el legislador español ha hecho del Convenio de 20 noviembre 1989 una *normativa directamente alegable* ante los tribunales en las relaciones entre particulares, que son las que afectan al DIPr. En sintonía con la citada Convención, existen unos llamados “derechos irrenunciables” del niño. Todo niño goza de una serie de *derechos irrenunciables*. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989 recoge, en *normas materiales*, -Derecho uniforme *stricto sensu*-, ciertos derechos del hijo menor que son aplicables en las relaciones con sus padres cualquiera que sea la Ley aplicable según el art. 9.4 Cc. Como se ha dicho antes, el art. 3 de la Ley orgánica 1/1996 de protección jurídica del menor hace invocables directamente los derechos recogidos en la citada Convención. Tales derechos son de dos tipos: a) Derechos exigibles frente al Estado y autoridades públicas, que son ajenos al DIPr.; b) Derechos aplicables en las situaciones privadas internacionales, relaciones entre particulares, que sí afectan al DIPr. Entre estos derechos del hijo menor, cabe citar: a) Derecho de no discriminación por la raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, posición económica, impedimentos físicos, nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales (art. 2);

b) Derecho del niño a su inmediata inscripción después de su nacimiento; derecho a un nombre, y derecho a adquirir una nacionalidad (art. 7); c) En la medida de lo posible, derecho del niño a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos (art. 7); d) Derecho del niño a no ser separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño (art. 9); e) Derecho del niño que está separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño (art. 9); f) Derecho del niño cuyos padres residen en Estados diferentes, tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres (art. 10.2); g) Derecho del niño a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan (art. 11); h) Derecho del niño a la libertad de expresión, libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (arts. 13 y 14); i) Derecho del niño a la libertad de asociación y de reunión (art. 15); j) Derecho del niño a su intimidad (art. 16); k) Derecho a que la adopción se realice en interés superior del niño (art. 21); l) Derecho del niño a no ser explotado en las relaciones laborales (art. 32).

87. *Segundo.* En general, y dejando a salvo lo dicho en relación con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989, la *Ley nacional del hijo menor* regula los derechos de éste en sus relaciones con sus padres, según indica el art. 9.4 Cc. El anterior art. 9.4 Cc. -fruto de la reforma del Título Preliminar del Código Civil de 1974-, fijaba un punto de conexión claramente inconstitucional. Recurría, en primer término, a la “*Ley nacional del padre*”, y en defecto de éste o si sólo hubiera sido reconocida o declarada la maternidad, remitía la regulación de la filiación a la “*Ley nacional de la madre*”: RDGRN 9 enero 1930, RDGRN 13 julio 1956. La preferencia por la *Ley nacional del padre* era lógica en el contexto de un Derecho de Familia presidido por el criterio de “unidad jurídica de la familia” (*parens dat statutum*), y por el privilegio dado a la familia *legítima*, construida sobre el matrimonio católico y sobre la idea del varón como cabeza de la misma. Estas normas de DIPr. que apuntaban a la *Ley nacional del padre* eran *inconstitucionales* ya que eran discriminatorias. Por eso fueron reformadas en 1987. En otros países, fue el Tribunal Constitucional correspondiente el que declaró la inconstitucionalidad de normas similares: Sent. 10 diciembre 1987 de la *Corte Costituzionale* italiana.

El actual art. 9.4 Cc., reformado en 1996, dispone que: “*El carácter y contenido de la filiación, incluida la adoptiva y las relaciones paternofiliales, se regirán por la Ley personal del hijo, y si no pudiera determinarse ésta, se estará a la de la residencia habitual del hijo*”.

Las ventajas de la solución “Ley nacional del hijo” pueden concretarse en las siguientes: a) Se refuerza, aunque sólo *formalmente*, el *favor filii*, al centrarse en la persona del *hijo* y no en la de los padres, -como sucedía anteriormente-, la precisión de la Ley aplicable; b) Conduce a la aplicación de una *misma* Ley a la determinación y régimen de toda clase de filiación, sea o no matrimonial, lo que evita discriminaciones; c) Se otorga *estabilidad a la Ley aplicable*, puesto que las familias de emigrantes extranjeros suelen cambiar de residencia habitual con mucha frecuencia, pues acuden al país donde existe trabajo. Con la conexión “nacionalidad del hijo”, las relaciones entre padres e hijos siguen siempre sujetas a la misma Ley.

Pero la solución genera igualmente, ciertos “inconvenientes”: a) El art. 9.4 Cc. acoge una solución “ciega” a resultados materiales. Se aplica la *Ley nacional del hijo*, con independencia del *contenido material* de dicha Ley. Ello incrementa la posibilidad de intervención del *orden público internacional*, -como hace la STS 22 marzo 2000-, visto que el art. 9.4 Cc. resuelve también “conflictos de civilizaciones”. El art. 9.4 Cc. es una norma de conflicto, en este sentido, rígida y antigua, mezcla de *corte savignyano* (N. BOUZA VIDAL⁴⁵), -porque no se tiene en cuenta el *resultado* de la aplicación de la Ley nacional del hijo ni el contenido material de dicha Ley-, y de *corte manciniano*, -porque extiende desmesuradamente la aplicación de la Ley nacional-; b) A la hora de precisar la Ley aplicable a la “determinación” de la filiación, el art. 9.4 Cc. prescinde del “favor filii”. Acreditar la filiación es un *beneficio* para el hijo. Pero el art. 9.4 Cc. no potencia ese resultado: utiliza un *punto de conexión único*. Para favorecer la determinación de la filiación, hubiera sido necesario diseñar una norma de conflicto con puntos de conexión *jerárquicos o alternativos*, cosa que el art. 9.4 Cc. no hace. Por eso, cuando los tribunales comprueban que el resultado al que se llega con la aplicación de la Ley nacional del hijo no es satisfactorio en orden a la acreditación de la filiación, buscan *Escape Devices*, -orden público internacional, *aplicación imperativa* de la Ley española, DIPr. facultativo, etc.-, con tal de no aplicar la Ley nacional del hijo, que le perjudica: STS 22 marzo 2000, SAP Ávila 4 mayo 1995; c) El punto de conexión único “nacionalidad del hijo” es inadecuado para fijar la Ley aplicable a la determinación y efectos de la filiación. Se trata de una solución anticuada. La nacionalidad es un punto de conexión heredado de la Estatutaria medieval y potenciado, por razones históricas muy concretas, por P.S. MANCINI ya en el siglo XIX. Para reforzar la Soberanía del Estado sobre sus nacionales, éstos están sujetos a las Leyes de su país en las cuestiones de estado civil y capacidad. Esta construcción, -de nuevo aflora el “vértigo

⁴⁵ N. BOUZA VIDAL, "Art.9.4 Cc.", AA.VV. (Coordinador, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), *Comentarios a las reformas del Código civil (Desde la ley 21/1987 de 11 de noviembre a la ley 30/1991, de 20 de diciembre)*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 15-35.

de la Ley nacional”-, hoy día no se sostiene. La Ley nacional no es, necesariamente, la Ley del *país más vinculado* al supuesto ni la *Ley más conveniente* para el hijo: puede ser que el caso se halle conectado más estrechamente con otro país -país de residencia habitual del hijo, país donde se desarrolla la vida familiar, etc.-. La Ley nacional, pues, bien puede ser una Ley cuya aplicación al caso no puedan prever, razonablemente, los particulares implicados.

88. El art. 9.4 Cc. regula tanto la “determinación de la filiación” (J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, A. RODRÍGUEZ BENOT, N. BOUZA VIDAL, L.F. CARRILLO POZO y RDGRN 3 noviembre 1989, RDGRN 17 septiembre 1990, RDGRN 17 enero 1992, RDGRN 23 enero 1992, RDGRN 17 enero 1992, RDGRN 29 abril 1992, RDGRN 5 mayo 1993, RDGRN 18 septiembre 1993⁴⁶), como los “efectos de la filiación”, ya se trate de filiación *natural* o filiación *adoptiva*. En concreto, regulará: el carácter de la filiación, las relaciones paterno-filiales y la patria potestad, y el derecho de los hijos a relacionarse con sus padres. En cuanto el agudo problema de la Ley aplicable a la *guarda y custodia del menor* y *derecho de visita*, hay que afirmar que el establecimiento del derecho de custodia y del derecho de visita son *medidas de protección del menor*. Se rigen, pues, por el Convenio de 5 octubre 1961, que conduce, en general, a la Ley de la *residencia habitual del hijo menor*. En algunos casos, si el hijo español tuviera su residencia en país distinto a España, podría entenderse que, en interés del menor, procede aplicar el art. 4 del Convenio y consiguientemente, la Ley nacional del menor. La “Ley nacional del hijo” (art. 9.4 Cc.) no regula otros aspectos que derivan de la filiación, y en concreto, no rige: a) La nacionalidad del hijo; b) La Ley aplicable a los alimentos derivados de la filiación; c) La Ley aplicable al nombre y apellidos del hijo; d) La Ley aplicable a las medidas de protección del hijo menor o incapaz; e) La Ley aplicable a los derechos sucesorios del hijo.

⁴⁶ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Filiación (Derecho internacional privado)”, EJB, 1995, pp. 3120-3122; ID., *Nota a la SAT Bilbao de 9 enero 1985*, REDI, 1988, vol.XL, pp. 225-227; ID., “Art.9.4 Cc.”, en M. ALBALADEJO / S. DÍAZ ALABART, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, 2ª ed., 1995, pp. 205-242; N. BOUZA VIDAL, “Art.9.4 Cc.”, AA.VV. (Coordinador R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO),

Comentarios a las reformas del Código civil (Desde la ley 21/1987 de 11 de noviembre a la ley 30/1991, de 20 de diciembre), Tecnos, Madrid, 1993, pp. 15-35; L.F. CARRILLO POZO, “La filiation dans le droit international privé espagnol: quelques profils critiques”, RDIPP, 1995, pp. 585-606;

J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “la filiación”, en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado, parte especial*, 1995, pp. 355-376; ID., “Art.9.4 y 5 Cc.”, *Comentarios al Código Civil. Ministerio de Justicia*, 1991, pp. 84-90; A. RODRÍGUEZ BENOT, “La filiación y los alimentos”, en M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO Y OTROS, *Lecciones de Derecho civil internacional*, Ed.Tecnos, Madrid, 1996, pp. 172-206.

